

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 896

(Ano XI)
(09/03/2019)

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
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



04/03/2019 Alexandre Santos Sampaio

» [O direito penal criado e interpretado no afogadilho](#)

ARTIGOS

08/03/2019 André Ricardo Peixoto

» [Divagações sobre o aspecto temporal de incidência do ITBI](#)

08/03/2019 Rudvan Cicotti Alves de Jesus

» [História da destruição do meio ambiente frente à implementação de proteção e lei ambiental](#)

07/03/2019 Danny Rodrigues Moraes

» [Do direito a remarcação do teste de aptidão física em candidata grávida](#)

07/03/2019 Luciano Garcia Santos

» [A infiltração policial em organizações criminosas como meio de prova](#)

07/03/2019 Danny Rodrigues Moraes

» [Do direito real de habitação do companheiro](#)

07/03/2019 Roberto Chagas Chebel

» [Descentralização produtiva: contexto histórico da terceirização no Brasil e suas consequências](#)

06/03/2019 Guilherme Dias Dos Santos

» [Violação a princípios constitucionais com a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso](#)

06/03/2019 Luciano Garcia Santos

» [A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para maiores de setenta anos](#)

06/03/2019 Pâmela Resende Silva

» [Análise sobre os crimes de dano e receptação contra o patrimônio do Distrito Federal](#)

04/03/2019 Rubem Ribeiro de Carvalho

» [Notas históricas do direito e proteção da propriedade imóvel no Brasil: breves considerações sobre a evolução da legislação fundiária do período colonial ao período republicano](#)

04/03/2019 Danny Rodrigues Moraes

» [Da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário na prática de ato doloso de improbidade administrativa](#)

04/03/2019 Daniel de Souza Vellame

» [Tributação sobre veiculação de mídia exterior \("outdoor"\). Não incidência do ICMS Comunicação - Convênio ICMS 45/2014](#)

04/03/2019 Vagner Luciano de Andrade

» [A legislação e sua relevância para salvaguarda do patrimônio cultural: percepção de alguns elementos indutores do desenvolvimento turístico em comunidades e paisagens de Desterro de Entre-rios/MG](#)

O DIREITO PENAL CRIADO E INTERPRETADO NO AFOGADILHO

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO: Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

Lembro-me do tempo, lá nos idos de 2000, quando cursava a disciplina de direito penal na graduação de direito. O professor ensinava com convicção e voz impostada os princípios basilares da matéria penalista[1].

Na sua fisionomia via-se um ar de serenidade para traçar as balizas penais, com arrimo nos doutrinadores clássicos. Ainda que houvesse divergências nas ideias dos pensadores, as bases de um direito penal que visava – e ainda tem que visar – resguardar o acusado de arbitrariedades do poder punitivo mantinham prevalência.

Cada proteção esculpida no ordenamento jurídico para o acusado penal tinha, e tem, uma razão de ser, um motivo para que não exista uma condenação despida do mínimo de coerência e provas, de preferência robustas. O célebre caso dos irmãos naves, *exempli gratia*, serve de alerta: dois irmãos que foram severamente torturados e condenados por um crime que, no final das contas, não cometeram.

O professor falava, com tranquilidade, que a prisão do acusado somente poderia ocorrer quando esgotadas todas as instâncias, até o último grau, e recursos cabíveis, salvo se a lei admitisse a prisão temporária ou preventiva, nos seus estritos termos. Afinal, dizia, a liberdade é um bem caro do ser humano e o direito penal é a *ultima ratio*, razão pela qual não é à toa que está esculpido no art. 5º da Constituição Federal[2].

Expunha que era vedado condenar alguém sem previsão prévia do crime, por meio de lei, tampouco a necessária prévia cominação legal[3]. Gargalrava se alguém tentava imputar crime a alguém por analogia[4] ou buscase fazer interpretações *in malam partem* ao suspeito ou acusado[5].

Recordo-me do exemplo dado: seria um absurdo, uma teratologia jurídica, querer aplicar pena de morte, por analogia, a traficantes de drogas, ao argumento que se está em guerra contra o tráfico[6].

Os ensinamentos percorriam a ideia de que o direito penal fora talhado para resguardar o acusado de arroubos e excessos da vingança estatal. Ao final do processo, com as garantias que estão na Constituição Federal e no Código Penal, é que o acusado sofreria a pena devidamente dosada, com a sua necessária individualização, para a ação criminosa praticada.

Atualmente, neste momento de inovações jurisprudenciais, para não dizer juízes legisladores, pobre coitado do professor de direito penal que tem a tarefa árdua de ministrar a disciplina. Voz trêmula, com hesitação, passa um conteúdo sem a necessária segurança jurídica.

Afinal, pode ou não prisão antes do trânsito em julgado? É primeira instância, segunda instância, STJ ou STF o local adequado para determinar o recolhimento à prisão do acusado pelo crime que foi condenado? A cada flash da mídia e, a depender do envolvido, a resposta a esta indagação pode mudar radicalmente.

Criar crime novo ou “interpretar” de maneira ampliativa por analogia os tipos penais, por que não? Pode tudo e vale tudo na atualidade!

Para alguns julgadores, a liberdade encontra-se na Constituição Federal, numa cláusula pétrea, como mero enfeite. O importante é aplicar penas, recolher a prisão. Mostrar viés punitivista, custe o que custar. Os direitos do acusado podem ser relevados. Deve-se buscar atender o clamor da sociedade e ganhar “likes” nas mídias sociais, pensará alguns.

Cabe aqui o alerta do renomado e ilustre jurista Eros Grau[7]:

O modo de pensar criticamente que me conduz convence-me de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje –

endeusando princípios, a ponto de justificar, em nome da Justiça, uma quase discricionariedade judicial – compõe-se entre os mais bem-acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Decidir em função de princípios é mais justo, encanta, fascina e legitima o modo de produção social. Aquela coisa weberiana da certa e seguranças jurídicas sofre, então, atenuações; evidentemente, no entanto, apenas até o ponto em que não venha a comprometer o sistema.

Pondera também Lênio Streck^[8]:

O que é um juiz corajoso? É o juiz voluntarista, que acha que o Direito atrapalha? É o que atende à voz das ruas? É o ativista que acha que pode administrar o Estado concedendo liminares? É o que concede 120 dias de licença-paternidade para um pai-que-é-funcionário-público? É um juiz que mandou fazer conduções agora declaradas inconstitucionais? Para mim, o juiz corajoso é o que faz o simples: cumpre a lei. Que segue rigorosamente a Constituição. É o juiz ortodoxo. É o juiz raiz e não o juiz nuttela (para usar uma brincadeira das redes sociais). Contra tudo e contra todos. Corajoso é o que sabe que a Constituição é um remédio contra maiorias.

Decidir e criar direito penal no afogadilho, no meio de um processo penal, é, deveras, um risco para a sociedade, a mesma que grita diariamente por “justiça”. Abandonar o “lex”, como diz Eros Grau, para atender a anseios punitivistas pode ter efeito pior do que a boa intenção por detrás desta vontade de ver o réu devidamente punido.

Não se está aqui a defender a impunidade de suposto criminoso, qualquer que seja, desde os delitos liliputianos até os mais graves e hediondos, mas sim o devido processo legal e a proteção das garantias e princípios penais.

Com certeza que quem peca deve ser punido, na medida da sua culpabilidade. Isto tem fundamento até bíblico^[9]. Mas o Estado, que se arvorou a ser o titular da vingança contra o ofensor, deve ter cautela e evitar arbitrariedades na condução e na aplicação das penas.

Punir é ato que requer cautela, sem influências externas, com comedimento e ponderação, observando todos os contornos legais para que o julgador não haja, no final das contas, à margem, ou até mesmo contra, o comando da lei.

NOTAS:

[1] Sobre o tema: JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal: Parte Geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

[2] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

[3] Art. 5º da CF: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[5] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

[6] Art. 5º da CF: “XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”

[7] GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 140.

[8] STRECK, Lenio Luiz. Há boas razões para obedecer ao direito e desobedecer ao impulso moral. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-21/boas-razoes-obedecer-direito-desobedecer-moral>>. Aceso em: 01/03/2019.

[9] Romanos 2:12: “Porque todos os que sem lei pecaram sem lei também perecerão; e todos os que sob a lei pecaram pela lei serão julgados”.

DIVAGAÇÕES SOBRE O ASPECTO TEMPORAL DE INCIDÊNCIA DO ITBI

ANDRÉ RICARDO PEIXOTO: Procurador do Município de São José dos Campos/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - Instituto Multidisciplinar - Departamento de Ciências Jurídicas.

RESUMO: O trabalho aqui apresentado tem a intenção de esmiuçar algumas questões envolvidas no aspecto temporal de incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) que, por mais simples que pareçam, podem abrir espaços para interpretações e aplicações controvertidas, demandando, por parte do intérprete, maior cautela quanto ao transporte dos conceitos básicos de bens do Direito Civil para a esfera tributária. O escrito partirá, também, do pressuposto de que, por mais inovador que o Direito Civil possa ser em alguns temas relacionados à propriedade e demais direitos reais, demanda-se uma elasticidade maior para que o tributo em estudo não sofra corrosão em seus pressupostos básicos de incidência.

PALAVRAS-CHAVE: Tributo – ITBI – Incidência – Temporal – Controvérsias.

SUMÁRIO: I – INTRODUÇÃO. II – ITBI – LINHAS BÁSICAS SOBRE SUA INCIDÊNCIA. III – CONTROVÉRSIAS PRÁTICAS. IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I – INTRODUÇÃO

De todos os fatos da vida, a manifestação de riqueza mediante o direito de propriedade certamente é o que mais desperta a atração do Direito Tributário, sendo essa a essência da maior parte dos fatos geradores dos impostos brasileiros. E tal manifestação, inclusive, se configura com a circulação de bens, móveis ou imóveis.

Na circulação imobiliária, o imposto que se manifesta como pertinente é o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, originado da bifurcação feita pela Constituição da República ao tributo previsto nos artigos 35 a 42 do Código Tributário Nacional. De cunho eminentemente arrecadatário (fiscal), o ITBI tem

como matriz principal a transmissão onerosa de bens imóveis ou de direitos a eles relativos, remontando figura essencial no sistema de trespasse imobiliário adotado no Brasil.

Todavia, com a modernização das relações contratuais, diversas manifestações vêm surgindo quanto à adoção do tradicional critério de trespasse imobiliário brasileiro diante de novas e dinâmicas figuras contratuais (*e.g.* a promessa de compra e venda) que, malgrado o reconhecimento de força obrigacional, criou-se uma gama de celeumas quanto ao reconhecimento de força real independentemente de registro.

Para tanto, no presente trabalho, analisar-se-ão os aspectos básicos da matriz material de incidência do ITBI, conciliando-os com os parâmetros civilísticos de aquisição e transmissão imobiliárias e, também, abordando repercussões práticas quanto a alguns questionamentos que podem ser levantados nas transmissões imobiliárias.

II – ITBI – LINHAS BÁSICAS SOBRE SUA INCIDÊNCIA

Dentre os impostos atribuídos constitucionalmente aos Municípios, fixou-se o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI. Lançando mão do conceito dado pela Constituição Federal, seu art. 156, inciso II apregoa a hipótese de incidência do tributo em estudo, sendo este incidente sobre *transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição"*.

Derivado de uma separação do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD), o ITBI possui três fatos geradores, sendo:

- a) *A transmissão onerosa de bens imóveis.* Trata-se da efetiva transmissão da propriedade imobiliária, por meio de ato solene no qual o proprietário transmite seu direito de propriedade, mediante preço, a outrem, constando tal ato no efetivo registro da matrícula do imóvel, tendo em vista a formalidade prevista no art. 1.245 do Código Civil^[1]. Aqui, caracterizada a onerosidade na transmissão do bem imóvel, outras figuras jurídicas podem desencadear a incidência do ITBI, como a permuta, a dação em

pagamento, a arrematação, a cessão da posse e a cessão de direitos hereditários;

- b) A transmissão onerosa de direitos reais imobiliários, exceto os de garantia. Considerando que os direitos reais são taxativamente previstos em lei, aqui, a hipótese de incidência está na transferência de direitos sobre imóveis (devidamente registrada), abrangendo figuras como uso, usufruto, servidão, direito do promitente comprador, direito de superfície etc. Tal incidência não atinge os casos de penhor (pois, além de direito real, só incide em bens móveis), hipoteca e anticrese (nestes dois últimos casos, haverá tão somente a utilização do imóvel como garantia de uma obrigação pessoal); e
- c) Cessão de direitos: instrumento através do qual se opera a transmissão de um direito sobre determinado bem. Sua estrutura demonstra ser um negócio jurídico distinto do próprio direito real, que, *in casu*, será o objeto translativo.

Percebida a variedade de hipóteses que podem atrair a incidência do ITBI, é seguro dizer que todas elas remontam **situações jurídicas**: são fatos já conhecidos pelo direito, caracterizados como institutos jurídicos, tendo a lei dado um regime específico de tratamento para cada um [ii].

E tal caracterização é importante para a fixação do momento de ocorrência do fato gerador (aspecto temporal). Nos moldes do Código Tributário Nacional:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...]

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

[...]

(GRIFAMOS)

Portanto, no caso do ITBI, a legislação tributária deve se socorrer das regras dadas pelo Direito Privado (Civil) para saber qual é o momento que se consideram ocorridos os fatos geradores mencionados nos itens 'a', 'b' e 'c' dos parágrafos anteriores.

Direitos imobiliários que são, os atos/fatos que constituem hipótese de incidência do ITBI são os que, além da **necessária onerosidade**, devem, também **a)** transmitir bens e direitos e **b)** constar com o devido registro no cartório imobiliário competente. Sendo situação jurídica, os atos e fatos demandam prévio registro para reconhecimento jurídico e perante terceiros.

E assim dispõe o Código Civil:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos ([arts. 1.245 a 1.247](#)), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

Como o Direito Tributário se socorre das definições de direito privado (art. 109 do CTN^[iii]), é plausível que o mecanismo que habilita a incidência do ITBI será o momento em que os atos/negócios jurídicos que demandarem alguma das hipóteses previstas na CRFB forem idoneamente levados a registro público; antes disso, não há a efetiva transmissão de bens, instituição ou cessão de direitos que justifique a incidência tributária.

Ainda, mesmo que o referido art. 109 do CTN apregoe que os conceitos privatísticos não podem fixar os efeitos tributários, a CRFB e o próprio CTN escolheram, por política tributária, manter a ideia do registro como elemento apto para a geração dos efeitos tributários para fins de ITBI.

O registro público, como exigência para a transmissão de propriedade ou instituição e cessão de direitos, remontando típica tradição do direito brasileiro, também possui outra razão de ser: a estrutura dos direitos sobre imóveis, ao contrário do que ocorre com as obrigações comuns, **é adjetivada com o caráter *erga omnes***, gozando de efeitos contra todos no meio social. E, **para usufruir de tal efeito contra terceiros** (i.e., pessoas além das que fizeram parte de eventual negócio translativo), **é necessário que algum instrumento público permita seu conhecimento por todas as pessoas**: essa é a função do registro público.

Nos moldes da Lei de Registros Públicos (Lei Federal nº 6.015/1973), os atos de registro e de averbação, relacionados às hipóteses que atraem o ITBI, são obrigatórios^[iv], sendo elemento base para a imposição do direito real perante terceiros.

Embora se reconheça que a informalidade e a celeridade dos contratos entre as pessoas sejam crescentes no meio social, é correto dizer que referida *prática* não tem o condão de mudar a regra de incidência do ITBI (em seu aspecto temporal, em seu momento), pois, se o regime jurídico do registro público permanece como a hipótese de transmissão onerosa de bens imóveis e de direitos a eles relativos, **não cabe ao Direito Tributário alterar tal sentido**.

E assim entende o Superior Tribunal de Justiça em pacífica inteligência, a saber:

TRIBUTÁRIO. ITBI. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. REGISTRO DE TRANSMISSÃO DO BEM IMÓVEL. O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente. Precedentes do STJ. 3, Agravo Regimental não provido.

(STJ. Segunda Turma. AgRg no AREsp 215.273/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 02/10/2012. DJe 15/10/2012)

E manter a linha traçada pelo Código Tributário Nacional e pela jurisprudência atual gera dois benefícios à Fazenda Pública:

Primeiro, evita-se que o Município viole a legalidade tributária^[v], exigindo ITBI em casos não previstos em lei, terminando, além de gerar frustrações à iniciativa privada (com assédio constante às tratativas ou a negócios informais que, mesmo não caracterizadores de direito real, são protegidos pelas normas obrigacionais e pela dinâmica do mercado), causará danos ao próprio erário, inflando o número de processos administrativos de impugnação e, de médio a longo prazo, responsabilizando o Município em ações de repetição do indébito e pagamento de verbas sucumbenciais em alçada judicial.

Segundo, adotar o entendimento de que negócios jurídicos sem registro podem gerar a incidência do ITBI pode lesar o erário com o reconhecimento da *decadência*: como o próprio nome já diz, como tais negócios não são levados ao registro imobiliário competente, o Município terá grandes dificuldades em fiscalizar as atividades negociais, o que poderia, *contra legem*, gerar o reconhecimento da decadência do crédito tributário.

Portanto, os atos/negócios jurídicos que, mesmo possuindo o potencial de transmitir bens imóveis ou instituir/transmitir direitos reais imobiliários, enquanto não levados ao registro público competente, não produzem efeitos transmissivos sob a ótica do Direito Tributário^[vi], restringindo-se, tão somente, aos efeitos de uma obrigação pessoal simples, ao crédito^[vii].

III – CONTROVÉRSIAS PRÁTICAS

Tendo em vista o trabalhado alhures, poderia surgir a dúvida de se, com base no inciso II do art. 156, "in fine" da Constituição Federal, seria possível ao Município editar Lei Complementar para instituir como fato gerador do ITBI a celebração de compromisso de compra e venda ("direitos reais sobre imóveis") e não o registro no RGI. E, em caso afirmativo, se ainda poderia o Município controlar a celebração destes compromissos particulares, para cobrar o imposto, impondo às imobiliárias, aos corretores e aos particulares em geral a obrigação de apresentar cópia do compromisso para pagamento do imposto, sob pena de sanção por descumprimento. Para dar ainda maior complexidade à matéria, e no caso de compromissos públicos, registrados em Cartório de Notas, e.g., poderia o Município obrigar os cartórios a informar a Fazenda para cobrar o ITBI na sequência? Pois bem.

A primeira pergunta deve ser respondida negativamente, pois **a)** a Lei Complementar Municipal não pode alterar os conceitos dados por leis superiores e **b)** a mera celebração de compromisso de compra e venda, por si só, não é reconhecida como fato imponible de ITBI, existindo divisão jurisprudencial sobre tal ponto, mas havendo posição favorável ao Fisco em casos de compromisso registrado.

Sobre o primeiro ponto, como já trabalhado em linhas anteriores, o Código Tributário Nacional e a Constituição da República traçaram as linhas-base para a incidência do ITBI, sendo eleito o registro público como o momento no qual a incidência tributária ocorrerá.

Como, neste caso, **manteve-se o registro público como elemento de observância**, não poderá a legislação municipal, via lei complementar, alterar o aspecto da incidência do ITBI, sob pena de infringir tanto o disposto na CRFB/88 quanto às diretrizes gerais do Código Tributário Nacional.

Em complemento, também para as promessas de compra e venda, o Código Civil elegeu o registro competente como elemento básico para sua constituição como direito real (art. 1.417do CC)[\[viii\]](#).

Registre-se, ainda, que cabe à Lei Complementar Geral (Código Tributário Nacional) definir o aspecto de incidência dos impostos[\[ix\]](#), tendo o Texto constitucional tão somente complementado as diretrizes básicas do CTN.

Portanto, não cabe à lei complementar municipal alterar a forma como a CRFB/88 e o CTN traçaram os fatos geradores do ITBI.

Quanto ao segundo ponto, embora o ITBI tenha ampla abrangência em sua incidência, existe grande divergência em tais casos. Em um primeiro momento, o registro de compromisso de compra e venda não caracteriza, por si só, fato tributável, pois não realiza transmissão de propriedade nem de direito real: representa, tão somente, mera instituição de direito real sem conteúdo translativo.

Assim tem entendido o Supremo Tribunal Federal, como se vê em acórdãos recentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. 1. A jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e dos limites da coisa julgada, quando a violação é debatida sob a ótica infraconstitucional, não apresenta repercussão geral. Precedente: RE-RG 748.371, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe 1º.8.2013. 2. A transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro público, momento em que incide o Imposto Sobre Transferência de Bens Imóveis (ITBI), de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Logo, a promessa de compra e venda não representa fato gerador idôneo para propiciar o surgimento de obrigação tributária. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 807255 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 29-10-2015 PUBLIC 03-11-2015)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPOSTO SOBRETRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. FATO GERADOR

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE. A obrigação tributária surge a partir da verificação de ocorrência da situação fática prevista na legislação tributária, a qual, no caso dos autos, deriva da transmissão da propriedade imóvel. Nos termos da legislação civil, a transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro. Assim, pretender a cobrança do ITBI sobre a celebração de contrato de promessa de compra e venda implica considerar constituído o crédito antes da ocorrência do fato imponible. Agravo regimental a que se nega provimento” (**ARE 805.859-AgR/RJ, Rel. Min. Luís Roberto Barroso**)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. TRIBUTÁRIO. ITBI. CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. COBRANÇA INDEVIDA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO”.

(ARE 798.004-AgR/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki).

Alinhando-se com a tese exposta nos julgados supra, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo parece andar pelo mesmo caminho:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – ITBI – INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – O REGISTRO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO ESTÁ SUJEITO À INCIDÊNCIA DO ITBI – FATO GERADOR DO TRIBUTO É A TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL – PRECEDENTES DO STJ E STF – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

(TJSP. 15ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 1004376-73.2014.8.26.0114. Rel. Des. Eutálio Porto. Julgado em 15/12/2016)

Todavia, diversos outros Tribunais de Justiça têm aprofundado a questão em outras óticas.

Sob a ótica da promessa de compra e venda não levada a registro, é forte a inteligência de que realmente não incide ITBI[x]. Para os casos de promessa de compra e venda registrada, embora exista a ideia de que esta não traduza efetiva transmissão de bem ou de direito real, os Tribunais têm acentuado que, **havendo cláusula de irretratabilidade e/ou havendo quitação integral do valor pelos contratados**, comprovada a efetiva utilização do imóvel pelo promitente comprador, o Fisco estará autorizado a cobrar ITBI.

Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INCOMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL DO TJPE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA MUNICIPAL ATACADA. REJEIÇÃO À UNANIMIDADE. DISPOSITIVO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO DE OLINDA. INCIDÊNCIA DE ITBI SOBRE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL SEM CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO E DEVIDAMENTE REGISTRADA NO CARTÓRIO IMOBILIÁRIO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA.

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

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

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

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

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

(TJPE. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 241892-8, Relator Desembargador Fausto de Castro Campos, Corte Especial, Data do julgamento 01/02/2016)".

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ITBI. DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO, NO CASO CONCRETO. PREVALÊNCIA DA REALIDADE ECONÔMICA EM DETRIMENTO DA MERA FORMA JURÍDICA. ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. SITUAÇÃO QUE, NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR N.º 197/07, DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, NÃO SE ENQUADRA EM NENHUMA DAS HIPÓTESES DE NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA, QUE CONDICIONAM O DISTRATO OU A RESCISÃO AO NÃO CUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO OU AO NÃO PAGAMENTO DO PREÇO PACTUADO. - Caso em que empresa controladora e sua controlada celebraram e levaram a registro promessa de compra e venda de imóvel, com cláusula de irrevogabilidade e irrevogabilidade, efetuando-se pagamento integral do preço avençado à vista, quando poderiam, desde logo e sem empecilhos, firmar o contrato definitivo, situação em que não haveria dúvidas acerca da incidência tributária. Passados mais de dez anos, as partes firmaram distrato, sem qualquer comprovação de devolução do vultoso valor envolvido no negócio jurídico, remuneração pelo tempo de utilização e, sequer, de atualização monetária, somando-se a isso o fato de que, após o registro, o imóvel foi utilizado para garantia de execuções fiscais ajuizadas contra a promitente compradora, modo de atuação que, consoante parecer técnico, também foi empregado em relação a duas outras propriedades. - Aplicação, no caso concreto, da realidade econômica, privilegiando, para efeitos tributários, a essência e os efeitos econômicos em detrimento de elementos meramente formais. As formas, embora salutares, não podem ser manipuladas pelas partes a fim de "manobrar" junto ao

Fisco, permitindo a realização de operações jurídico-processuais e, ainda, por cima, dissimulando a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária. - Exegese da LC 197/07, do Município de Porto Alegre, que condiciona a não incidência do tributo à rescisão da promessa de compra e venda em razão do não cumprimento de condição ou do não pagamento do preço ajustado. Situação que não se enquadra em quaisquer das hipóteses da lei municipal.

(TJRS. 22ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0284336-50.2017.8.21.7000. Relª. Desª Marilene Banzanini. Julgado em 09/11/2017)

Concedida máxima vênia aos entendimentos do STF e do STJ, perceptível é que estes não levaram em conta que o texto constitucional deu abrangência maior ao ITBI, abrangendo não somente a transferência da propriedade imobiliária, mas, também, a transferência e a cessão de direitos reais imobiliários com feição onerosa. Todavia, tal inteligência ainda não sofreu mutação jurisprudencial.

Quanto ao segundo questionamento, a generalidade das leis municipais sobre ITBI fixa os parâmetros básicos para a fiscalização perante os cartórios e demais instituições, cabendo à Municipalidade verificar se, de acordo com a hipótese concreta, o sujeito fiscalizado possa ter influência sobre a tributação (a ponto de ser considerado responsável tributário) para fins de acesso à informação e coleta de dados.

Agora, caso seja possível cobrar ITBI no ato da celebração do compromisso, seria lícito afirmar que o adquirente passa a ser legitimado para o IPTU (sujeito passivo da obrigação tributária)?

O presente questionamento, como se pode perceber, restou por prejudicado em razão da resposta dada anteriormente.

Todavia, quanto à incidência do IPTU, lembramos que seu fato gerador é *a propriedade, o domínio útil ou a posse a qualquer título de imóvel urbano*, nos moldes do art. 32 do Código Tributário Nacional.

Visando sanar as dúvidas, o Superior Tribunal de Justiça aprimorou a interpretação do art. 31 do Código Tributário Nacional, no sentido de que o termo *possuidor a qualquer título* engloba qualquer tipo de possuidor que esteja em tal situação de fato com *animus domini*, i.e., **com a cristalina intenção de agregar o imóvel ao seu patrimônio.**

Também chamada de posse *ad usucapionem*, tal tipo de posse, para fins de sujeição passiva ao IPTU, abrange os promitentes compradores (sem o registro imobiliário) e qualquer pessoa que esteja no imóvel para, futuramente, adquiri-lo formalmente a título de propriedade. Assim sendo, se, mesmo que celebrada tão somente a promessa de compra e venda do imóvel, mas sem transferência formal, se for **comprovado que o promitente comprador exerce as faculdades inerentes à propriedade do imóvel** (a posse direta e por prolongado período é um indicativo), poderá sujeitar-se ao IPTU.

Referida inteligência está pacificada na alçada do E. STJ, a saber:

**TRIBUTÁRIO - IPTU - CONTRIBUINTE - POSSUIDOR
- ART. 34 DO CTN.**

1. O IPTU é imposto que tem como contribuinte o proprietário ou o possuidor por direito real que exerce a posse com animus definitivo - art. 34 do CTN.

[...]

Examinando-se o art. 34 do CTN, pode-se ter uma errônea idéia, por apontar o artigo como contribuinte o possuidor a qualquer título. Doutrinariamente, distingue-se a posse oriunda de direito real, situação em que assume o possuidor o ônus do proprietário, da oriunda de direito pessoal, quando detém esse título pela só existência de um contrato, tal como a locação, o comodato, etc. O certo é que somente contribui para o IPTU o possuidor que tenha animus domini, como ensina o professor Odmir Fernandes (Código Tributário Nacional, Editora Revista dos Tribunais, pág. 97). Assim, jamais poderá ser chamado como contribuinte do IPTU o locatário ou o comodatário.

[...]

2. O comodatário é possuidor por relação de direito pessoal e, como tal, não é contribuinte do IPTU do imóvel que ocupa.

3. Não sendo contribuinte o possuidor e confundindo-se, no Município, as posições de proprietário do imóvel e de sujeito ativo para a cobrança do IPTU, resulta indevido o tributo.

4. Recurso especial improvido.

(STJ. 2ª Turma. Recurso Especial nº 325.489/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 19.11.2002)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E O APONTADO COMO PARADIGMA. INCIDÊNCIA DO IPTU SOBRE CONDOMÍNIOS IRREGULARES.

1. A divergência jurisprudencial deve ser demonstrada segundo o disposto no arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ, que exigem o cotejo analítico das teses dissidentes com a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

2. Cinge-se a controvérsia dos autos acerca da incidência do IPTU sobre imóvel construído em condomínio irregular (em terrenos públicos).

3. A luz do disposto nos artigos 32 e 34 do CTN são contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. O CTN não estabelece qualquer limitação ou restrição ao tipo de posse, para fins de incidência do fato gerador do IPTU, e nem ao seu possuidor, como contribuinte.

4. É patente que o recorrente exerce alguns dos poderes inerentes à propriedade sobre o imóvel, já que exterioriza o seu ânimo de proprietário e, no plano fático dispõe do imóvel, ainda que por intermédio de contratos irregulares, realizados sem participação do real proprietário.

5. Cumpre esclarecer em que pese no caso o poder fático que exerce sobre os bens públicos não seja qualificado no plano jurídico como posse suficientemente capaz para gerar a aquisição da propriedade por usucapião ou a garantir a proteção possessória em face dos entes públicos, os detentores de bens públicos se caracterizam como possuidores a qualquer título, para efeito de incidência do IPTU, devendo ser considerados sujeitos passivos já que patente o seu inequívoco ânimo de se apossar definitivamente dos imóveis ou deles dispor mediante contrato oneroso.

6. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte não provido.

(STJ. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.402.217/DF. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 17/11/2015)

Portanto, podemos seguramente concluir que, para fins de cobrança de IPTU, a depender do caso concreto, o promitente comprador poderia ser considerado sujeito passivo desde sua aquisição da parcela imobiliária, o que, somado à posse do sujeito anterior e a natureza *propter rem* do tributo em questão, **para fins de sujeição tributária**, ultrapassam a pessoa do proprietário nos atos e fatos transláticos, nos moldes do art. 130 do Código Tributário Nacional[xi].

Agregando a inteligência exposta linhas acima, lembramos que, a título exemplificativo do que boa parcela dos Municípios brasileiros estabelece, *a incidência do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana independe do cumprimento de quaisquer exigências legais, regulamentares ou administrativas, relacionadas com o imóvel, sem prejuízo das cominações legais cabíveis.*

E, se por acaso as questões anteriores fossem respondidas de forma negativa, seria possível entender o compromisso como “cessão de direitos à sua aquisição” (art. 156, II, “in fine” da CF) e obrigar particulares e cartórios a informar para recolher o ITBI sob pena de sanção por descumprimento?

Levando em conta as palavras ditas nos primeiros questionamentos, salientamos que *compromisso de compra e venda* e *cessão de direitos* são institutos completamente distintos.

O compromisso de compra e venda é o contrato preliminar por meio do qual uma parte se compromete a alienar seu imóvel a outrem, imputando-se sanções e disposições diversas a depender do resultado da avença. Aqui, não há alienação propriamente dita, mas, sim, contrato cujo objeto é uma prestação futura. Referida promessa possui natureza creditícia e, se registrada no registro competente, ganhará feição de direito real, com todas as suas características básicas.

A cessão de direitos, por sua vez, é o instrumento jurídico por meio do qual se acorda a transmissão de um direito sobre determinado bem. Assim, se recair sobre bem imóvel, também dependerá de formalidade própria (como a escritura pública e o devido registro, como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal [\[xii\]](#)). Vide, por exemplo, o direito à sucessão aberta que, caracterizado como bem imóvel por ficção jurídica [\[xiii\]](#), pode ser objeto de cessão mediante escritura pública [\[xiv\]](#).

Como mencionado no Tópico II de nosso parecer, o Constituinte elegeu uma terceira hipótese de incidência do ITBI, conjugada na fórmula “ceder + onerosamente + direito à aquisição de bem imóvel”. Aqui, quando se falar em *direito à aquisição de bem imóvel*, estar-se-á fazendo referência, propriamente, ao direito real do promitente comprador, ou seja, o fato gerador do ITBI, *in casu*, ocorre **quando há efetivo contrato registrado de cessão onerosa cujo objeto é o direito real do promitente comprador**.

Doutrina de calibre advoga que tal cessão foi eleita como terceira hipótese de incidência tributária pelo fato de, ao contrário dos outros fatos geradores, não traduzir transferência de propriedade ou de elemento inerente à posse, restringindo-se tão somente à expectativa jurídica para futura aquisição da propriedade do imóvel [\[xv\]](#).

E a referida distinção demonstrada no parágrafo anterior é de necessária compreensão, pois **tanto a promessa de compra e venda quanto a cessão de seus direitos não concretizam transferência imobiliária, mas somente esta última é eleita como fato gerador do ITBI** por escolha constitucional (ressalvando-se as exceções que fizemos na resposta à pergunta nº 1).

Tal questão não é de discussão corriqueira na jurisprudência, mas referida sutileza foi percebida pelo Supremo Tribunal Federal, a saber:

Fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos. Compromisso de compra e venda: o compromisso de compra e venda, no sistema jurídico brasileiro, não transmite direitos reais nem configura cessão de direitos à aquisição deles, razão porque é inconstitucional a lei que o tenha como fato gerador de impostos sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos. Representação julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso I do parágrafo único do art. 114 da Lei 7.730, de 30/10/73, do Estado de Goiás.

(STF. Tribunal Pleno. Representação nº 1.121/GO. Rel. Min. Moreira Alves. RTJ 109, p. 895)

[...]

Finalmente, ainda que superados os referidos óbices, a pretensão recursal não prosperaria, pois, como bem assentado na decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o compromisso de compra e venda e a promessa de cessão de direitos aquisitivos não constituem meios idôneos à transmissão, pelo registro, de domínio sobre o imóvel, sendo, portanto, inconstitucional a norma que os erige a fato gerador do ITBI.

[...]

(STF. Segunda Turma. AgRg no AI nº 438.248-2/DF. Rel. Min, Carlos Velloso. Julgado em 13/12/2005. DJe 24/02/2006)

Simplificando, a promessa de compra e venda é um direito real (quando levada a registro ou, caso contrário, questão meramente obrigacional), enquanto a cessão de direitos à aquisição imobiliária é um negócio jurídico cujo direito real é o objeto. São figuras totalmente distintas.

Em complemento, e como exposto no julgado supra, a figura jurídica da *promessa de cessão de direitos imobiliários* também não é fato gerador de ITBI: está fora da promessa de compra e venda e não se encaixa no conceito puro de cessão de direitos (é uma "*expectativa da expectativa*", no linguajar mais coloquial).

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Basicamente, o trabalho aqui redigido passou pelos conceitos básicos da incidência do ITBI e mergulhou em questões práticas pontuais e relevantes sobre a interpretação devida do aspecto temporal da incidência tributária. Todavia, é possível sentir, em todo o decorrer do texto supra, um suposto embate entre formas jurídicas tributárias e formas jurídicas civis.

Se é certo que o Direito é uno, devendo o ordenamento jurídico estar em constante processo de aperfeiçoamento de sua coerência, também é correto dizer que o Direito Tributário, com suas peculiaridades para fins de incidência, termina, muitas vezes, por fixar um critério devido para fins de concretização dos ditos fatos geradores sem, necessariamente, acompanhar mudanças sociais.

E isso é facilmente perceptível com a força dada, pelo cotidiano das negociações entre particulares, aos compromissos de compra e venda não levados ao devido registro público. Malgrado o rígido sistema notarial adotado pelo Brasil, a necessidade de dinamicidade às relações negociais tem buscado socorro em instrumentos céleres, ainda que com aspecto de mera expectativa de direito ou de direito eventual.

Como já é de conhecimento por parte dos doutos, o Direito não acompanha as mudanças sociais com a mesma velocidade. Assim, embora tenha dado cada vez mais espaço a negócios atípicos ou sem o devido registro formal (e isso com base na manutenção de princípios como os da boa-fé e da confiança legítima), é cristalino concluir que, para fins tributários, tal mudança não ocorreu por diversos

fatores, dentre os quais a correspondência com o regime notarial adotado no Brasil.

Mesmo que tal sistema notário dê maior segurança à fiscalização do tributo aqui estudado, fica latente a necessidade de que as formas jurídicas dinâmicas para o trespasse imobiliário também ganhem contornos mais flexíveis, o que demandaria não somente uma modificação legislativa, mas, em verdade, uma cabal mudança de cultura das relações institucionais estabelecidas no país.

Portanto, por mais claro que tenha ficado a ideia de que a transmissão de bem imóvel e direito real a ele relativo (exceto, obviamente, os de garantia) se socorre dos institutos notariais enraizados no país, não se pode ignorar uma silenciosa demanda por adoção de sistemas contratuais imobiliários mais flexíveis, mas sem, contudo, retirar da Administração tributária o seu direito de verificar as incidências cabíveis.

Com base no parágrafo supra, sua conclusão também pode ser incrementada com a necessidade de se, ao mesmo tempo em que mecanismos contratuais mais céleres forem admitidos pelo Direito, esses não poderão, de forma alguma, legitimar evasão fiscal ou intencional (descabida) não incidência, demandando, também, armar os Municípios com os instrumentos fiscalizatórios e processuais devidos para casos mais dinâmicos como os acima apresentados como questionamentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Aires F. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicado no Diário Oficial da União em 5-10-1988.

BRASIL. Lei Federal nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Publicado no Diário Oficial da União em 27-10-1966.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União em 11-1-2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 215.273/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 02/10/2012. DJe 15/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.402.217/DF. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 17/11/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 807255, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 29-10-2015 PUBLIC 03-11-2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 325.489/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 19.11.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 805.859-AgR/RJ, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 798.004-AgR/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 934.091/SP. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 15/08/2016

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTADO DE PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 241892-8, Relator Desembargador Fausto de Castro Campos, Corte Especial, Data do julgamento 01/02/2016

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 15ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 1004376-73.2014.8.26.0114. Rel. Des. Eutálio Porto. Julgado em 15/12/2016.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 22ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0284336-50.2017.8.21.7000. Relª. Desª Marilene Banzanini. Julgado em 09/11/2017.

MACEDO, José Roberto Oliveira. ITBI – Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NOTAS

[i] **Art. 1.245.** Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

[ii] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 281.

[iii] **Art. 109.** Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

[iv] **Art. 169** - Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo:

I - as averbações, que serão efetuadas na matrícula ou à margem do registro a que se referirem, ainda que o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição;

[...]

[v] CRFB, art. 150, inciso I.

[vi] BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 285.

[vii] SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 682.

[\[viii\]](#) **Art. 1.417.** Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

[\[ix\]](#) **Art. 146.** Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

[...]

[\[x\]](#) STF, AgRg no AI nº 603309/MG, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 23-2-2007, p. 030; STJ, AgRg no REsp nº 327188/DF, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 24-6-2002, p. 203; STJ, AgRg nº 448245, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 9-12-2002, p. 309; STJ, REsp nº 264064, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 11-12-2000, p. 180; STJ, REsp nº 57641, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 22-5-2000, p. 91; STJ, AgRg no REsp nº 327188/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 24-6-2002, p. 203.

[\[xi\]](#) **Art. 130.** Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

[\[xii\]](#) STF. RE com Ag 934.091/SP. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 15/08/2016.

[\[xiii\]](#) Art. 80, II do Código Civil.

[\[xiv\]](#) Art. 1.793 do Código Civil.

[\[xv\]](#) MACEDO, José Roberto Oliveira. **ITBI – Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 187.

DO DIREITO A REMARCAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA EM CANDIDATA GRÁVIDA

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 do direito a remarcação do teste de aptidão física em candidata grávida, além de analisar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre o tema, tendo como parâmetro a Constituição Federal de 1988. Assim, objetiva-se demonstrar sua relevância para o direito, de modo que não podem, os operadores do direito, negligenciar essa realidade recorrente no dias de hoje.

Palavras-chave: Teste de aptidão física. Remarcação. Candidata grávida.

Abstract: In this article, the article seeks to point out the characteristics, precepts and foundations regarding the right to remarcation of the physical fitness test in a pregnant candidate, as well as to analyze the existing doctrinal and jurisprudential currents on the subject, having as parameter the Federal Constitution of 1988. Thus, the objective is to demonstrate their relevance to the law, so that the operators of the law cannot neglect this recurrent reality in the present day.

Keywords: Physical fitness test. Remarking. Pregnant candidate.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da origem da controvérsia; 2. Do direito a realização do teste; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o intuito de gerar a discussão acerca da remarcação do teste de aptidão física em candidatas grávidas sob luz do direito a saúde.

A partir da análise da controvérsia, colhendo posicionamento doutrinários e jurisprudenciais, até a conclusão do tema conforme decidido pelo Superior Tribunal Federal em Repercussão Geral busca-se clarear o direito a remarcação do teste em tais casos, utilizando sempre a Constituição Federal de 1988 como norte e fundamento principal.

1. DA ORIGEM DA CONTROVÉRSIA

A controvérsia surgiu a partir da sentença prolatada pelo MM Juiz de direito da 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região

Metropolitana de Curitiba, o qual concedeu a ordem nos autos de Mandado de Segurança impetrado por Eveline Bonfim Fenilli Spinola em face do Tenente Coronel QOPM Márcio Oscar Rocha e do Coronel QOPM Roberto Rueda Strogenski.

Alegava a impetrante, em resumo, que participou do concurso público objeto do Edital nº 1107/2012, visando alcançar o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná. Assim, uma vez aprovada na prova objetiva, foi convocada para submeter-se ao exame físico.

Sem embargo, e considerando seu estado de saúde debilitado em razão de se encontrar em estado gestacional, requereu administrativamente a remarcação do teste, tenso seu pleito indeferido.

2. DO DIREITO A REALIZAÇÃO DO TESTE

No caso sob apreciação, dúvida não há de que a impetrante, ora apelada teve violado direito líquido e certo.

Não se ignora que o Edital nº 1107/2012, nos itens 15.6 e 20.1 de onde surgiu o imbróglio jurídico, veda a realização de segunda prova para o candidato que não comparecer no exame, verbis:

[..] 15.6. Não será marcada nova data para realização do TSF para candidatos impossibilitados, mesmo que temporariamente, para sua realização.

[...] 20.1. Será eliminado do Processo Seletivo, além dos outros caso expressamente previstos no Edital, o candidato que:

(...) b) faltar ou chegar atrasado para realização de qualquer prova, teste ou exame, ou não atender a chamada para realização de qualquer um dos testes;

Nesse sentido a jurisprudência da 4ª e 5ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Em concurso público inexistente direito de candidatos em razão de circunstâncias pessoais, à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo casos excepcionalíssimos e contrária a disposição editalícia.

Ocorre que a condição gestacional enquadra-se justamente na excepcionalidade, por constituir hipótese de força maior, a autorizar a realização em outra data.

A condição especial da gestante não deve ser utilizada em seu desfavor.

A Constituição Federal dispõe sobre a proteção à maternidade e à gestante, em seu art. 6º, bem como preceitua, no §7º do art. 226, o princípio do livre planejamento familiar, o qual determina que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferências externas.

Em casos semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela autorização de remarcação do teste, entendendo que o período de gravidez trata-se de caso de força maior.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR ESTADUAL TESTE DE APTIDÃO FÍSICA (TAF). REMARCAÇÃO POR FORÇA MAIOR. GRAVIDEZ. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que, por maioria, denegou a segurança em pleito para remarcação de teste de aptidão física . em razão da comprovada gravidez da candidata. 2. A fase denominada teste de aptidão e avaliação física foi iniciada após dois anos do transcurso das inscrições, configurando razoável identificar a situação da candidata como imprevista e de força maior; o edital de convocação dos candidatos não previu essa possibilidade, apenas indicando que gestantes deveriam comparecer às provas munidas de atestado médico para realizar os testes, em igualdade com as demais candidatas, após a firma de termo de responsabilidade pessoal por eventual dano físico. (...) Recurso ordinário provido. (RMS n.o 37328/AP, 2ª Turma, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 02/04/13)

RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIA MILITAR. EXAME MÉDICO. CANDIDATA GESTANTE. REMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTE STF. 1. Apesar de o entendimento desta Corte Superior - no sentido de garantir um tratamento diferenciado às gestantes - não alcançar os concursos cujos editais expressamente disponham sobre sua eliminação pela não

participação em alguma fase, a gravidez não pode ser motivo para fundamentar nenhum ato administrativo contrário ao interesse da gestante, muito menos para impor-lhe qualquer prejuízo, tendo em conta a proteção conferida pela Carta Constitucional à maternidade (art. 6º, CF). 2. A solução da presente controvérsia deve se dar à luz da compreensão adotada pelo Pretório Excelso em casos análogos ao presente, envolvendo candidata gestante, em que se admite a possibilidade de remarcação de data para avaliação, excepcionalmente para atender o princípio da isonomia, em face da peculiaridade (diferença) em que se encontra o candidato impossibilitado de realizar o exame, justamente por não se encontrar em igualdade de condições com os demais concorrentes. 3. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que não implica em ofensa ao princípio da isonomia a possibilidade de remarcação da data de teste físico, tendo em vista motivo de força maior (AgRg no AI n. 825.545/PE). 4. Recurso em mandado de segurança provido." (RMS n.o 28400/BA, 6ª. Turma, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 27/02/13)

Assim, não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia, conforme preceitua DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR:

[...] todos os cidadãos-administrados, enquanto destinatários da atuação administrativa, devem ser tratados igualmente na medida em que se igualem. Cuida-se da aplicação, no Direito Administrativo, do velho postulado aristotélico de que todos devem ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem. O princípio da igualdade é um postulado básico da democracia. Significa que todos merecem as mesmas oportunidades, sendo defeso privilégios e perseguições. O princípio da isonomia, portanto, interdita tratamento desigual às pessoas iguais. (...)

O postulado da igualdade figura como o primeiro e mais importante limite à discricionariedade legislativa. IA

Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de rodo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes'. (...)

O fato de a lei, só por si, conter algum fator de discrimen, qualquer que seja ele, não é suficiente para considerar ofendida a cláusula da igualdade. As leis podem discriminar. Aliás, é o que mais fazem, como acentuado acima. Contudo, as discriminações legais, segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, só se coadunam com o dogma da igualdade se existir uma pertinência l6gica entre a distinção inserida na lei e o tratamento distintivo dela conseqüente. (in CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 7ª ed., Salvador: Juspodivm, 2009, p. 55/57, g. n.)

Negar a realização de novo teste físico à gestante é que acarreta ofensa direta ao princípio da isonomia, uma vez que a condição peculiar da gestante implica um tratamento distinto e desigual, não podendo, de forma simplista, um item editalício determinar a exclusão da candidata, incorrendo assim em ilegalidade, diante da ofensa ao princípio da razoabilidade.

Além disso, mesmo que eventual Edital não preveja a hipótese de gravidez no decorrer do certame, a única solução razoável que se pode extrair é que tal fato não pode ser considerado em prejuízo na designação de uma nova data para exame físico.

Nesse sentido Marçal Justen Filho:

"[...] princípio da razoabilidade preconiza ser a interpretação jurídica uma atividade que ultrapassa a mera lógica formal. Interpretar equivale a valer-se do raciocínio, o que abrange não apenas soluções rigorosamente lógicas, mas especialmente as que se configuram como razoáveis." (in CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 9a, ed., rev., atual., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 163).

Situação diametralmente oposto julgada pelo Supremo Tribunal Federal é o caso de problemas temporário, como candidato que portava problema

temporário de saúde (epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo) e que a regra editalícia claramente vedava a remarcação do exame para caso de luxação e fratura. Tal hipótese, como se vê, diverge substancialmente do caso em exame, vez que, com todo o respeito, não é concebível equiparar a gravidez - protegido constitucionalmente, vez que a Carta Constitucional alberga o direito à vida e a proteção da família - a uma doença.

Nos dizeres do Min. Marco Aurélio ao reconhecer a Repercussão Geral da matéria:

Além de gravidez não ser doença, a especial condição de gerar um filho não pode contar em desfavor da mulher. Tendo em vista que a possibilidade de remarcação do teste de aptidão física pode acarretar a eliminação da candidata gestante do concurso público ou risco à saúde da gestante e do nascituro, torna-se importante avaliar se há comprometimento do princípio da isonomia ou de outros valores caros ao constituinte. A Constituição Federal de 1988 representou um marco na promoção da igualdade de gênero, tanto em ambiente laboral quanto familiar. Assim tais valores se irradiam, inspirando a jurisprudência dessa Corte e a legislação nacional. Dentre os precedentes em que foram chanceladas medidas diferenciadoras dos gêneros em prol da igualdade material, merecem ser mencionados a Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424, em que o Plenário declarou a constitucionalidade de dispositivos da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha; o RE 658.312, anulado por vícios processuais, que tratava do intervalo de quinze minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária; e o MS 29.963, em que a Segunda Turma desta Corte entendeu ser possível exigir-se teste físico diferenciado para o homem e a mulher em concurso público. Também no plano internacional, vê-se a preocupação comum de combater as injustiças sociais pautadas no gênero. O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, internalizada por meio do Decreto 4.377,

de 13 de setembro de 2002. Em particular, a fim de assegurar condições de igualdade entre homens e mulheres, o artigo 11 da Convenção assegura expressamente "o direito às mesmas oportunidades de emprego", "o direito de escolher livremente profissão e emprego"; e "o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.

O acesso mais isonômico a cargos públicos pressupõe que se neutralize a desvantagem que a condição natural da gravidez possa representar para a genitora, permitindo, assim, que persiga seus projetos de vida e suas ambições.

Assim, o Tribunal, por maioria, em 21 de novembro de 2018, apreciando o tema 973 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio e em seguida, por unanimidade, fixou-se a seguinte tese: "É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público". Não participaram, justificadamente, da votação da tese, os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Falaram: pelo recorrente, o Dr. César Augusto Binder, Procurador do Estado do Paraná; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Dias Toffoli.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. DIREITO À REMARCAÇÃO SEM PREVISÃO EDITALÍCIA. TEMA 335 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 630.733. INAPLICABILIDADE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA NO CONCURSO PÚBLICO. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

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

973- Possibilidade de remarcação do teste de aptidão física de

candidata grávida à época de sua realização, independentemente de haver

previsão expressa nesse sentido no edital do concurso público.

CONCLUSÃO

Além da igualdade material, a controvérsia tangencia, ainda, as manifestações da dignidade humana da mulher (artigo 1º, II, da CRFB), sobretudo na vertente da autonomia privada (artigo 5º, caput, da CRFB). Mais especificamente, a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou o direito ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva (artigo 226, § 7º).

Qualquer entendimento contrário a proteção da gravidez soa em descompasso com os valores resguardados pela Constituição de 1988 e pune a mãe e o neonato que em uma condição desigual não têm garantido seus direitos fundamentais.

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. 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.

CUNHA JR, Dirley. Curso de Direito Administrativo. 7ª edição. Salvador: Juspodivm, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

HISTÓRIA DA DESTRUIÇÃO DO MEIO AMBIENTE FRENTE À IMPLEMENTAÇÃO DE PROTEÇÃO E LEI AMBIENTAL

RUDVAN CICOTTI ALVES DE JESUS: Graduação. Universidade Tiradentes - UNIT, Campus Farolândia - Aracaju/Sergipe.

RESUMO: É difícil o ser humano reconhecer que o meio ambiente é algo a ser protegido, devido a uma grande história de exploração dos seus recursos naturais, a sociedade ainda não aplica total conscientização mediante a sua proteção total, sem perceber que as consequências acumuladas em longo prazo devido a toda a devastação incide sobre todos na atualidade, e devem pensar que nos dependemos mais do meio ambiente do que pensamos, por isso ao decorrer dos anos foi-se criando leis, medidas, planos, resoluções e diversas outras maneiras de assegurar licitamente a proteção do meio ambiente de forma que se torne um bem da humanidade e que possa ser usufruído de maneira consciente, e pensando sem em sua manutenção e preservação. Dessa forma, o presente artigo busca analisar o principal toda a história de devastação do meio ambiente sem se preocupar com causas e consequências apenas em ganhos, e os mecanismos de proteção ambiental que foram abordados fazendo-se necessário a sua abordagem quando a sua função de proteger e punir aquele que infringi suas normas no que tange o estudo de proteção ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Devastação, lei ambiental, meio Ambiente, proteção.

ABSTRACT: It is difficult for the human being to recognize that the environment is something to be protected due to a great history of exploitation of its natural resources, society still does not apply total awareness through its total protection without realizing that the accumulated consequences in the long term Due to all the devastation, it affects everyone today and must think that we depend more on the environment than we think, so over the years laws, measures, plans, resolutions and various other ways of ensuring law protection of the environment in a way that becomes a good of humanity and that can be enjoyed in a conscious way, and thinking without its maintenance and preservation. Thus, the present article seeks to analyze the main whole history of environmental devastation without worrying about causes and consequences only on gains, and the environmental protection mechanisms that were approached making it necessary to approach

them when their function of protect and punish those who have violated their norms regarding the environmental protection study.

Keywords: Devastation, environmental law, environment, protection.

INTRODUÇÃO

Desde a descoberta do Brasil no ano de 1500, o homem não se preocupava com a preservação ou manutenção do meio ambiente, o ideia central era a extração mineral, florestal e de qualquer outro bem ou matéria que poderia se tornar material de consumo ou de manufatura, esse processo de predação ambiental sem conscientização teve consequências em longo prazo, como a extinção completa de espécies nativas de flora e fauna consideradas única no território brasileiro, chegando a afetar as nascentes de água doce, como menciona Zulauf (2000, p. 86), não é necessário realizar estudos muito profundos para se concluir que a qualidade da água se encontra fortemente ameaçada.

Como resultado é que essas espécies quando não extintas chegaram a uma redução de proporção quando comparada à dimensão original, ditas insignificantes para muitos especialistas, contudo se não houver o cuidado e proteção também deixara de existir.

Por este motivo, com o passar dos anos de devastação e de exploração do meio ambiente, se fez necessário à criação de leis e resoluções que instituíssem um amparo legal a um bem uma pessoa imaginaria que seria o meio ambiente que não poderia se proteger sozinha, obtendo também o acolhimento de instituições e de pessoas que ficaram conhecidas como ecológicas que se interessaram a manter a manutenção e preservação do meio ambiente.

Dessa forma, o presente artigo busca abordar, demonstrando a historia da degradação ambiental decorrente da interferência humana e como negativa se tornaram os seus resultados, e a importância da precaução e de criação de instrumentos e políticas de nacionais de preservação do meio ambiente culminando hoje no que conhecemos como parques ecológicos, graças às implementações de leis federais, estaduais e municipais de proteção ambiental,

com o auxílio de ONGS (Organizações não Governamentais), e projetos de incentivo do governo.

DO PASSADO AO PRESENTE: MESMAS REALIDADES

Nunca foi dado o verdadeiro valor e a importância a natureza como meio de preservação, sempre foi considerada como meio de consumo, só não se pensou que a falta dela iria gerar preocupações ambientais mundiais e que poderia ocasionar até mesmo consequências para a humanidade.

Uma vítima da consequente devastação e destruição do homem é a Floresta Amazônica onde a sua área total atual é mais de 6 milhões km², tem quase o tamanho da Austrália, é maior do que a Europa Ocidental e quase tão grande quanto os EUA, sendo que a cada ano, a Amazônia Legal perde, em média, 0,5% de suas florestas, o percentual parece pequeno, mas equivale a uma área de quase 5 mil km², a região é o lar de cerca de 2,5 milhão de espécies de [insetos](#), dezenas de milhares de [plantas](#) e cerca de 2.000 [aves](#) e [mamíferos](#).

Até o momento, pelo menos 40.000 espécies de plantas, 3.000 de [peixes](#), 1.294 aves, 427 mamíferos, 428 [anfíbios](#) e 378 de [répteis](#) foram classificadas cientificamente na região. Um em cada cinco de todos os pássaros no mundo vive nas florestas tropicais da Amazônia. Os cientistas descreveram entre 96.660 e 128.843 espécies de [invertebrados](#) só no [Brasil](#), relatados pelo IBGE 2000, das quais espécies vegetais existente a muito utilizadas por tribos de índios como plantas medicinais, poderiam ser utilizadas em pesquisas apoiada pelo governo federal, as quais propiciaria um avanço tecnológico e médico, contudo vivemos em uma sociedade baseado no capital de retorno rápido não tomando consciência que o futuro de gerações não poderá apreciar a beleza da natureza que vemos hoje.

O momento atual, no que se refere a meio ambiente, é reflexo de uma série de erros e decisões tomadas no passado. Encontramo-nos num ponto em que devemos basicamente reduzir os impactos desses erros, que nos foram deixados como legado, por uma geração, e trabalhar sob o enfoque da prevenção e da precaução para que as mesmas falhas não sejam repetidas. (POTT & ESTRELA, p. 271, 2017)

Por isso o homem tenta mudar a sua história como predador para protetor difundindo juntamente com outros representantes a unificação de uma ideia de proteção e de forma a restituir o que um dia já foi o meio ambiente, para isso surgiram reuniões de conselho como a RIO+20^[1], que reuniu grandes países desenvolvidos e subdesenvolvidos para estabelecer pautas sobre como preservar os recursos ambientais sobreviventes de varias décadas de destruição.

A Rio+20 é um marco para as atuais e futuras gerações. Nas últimas duas décadas não impediram a degradação dos ativos ambientais e não resolvemos as desigualdades. Mas conseguimos ampliar o conhecimento sobre a sustentabilidade e a noção de que somos todos responsáveis. Em 92, o mundo sustentável era só um sonho. Hoje sabemos como torná-lo real. Precisamos dar escala as boas práticas. A Conferência é uma oportunidade de acelerar o processo, retomando o senso de urgência e garantindo políticas públicas que unam desenvolvimento e sustentabilidade. (GROSSI, p. 8, 2010).

Porém, não somente países renomados deveriam tomar tal atitude, podemos observar que a educação ambiental possa ser uma solução para estabelecer a ordem social na defesa do meio ambiente.

PROTEÇÃO ATRAVÉS DE FORMULAÇÕES DAS LEIS AMBIENTAIS

Depois de muito discutir e se analisar com o processo de destruição ambiental se viu necessário tomar uma primeira atitude um primeiro passo para se preservar o meio ambiente de tal forma que começaram a ser instituídas políticas para se tratar do assunto.

No Brasil os debates relativos à questão ambiental tiveram origem com o Projeto de Lei nº 13, de 1981, que resultou na edição da Lei 6.938, conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), onde em 31 de agosto de 1981 foi instituída no país. Proporcionando maior notoriedade as questões ambientais, sendo um grande avanço onde o pensamento que se tinha era de

desenvolvimento a qualquer custo. (FERREIRA & RAVENA, p. 2, 2016).

Esse projeto passou a sair do papel e a ser idealizado devido ao grande número de movimentos ambientalistas em meados dos anos 60, que segundo Diodato 2004, movimentos ambientalistas que protestavam contra derramamentos de petróleo, construção de grandes represas, rodovias, complexos industriais, usinas nucleares, projetos agrícolas e de mineração, dentre outros.

Contudo esta não foi à primeira criação que se tratava de proteção ambiental, a primeira lei que caráter ambiental foi o “Regimento do Pau-Brasil” criada em 1605 para proteção das florestas, voltado à proteção das florestas. Desde então com o passar do tempo e com as reformas e idealizações foram se criadas novas medidas e leis para proteção ambiental como a promulgação da Lei nº 601/1850, no ano de 1850, conhecida como lei da Terra, que estabelecia sanções para atividade predatória nas ocupações de solo, a criação da primeira reserva florestal no Brasil pelo decreto n.º 8.843, contudo a lei [6.938](#), causou mais repercussão na época porque ela estabelecia o meio ambiente como objeto específico de proteção, assim como está previsto nos seus artigos 1º e 2º:

Art 1º - Esta lei, com fundamento nos [incisos VI e VII do art. 23](#) e no [art. 235 da Constituição](#), estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e institui o Cadastro de Defesa Ambiental.

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - recuperação de áreas degradadas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente. (Lei n.º [6.938](#), de 31 de agosto de 1981).

Contudo, com o passar do tempo mesmo implementando leis de proteção ambiental isso não tornou menor ou menos eficaz a devastação florestal ou de outros biomas, para isso e para conter a destruição do meio ambiente se fez necessário não apenas a lei que protege o meio ambiente, mas também a lei que penaliza o infrator que a infringe e destroem o meio ambiente, foi então criada a Lei 9.605/1998 - Lei dos Crimes Ambientais, que dispõe em seu prefácio "Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências".

Esses instrumentos legisladores visam impedir ou limitar que qualquer indivíduo tente realizar qualquer atividade predatória ao meio ambiente, para que não haja um desequilíbrio no meio ambiente.

FATORES PARA QUE A HUMANIDADE MUDE A SUA RELAÇÃO COM A NATUREZA

A população precisa adotar medidas eficientes dentro do seu meio de convivência para mudar a visão em relação à degradação da natureza. Pequenas atitudes podem resolver um problema antigo, o diálogo e a vontade de mudar e conscientizar pode ser uma boa maneira de reflexão das consequências vigentes, todo mundo sabe que não se deve desperdiçar água ou deixar a luz acesa, no entanto, se esses conceitos forem ensinados desde a infância, transformara-se em hábitos e não mais em uma obrigação. Pode-se contribuir para que as sociedades caminhem em direção ao uso mais racional de seus recursos naturais, e não apenas usa-los, mas torna-los renováveis.

O consumo de água também deve ser feito com muita responsabilidade. Cerca de 2,5% da água disponível no planeta é potável (o restante está nos oceanos). No entanto, a maior parte está nas calotas polares e geleiras e no subsolo. O percentual acessível, ou seja, nos rios e lagos do planeta, é de apenas 0,3%, que devem ser distribuídos entre todos os seres vivos, incluindo os seres humanos, e que ao devastar florestas e outros biomas, a qual afeta diretamente na água doce do ecossistema.

Fala-se muito ultimamente da ameaça de falta de água para as demandas do próximo século e dramatiza-se a questão insinuando que a água, ou a sua falta, poderá ser a causa de guerras no século XXI. A preocupação faz sentido quando se observa o descaso dos governos e da sociedade em geral com o manejo da água. Basta olhar para qualquer córrego urbano para sentir o drama da água, emporcalhada por esgotos domésticos, resíduos industriais e lixo de todas as naturezas. (ZULAUF, p. 90, 2000).

Milhares de brasileiros não tem noção de que o descarte inadequado de equipamentos eletroeletrônicos e de baterias de celular pode causar graves danos à saúde e ao meio ambiente. Por outro lado, eles têm acesso cada vez mais facilitado a esses tipos de produtos, situações como esta são comuns em países que não regulamentam a questão dos resíduos sólidos de maneira correta. Isto pode ser caracterizado como crime ambiental, contudo deve ser manter o bem coletivo entre o meio ambiente e o ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade desde cedo interferiu no meio ambiente sem pensar ou se importar com as consequências, entretanto, a questão ambiental hoje assumi uma dimensão ética e judicial, onde temos que reconhecer que o meio ambiente também é o meio em que vivemos e por isso devemos respeitá-lo e caso falto com esse compromisso e interfira inadequadamente dos seus meios, seja responsabilidade adequadamente e a altura da infração cometida.

Considerando de tal forma a enfatizar não somente o descaso mais todo o movimento de manter o bem patrimonial e cultural dando o significado de natureza que serve de tantos cartões postais de vários países e megalópoles foram desprezados e destruídos para bens próprios, porém existe união de forças para que esse bem tão belo e rico seja preservado e amplificado com o passar dos anos.

Temos então que tomar consciência, para que independente da diversidade de culturas entre a sociedade, que possa manter o mesmo pensando na forma de conscientização e preservação do meio ambiente, onde desde pequenos gestos, criam leis de preservação, então se existir vontade, sempre existirá uma maneira de se fazer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIODATO, Marco Antonio.; **Estudo dos Impactos Ambientais**. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2004. 53 f. Disponível em: <<http://danielbertoli.synthasite.com/resources/Apostila%20EIA.pdf>>. Acesso em: 02 de jan. de 2019.

FERREIRA, Aline.; RAVENA, Nirvia.; **A importância da política nacional do meio ambiente para legislação ambiental brasileira**. II CAMAER Congresso Amazonico de Meio Ambiente & Energias Renováveis, 2016. Disponível em: <<https://even3storage.blob.core.windows.net/processos/POLITICANACIONALDO MEIOAMBIENTE.57af9a9b43a44dec94cb.PDF>>. Acesso em: 02 de jan. de 2019.

GROSSI, Marina. **Guia RIO+20**. Gráfica Grafitto Gráfica e Editora Ltda. 2012

Lei n.º [6.938](#), de 31 de agosto de 1981 - Política Nacional do Meio Ambiente. Planalto Federal – Casa civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 06 de jan. de 2019.

POTT, Crisla Maciel.; ESTRELA Carina Costa.; **Histórico ambiental: desastres ambientais e o despertar de um novo pensamento.** Estudos Avançados. vol.31 nº.89 São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://estagiocewk.pbworks.com/f/meio+ambiente-fl%C3%A1via.pdf>>. Acesso em: 27 de dez. de 2018.

ZULAUF, Werner E.; **O meio ambiente e o futuro.** Estudos Avançados. vol.14 nº.39 São Paulo May/Aug. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n39/v14a39a09.pdf>>. Acesso em: 27 de dez. de 2018.

NOTA:

[1] Foi uma conferência das nações unidas sobre desenvolvimento sustentável realizada entre os dias 13 e 22 de junho de 2012 na cidade brasileira do Rio de Janeiro, cujo objetivo era discutir sobre a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável.

A INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS COMO MEIO DE PROVA

LUCIANO GARCIA SANTOS: Advogado. Servidor Público Federal. Especialista em Direito Público pela UNYLEYA. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Planalto do Distrito Federal (UNIPLAN)

CRISTIANE DO NASCIMENTO AQUINO

(Orientadora)

RESUMO: As organizações criminosas, pelas peculiaridades inerentes em todas, constituem um verdadeiro problema para a sociedade globalizada contemporânea, a qual, não raro, é aterrorizada de forma constante por estes grupos criminosos organizados. Diante de tal situação o Governo, finalmente, edita a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, que disciplina os meios operacionais para obtenção de provas em organizações criminosas, com a finalidade de conseguir, enfim, desmantelá-las. Dentre os meios especiais de prova, admitidos pela nova lei destaca-se a infiltração policial de agentes, que constitui o cerne do presente estudo. Muitos se perguntam se este meio probatório se justifica, ou se estaria ferindo o princípio do Estado democrático de direito, além de questionarem qual o valor probante desta técnica excepcional. Diante disto indaga-se: a infiltração policial de agentes em organizações criminosas pode servir como parâmetro para uma condenação penal? Este estudo foi concebido para proporcionar ao leitor um entendimento em relação à infiltração policial como meio de prova, mencionando para tanto, conceitos e teorias de vários juristas com a finalidade de demonstrar que este instituto poderá servir como fundamento para uma sentença criminal, desde que não seja utilizada de forma isolada.

Palavras chaves: Agente Infiltrado. Infiltração policial. Meio de prova. Organização Criminosa. Sentença criminal.

ABSTRACT: Criminal organizations, by the peculiarities inherent in all, constitute a real problem for the contemporary globalized society, which, often, is terrified steadily by these organized criminal groups. Faced with this situation the government finally publishes Law No. 12.850 of August 2, 2013, which regulates

the operational means for obtaining evidence in criminal organizations, in order to achieve, finally, dismantle them. Among the special means of evidence admitted by the new law there is the police infiltration of agents, which is at the heart of this study. Many wonder if this means evidence is warranted, or if he was hurting the principle of democratic rule of law, and questioning what probative value of this exceptional technique. In view of this we ask: a police infiltration of agents in criminal organizations can serve as a parameter for a criminal conviction? This study was designed to provide the reader with an understanding in relation to police infiltration as evidence, citing for both, concepts and theories of various jurists in order to demonstrate that this institute can serve as grounds for a criminal sentence, since there It is used in isolation.

Keywords: Undercover agent. Police Infiltration. Evidence. Criminal Organization. Criminal sentence.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E A LEI 12.850/13. 1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 1.2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. 1.3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 1.3.1. Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995. 1.3.2. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. 1.3.3. Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013. 2. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E OS MEIOS DE PROVA. 2.1. CONCEITO E FINALIDADE DE PROVA PENAL. 2.2. MEIOS ESPECIAIS DE OBTENÇÃO DE PROVA DA LEI 12.850/13. 2.2.1. Colaboração Premiada. 2.2.2. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. 2.2.3. Ação controlada. 2.2.4. Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais. 2.2.5. Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas. 2.2.6. Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. 2.2.7. Cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais. 2.2.8. Infiltração policial. 3. O AGENTE INFILTRADO. 3.1. CONCEITO DE AGENTE INFILTRADO. 3.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE INFILTRAÇÃO POLICIAL. 3.3. INFILTRAÇÃO POLICIAL NA LEI 12.850/13. 3.3.1. Requisitos Legais e Procedimentos. 3.3.2. Sigilo acerca das informações. 3.3.3. Direitos do Agente Infiltrado. 3.3.4. Responsabilidade penal do agente infiltrado. 3.3.5. Cessação da Infiltração Policial. 4. A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO BASE PARA UMA CONDENAÇÃO CRIMINAL. 4.1. ASPECTO ÉTICO E CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO POLICIAL. 4.2. AGENTE INFILTRADO E AGENTE PROVOCADOR. 4.3. RELATÓRIOS DO AGENTE

INFILTRADO. 4.4. O AGENTE INFILTRADO COMO TESTEMUNHA. 4.4. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO BASE PARA UMA CONDENAÇÃO PENAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco, a questão da infiltração policial em organizações criminosas como meio de prova, com enfoque principal na problemática jurídica de esta servir como parâmetro para uma condenação criminal, pelo fato de ainda haver na doutrina debates jurídicos sobre o instituto no ordenamento normativo brasileiro.

Este estudo não pretende trazer conceitos novos, e nem o poderia, pois este tema é recorrente, seja na imprensa, seja na doutrina, seja em trabalhos acadêmicos. Destarte a preocupação deste assunto se justifica como forma de contribuição ao estudo do Direito, e também para demonstrar que o instituto ora em comento é eficaz se utilizado de forma correta como meio de prova e, conseqüentemente, como fundamento para uma sentença penal, desde que acompanhada de outros elementos que a corroborem.

Antes de abordar efetivamente a infiltração policial como meio de prova, o trabalho tratou primeiramente de evidenciar o que é uma organização criminosa, traçando um breve histórico, conceitos e a evolução legislativa pátria sobre o assunto.

As organizações criminosas é um problema enfrentado pela coletividade desde os tempos remotos, sabendo-se que esta é tão antiga quanto o surgimento das Nações. Porém, ainda que não seja um fato atual, continua sendo um grande desafio enfrentado na sociedade globalizada contemporânea, seja pelo fato de influenciar o próprio Governo, seja pelo fato de exercerem suas atividades em diversos seguimentos, de forma ordenada e hierarquizada, dificultando o serviço da segurança pública e do judiciário, no sentido de desmantela-las e aplicar as sanções cabíveis.

Diante da crescente atividade destes grupos criminosos organizados, o Brasil editou a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, conhecida como a Nova Lei de Combate as Organizações Criminosas, que regulamenta os meios extraordinários de obtenção de provas contra estas organizações.

Vencido esta parte inicial, onde o leitor terá uma noção maior do que é uma organização criminosa e dos perigos inerentes a elas, o estudo buscou mostrar quais eram os meios especiais de obtenção de provas para investigar estes grupos criminosos organizados. Para tanto, inicialmente aborda o conceito e finalidade de prova no direito processual penal brasileiro e posteriormente faz uma análise dos meios probatórios extraordinários, tratados na legislação especial.

Dentre os meios de obtenção de provas, encontra-se, no art. 3º, inciso VII, da Lei 12.850/13, a infiltração por agente de polícia em organizações criminosas. Esta norma especial tratou de positivizar finalmente o procedimento do instituto do agente infiltrado (*undercover agent*), o qual estava com muitas lacunas legislativas até então. Diante disto o trabalho busca demonstrar o instituto da infiltração policial no Brasil, fazendo uso de conceitos doutrinários e jurisprudenciais e, também, examinando os dispositivos da Lei especial que dispõe sobre o assunto.

O trabalho demonstra, por fim, a infiltração policial como meio de prova para fundamentar uma condenação criminal, tratando desta forma, de assuntos reiterados sobre a matéria pelos operadores do direito, tais como a constitucionalidade da medida e a diferença desta com a figura do agente provocador (*L'agent provocateur*). O estudo também elucida um tema recorrente na doutrina, qual seja, o agente infiltrado figurar como testemunha.

Para responder a questão central do estudo, o presente trabalho utilizou-se do método exploratório, onde se faz uso de pesquisas científicas sobre o assunto, tais como Legislações, Doutrinas, Jurisprudências, Artigos Jurídicos, Informativos Eletrônicos, dentre outros.

1. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E A LEI 12.850/13

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O crime organizado, espécie delitiva que vem tomando proporções transnacionais, surgiu há muito tempo, tendo-se notícia das primeiras

organizações criminosas nos séculos XVI e XVII, onde as mais conhecidas são as Tríades, Máfias e *Yakuza*[1]. É importante mencionar que as organizações criminosas daquele período não nasceram com os requisitos de uma associação criminosa, ao revés, elas iniciaram com um ideal motivador e organizacional, no sentido de combater atos autoritários de Imperadores e governantes da época, entretanto esse sentimento acabava sendo corrompido e tornando-se verdadeiras organizações criminosas[2].

Na China, por volta de 1648 surge a Tríades, considerada por muitos autores, como Rafael Pacheco e Eduardo Araújo da Silva, como sendo uma das mais antigas organizações criminosas do mundo[3]. Ela, inicialmente, era uma associação com o fim de reestabelecer a dinastia Ming, porém logo se corrompeu se tornando uma organização que cobrava pela “proteção” dos cidadãos, sendo na realidade uma verdadeira coação e pura extorsão[4].

A *Yakusa* é outra associação criminosa asiática, que tem origem no Japão feudal. A chantagem corporativa é a atual atividade desta organização no sentido de adquirir ações de empresas e na sequência exigir lucros exagerados, sob pena de revelarem seus segredos aos concorrentes[5].

A Máfia italiana, que talvez seja a organização criminosa mais conhecida mundialmente, seja devido às produções cinematográficas, seja devido às práticas delituosas peculiares inerentes dela, teve início no movimento de resistência contra o rei de Nápoles[6], mas rapidamente se corrompeu tendo como foco a cobrança de segurança.

É importante também mencionar nesse estudo as principais organizações criminosas brasileiras do século passado, quais sejam, as chamadas, Comando Vermelho (CV), que surgiu nos anos 80, e o Primeiro Comando da Capital (PCC), com surgimento nos anos 90. Essa tinha como foco principal as melhorias dos sistemas carcerários brasileiros fazendo para tanto, revoltas e alguns atos de terrorismo para chamar a atenção da mídia; e aquela tem como atividade basilar o tráfico ilícito de entorpecentes[7].

Desta forma é possível verificar que as organizações criminosas são tão antigas quanto à própria história das nações[8], entretanto ainda que não se trate de um fato atual, continua sendo um grande problema enfrentado na sociedade

globalizada contemporânea seja pelo fato de influenciar a sociedade e o próprio Estado, seja pelo fato de atuarem em diversos seguimentos de forma ordenada e hierarquizada dificultando assim o serviço da segurança pública e do judiciário, no sentido de desmantela-las e aplicar as sanções cabíveis[9].

As organizações criminosas da atualidade tomaram proporções desastrosas, rompendo os limites dos Estados e tornando-se verdadeiras associações criminosas transnacionais, preocupando muito os chefes de Estados com a nova modalidade de crime organizado onde, não raro, encontra apoio no próprio governo[10].

Diante disto a Organização das Nações Unidas (ONU) afirmou, em declaração política realizada em Nápoles, um mês após a primeira conferência mundial sobre o tema *contemporaneidade: a atualidade da manifestação do crime organizado*, estar alarmada com o rápido crescimento e a extensão geográfica do crime organizado em suas variadas formas, nacional e internacionalmente, que debilitam o processo de desenvolvimento, diminuem a qualidade de vida, ameaçam os direitos humanos e as liberdade fundamentais[11].

Nesse sentido, é importante se ater ao novo entendimento sobre o aspecto histórico de organizações criminosas, abordado e consubstanciado pelo Ilustre Doutrinador Raúl Zaffaroni[12] que dita:

[...] o “organized crime” como tentativa de categorização é um fenômeno do nosso século e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc.

O Penalista de forma exemplar afirma que o crime organizado como é conhecido hoje é inconcebível em uma sociedade pré-capitalista[13], desta forma, apesar da importância dos registros históricos sobre o assunto, o autor faz menção a necessidade de abordar o tema em uma realidade mais atual, com limites históricos do século passado, pelo fato de a criminalidade organizada se adaptar

de forma dinâmica as mudanças da sociedade, sempre inovando as formas de adquirir vantagem ilícita[14].

Atualmente as principais organizações criminosas estão diretamente ligadas ao governo, onde, com ajuda de empresas e de forma totalmente ordenada e hierarquizada, têm como foco os desvios de verbas públicas, fraudes em licitações, tráfico ilícito de armas, lavagem de dinheiro, etc; constituindo-se verdadeiras empresas criminais a qual se tornam extremamente danosas ao Estado[15].

Diante disto fica claro que, as organizações criminosas de hoje em nada se parecem com as primeiras organizações criminosas que surgiram com um ideal motivador, onde se buscava lutar contra governos autoritários, e se corrompiam com o tempo. Atualmente, no mundo globalizado, as associações criminosas não mais agem contra o Estado, com o intuito de formar um Estado Independente, mas agem em conjunto com ele, visando uma vantagem ilícita.

1.2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Inicialmente é importante diferenciar os conceitos de “crime organizado” e de “organização criminosa”, utilizados usualmente como sinônimos.

Ao se conceituar “crime organizado” devem-se analisar inicialmente suas duas palavras que compõe a expressão[16]. A palavra “crime” pode ser entendida por muitos operadores do direito como um fato típico, antijurídico e culpável[17]; entretanto, segundo Pacheco[18], uma visão material de crime se faz mais útil no momento do que uma técnico-jurídica. Desta forma, crime pode ser conceituado materialmente como o reflexo do anseio popular, a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal[19].

Já a palavra “organização” tem sentido de arrumação, assim como associação ou instituição com objetivos definidos. Dentro desta associação existem ações humanas inseridas na atividade organizacional, tendentes a um objetivo comum e delineadas pela vontade e pela racionalidade, bem como dissociadas da vontade geral[20]. Portanto pode-se inferir, inicialmente, que “crime organizado” é um conjunto de pessoas com um mesmo objetivo para o cometimento de ilícitos penais de maneira ordenada e planejada.

Entretanto, Pacheco[21] leciona que o uso da expressão “crime organizado” não é adequado, pois não é o crime que se organiza, mas sim, os elementos humanos. Ou seja, o que quer que seja crime organizado, este é praticado por uma organização criminosa. Desta forma, a preocupação deve ser a definição conceitual de “organização criminosa”, pois aquele é apenas uma consequência das ações desta[22].

Apesar da importância conceitual do assunto, ainda é muito complicado achar uma definição que atenda todas as peculiaridades e formas deste tipo de organização, dada a matéria ser bastante controvertida. Vale ressaltar que, esse tipo de criminalidade, sempre está evoluindo e se transformando, buscando não somente formas mais lucrativa de atuação, mas também escapar da persecução penal[23].

Prado[24] conceitua as organizações criminosas como verdadeiras estruturas “empresariais”, hierarquicamente organizadas e com funções definidas, tendo como finalidade a prática delituosa reiterada.

Para Blat apud Pacheco[25], organização criminosa é:

Uma organização com duas ou mais pessoas que estão engajadas em uma estrutura hierárquico-piramidal, com divisão de tarefas, contando sempre com a participação de agentes públicos e tendo como objetivo principal a obtenção de poder e dinheiro, em uma base territorial.

O jurista em sua conceituação estipulou um *quantum* de duas pessoas, vale lembrar, que na época que doutrinador conceituou ainda não haviam sido editadas as Leis 12.694/12 e 12.850/13, as quais estipulam o *quantum* de três e quatro pessoas respectivamente para que se configure uma organização criminosa. Entretanto, este conceito abarcou a estrutura piramidal, inerente a este tipo de associação, além de fazer menção de que sempre haveria participação de agentes públicos, numa clara alusão que as organizações criminosas atualmente precisam do Estado para desempenharem suas atividades, sendo assim tendo de corrompê-lo[26].

Para Martins “ao se falar de organização criminosa, logo, se imagina um agrupamento de pessoas com um mesmo objetivo ilegal, ou seja, uma reunião de

peças que se estruturam para colocar em prática um crime, um delito, algo reprovável pela legislação”.

Marcelo Mendroni^[27] afirma que:

“são inúmeras as organizações criminosas que existem atualmente. Cada uma assume características próprias e peculiares, amoldadas às próprias necessidades e facilidades que encontram no âmbito territorial em que atuam. Condições políticas, territoriais, econômicas, sociais, etc., influem decisivamente para o delineamento destas características, com saliência para umas ou outras, sempre na conformidade das atuações e com o objetivo de obter maiores fontes de renda.”.

O jurista lembra que é extremamente difícil conceituar de forma inequívoca organização criminosa, devido a sua expansão atual, onde suas atividades se inserem em diversos seguimentos. Revela também o doutrinador que as condições políticas e econômicas diferenciam uma organização de outra.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque (Convenção de Palermo), entende por grupo criminoso organizado como:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente um benefício econômico ou outro benefício material [...]

Destarte é possível verificar que existem várias definições sobre organizações criminosas, não sendo pacífico seu conceito. A doutrina brasileira atual baseia-se no conceito trazido pela Lei 12.850/13, tema que será abordado mais adiante. Entretanto, os juristas majoritariamente elencam uma série de características que dizem ser essencial a todas as organizações criminosas.

Nesse sentido, Ana Flávia Messa[28] enumera como requisitos: a complexidade estrutural, divisão orgânica hierárquica, divisão funcional, divisão territorial, estreitas ligações com o Poder Estatal, atos de violência, vantagem ilícita, capacidade econômica elevada, capacitação funcional, poder de intimidação, clandestinidade, caráter transnacional, danosidade social de alto vulto, associação estável e permanente com planejamento e sofisticação de meios e impessoalidade da organização[29].

Fato é que, todas as organizações criminosas têm um sistema piramidal e estreito relacionamento com a comunidade[30], onde se faz uso da “lei do silêncio” com coação contra a população. Independentemente da definição empregada ou de que forma o crime organizado se apresente, é latente sua lesividade à sociedade e às instituições democráticas do Estado[31].

Desta forma os Estados tomam medidas legislativas especiais em face da nova espécie de criminalidade, especialmente o terrorismo, e os delitos contra a humanidade, constituindo, então, um chamado “Direito Penal de criminalidade diferenciada” que não se opõe ao Estado Democrático de Direito, porque se encontra dentro do sistema democrático e exatamente visa preservar os seus valores[32].

1.3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

1.3.1. Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995

Grandes organizações criminosas surgiram nos anos 80 e 90 no Brasil, onde, de longe, era possível verificar as atrocidades que tais organizações cometiam. Entre elas se destacavam o Primeiro Comando da Capital, com atividades de tráfico ilícito de entorpecentes, e o Comando Vermelho, com diversas rebeliões em presídios brasileiros. Além disso, várias associações criminosas com atividades ilícitas, tais como tráfico de órgãos, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, terrorismo, contrabando e descaminho, e os chamados “crimes do colarinho branco” estavam em uma onda crescente nessas décadas[33], exigindo do Estado uma legislação especial para tratar sobre o assunto.

Destarte, o Estado de forma a coibir as atitudes destas organizações criminosas, que se adequam e se modificam as tendências do mundo moderno, utilizou-se do conceito do “direito penal de criminalidade diferenciada”, no sentido de tratar sobre o assunto de forma específica[34].

Nesse sentido, o então Deputado Federal Michel Temer propôs o Projeto de Lei nº 3.550 de 1989, que tinha a finalidade de tratar dos meios operacionais para se prevenir e reprimir os crimes cometidos pelas organizações criminosas.

O projeto de lei que seria posteriormente convertido na Lei nº 9.034/95 tem como justificativa uma maior proteção à sociedade proporcionando meios eficazes às instituições que atuam no combate ao crime organizado. Vejamos:

[...] Pelas projeções assumidas e os imensuráveis danos causados à sociedade internacional, à ordem econômico-financeira e instituições públicas e privadas, necessária se faz a utilização diferenciada dos meios de prevenção e repressão das atividades desses grupos que se assemelham, sem exageros, a "empresas multimilionárias" a serviço do crime e da corrupção generalizada. É óbvio que o remédio combativo há que ser diverso daquele empregado na prevenção e repressão às ações individuais, isoladas, tal qual se verifica quando de um atropelamento ou o furto de um botijão de gás, ainda que doloso.

O projeto de lei que ora se defende, e que tem por objeto jurídico a proteção da sociedade, visa a proporcionar meios operacionais mais eficientes às instituições envolvidas no combate ao crime organizado - (polícia, Ministério Público e Justiça) dotando-as de permissivos legais controlados, como ocorre nos mais civilizados e democráticos países do mundo, onde os resultados obtidos no combate à ação delituosa são bem melhores que no Brasil.[...][35].

Dessarte, o Estado com a finalidade de disciplinar formas mais eficazes de cautela e de coerção às organizações criminosas, converteu o Projeto de Lei nº 3.550/89 na Lei nº 9.034/95 que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O referido diploma legal positivava em seu art. 1º que "Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando". Diante

disto firmou-se um enorme debate doutrinário sobre o objeto da lei, ou seja, se para efeitos legais “Quadrilha ou bando” era sinônimo de “Organização criminosa”, uma vez que a supracitada lei não conceituou o que viria a ser Organização Criminosa.

Vale ressaltar que, a Lei 9.034/95 não deixou apenas esta lacuna, tendo sido esta muito criticada por diversos doutrinadores, como Pacheco e Greco, pelas suas obscuridades em diversos artigos, o que se verá mais adiante.

Em 2001 com o advento da Lei nº 10.217 foi alterado os artigos 1º e 2º da Lei 9.034/95 que passou a vigorar da seguinte maneira:

Art. 1º. Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

[...]

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Com este novo texto legal criou-se mais obscuridades sobre a norma em comento uma vez que o legislador demonstrou que quadrilha ou bando não se confunde com organização criminosa, e pelo fato de a Lei

não conceituar o que seria “organizações criminosas” a norma se tornou extremamente vaga.

Gomes defende que “Organização criminosa, [...] no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma, uma enunciação abstrata em busca de um corpo, de um conteúdo normativo que atenda ao princípio da legalidade.”. O autor defende que a lacuna deixada pelo legislador da Lei 9.034/95 fazia com que a norma se tornasse inaplicável, até que o advento de uma Lei em sentido material e formal tratasse sobre o assunto.

Dada a clara omissão legislativa sobre o tema, os operadores do direito (Delegados, Ministério Público e Juízes), com vistas a poder aplicar a norma que se fazia de suma importância para o ordenamento pátrio, uma vez que era necessário que o Estado coibisse atitudes ilícitas praticadas pelas Organizações criminosas, utilizaram-se do conceito trazido pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), aprovado pelo Decreto Legislativo nº 231/03 e promulgado pelo Decreto nº 5.015/04 o qual define “grupo criminoso organizado” como sendo:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

Entretanto, apesar de os operadores do direito estarem se valendo do conceito trazido pela Convenção de Palermo, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de forma a exercer tão logo a Lei nº 9.034/95, o Supremo Tribunal Federal (STF) em HC 96.007/SP, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, julgou em sentido contrário ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tratando a conduta “Organização criminosa”, prevista no artigo 1º, inciso VII, da Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), como atípica por ferir o princípio da Reserva Legal e da Anterioridade, prevista ambas no artigo 5º, inciso XXXIX, da Magna Carta da República.

O *Habeas Corpus* que trancou a Ação Penal que corria contra os membros da Igreja do Renascer, acusados de “lavagem de dinheiro” de fies, teve como argumento, do então Relator, que:

[...] a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente.

Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa [...] [36].

A Ministra Cármen Lúcia [37], em 2012, julgou procedente o *Habeas Corpus*, seguindo desta forma o Relator e sendo unânime a Decisão da Turma, tendo como fundamento o seguinte:

[...] a doutrina majoritária, inspirada por alguns dos mais importantes princípios orientadores do Direito Penal (notadamente pelos princípios da reserva legal, da anterioridade e da proibição do excesso) defende ser atípica a organização criminosa. [...]

Após esse entendimento, a Lei 9.034/95 e o disposto no artigo 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro) tornaram-se inaplicáveis, visto não haver uma norma jurídica penal brasileira que definia o que era Organização Criminosa. Nesse momento uma enorme insegurança jurídica tomou conta, a qual somente foi sanada com o advento da Lei nº 12.694 de 2012.

1.3.2. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012

A Lei nº 12.694/12, que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, acabou com o grande debate jurídico que rodava em torno da aplicabilidade da Lei nº 9034/95, visto que em seu artigo 2º a norma deu finalmente o conceito de organização criminosa, *in verbis*:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo

de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional[38].

É possível verificar que o conceito dado pela Lei é um pouco similar ao dado pela Convenção de Palermo, tanto no *quantum* qual seja três ou mais pessoas, quanto na estrutura piramidal inerente a uma organização criminosa. O conceito dado a Lei 12.694/12 também faz menção a prática de “crimes”, restando desta forma que à época não existia organizações criminosas que cometesse contravenções, além de ter estipulado uma pena mínima para que se fosse considerada organização criminosa, qual seja quatro anos, ou qualquer que fosse a pena em caso de crime transnacional.

Para Rogerio Sanches cinco são os requisitos para que se caracterize uma organização criminosa, segundo a Lei 12.694/12 que são:

1. É imprescindível a reunião sólida (quanto a estrutura) de um número plural de pessoas
2. A caracterização da organização criminosa depende da existência de hierarquia e divisão de funções.
3. A finalidade da organização deve ser a obtenção de vantagem (não necessariamente econômica)
4. Percebe-se que, no Brasil, a organização criminosa não precisa ter, obrigatoriamente, caráter transnacional. Se nacional, depende da prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 anos; se transnacional, essa restrição objetiva desaparece.
5. Não se confunde com quadrilha ou bando:[39]

Com o advento da Lei 12.694/12 foi possível aplicar muitos dispositivos dos meios operacionais para se prevenir e reprimir os crimes cometidos pelas organizações criminosas tratados na Lei 9.034/95, quando não estruturados por quadrilha ou bando, uma vez que se tinha o conceito do objeto da legislação, apesar de a Lei 9.034/95 ter bastantes lacunas tornando inviável a aplicação de alguns dispositivos mesmo com o conceito de organização criminosa.

Entretanto a Lei 12.694/12 não tratou organização criminosa como um ilícito penal, desta forma, ainda que o conceito legal conseguisse que fosse reaplicada a Antiga Lei de Organizações Criminosas, este não podia ser utilizada como parâmetro de crime para, por exemplo, se configurar o delito de Lavagem de Dinheiro (o qual já havia tido o rol taxativo de crimes antecedentes revogados pela Lei nº 12.683/12), onde ainda é necessário uma infração penal preexistente para sua configuração^[40].

A novidade trazida pela Lei não se exauriu com o conceito de organização criminosa, sendo uma das principais inovações o fato de o juízo de primeiro grau poder se colegiar para julgar crimes relativos às organizações criminosas, como dita o artigo 1º da lei em destaque:

Art. 1o - Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente:

- I - decretação de prisão ou de medidas assecuratórias;
- II - concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão;
- III - sentença;
- IV - progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena;
- V - concessão de liberdade condicional;
- VI - transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e
- VII - inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

A temática do colegiado em juízo de primeiro grau para crimes praticados por Organizações Criminosas já foi bastante debatido na Doutrina e Jurisprudência, no sentido de que se realmente era viável este colégio no juízo *a quo* ou se estaria adentrando no conceito do Juiz sem rosto, o qual é proibido no Brasil pelo fato de ferir o princípio do juiz natural. O assunto restou vencido após

STF deliberar na ADI 4.414/AL pela constitucionalidade da Lei Estadual nº 6.806/07 de Alagoas na parte onde se fazia menção ao colegiado, como se pode verificar em:

[...]a composição colegiada do órgão jurisdicional é fator que desestimula e dificulta a ação de meliantes, dando conforto e segurança aos componentes do juízo para decidir de acordo com o direito. Corroborando essa conclusão, o II Pacto Republicano de Estado, assinado em 2009 pelos Presidentes da República, Senado Federal, Câmara dos Deputados e Supremo Tribunal Federal, estabelece como diretriz, para garantir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, a criação de colegiado para julgamento em primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas, visando trazer garantias adicionais aos magistrados, em razão da periculosidade das organizações e de seus membros.

[...]

Colocados esses argumentos, imperioso concluir pela constitucionalidade de todos os trechos da Lei impugnada que fazem referência à 17ª Vara Criminal de Alagoas como um colegiado[41].

Desta forma a Lei 12.694/12 inovou a ordem jurídica trazendo o conceito de organização criminosa, em sentido parecido com o que o Brasil já vinha adotando, qual seja, o conceito da Convenção de Palermo, e introduziu a possibilidade de magistrados de primeiro grau julgarem de forma colegiada crimes cometidos por organizações criminosas, dando mais segurança jurídica.

1.3.3. Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013

Após 17 anos sem um conceito legislativo de organização criminosa e um ano somente após a Lei 12.694/12 dar este conceito a Lei 12.850/13, que trata sobre organização criminosa e dispõe sobre a investigação e o procedimento criminal das infrações penais correlatas, concebeu um novo conceito de organização criminosa, que dita em seu parágrafo 1º do artigo 1º *in verbis*.

§ 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Verifica-se desta forma que houve duas modificações importantes, a primeira é relativo ao *quantum*, que antes era de três e agora passa a ser de quatro pessoas para que se configure uma organização criminosa, e o segundo é o termo infração penal mostrando claramente que é possível uma organização criminosa que pratique contravenção e/ou crimes. Vale ressaltar que o Projeto de lei que viria a ser convertido na lei em comento, em seu texto original não fazia essas modificações.

Pereira e Silva apud Jonh[42], aponta quatro diferenças dos conceitos, quais sejam:

1)O número mínimo de integrantes exigidos na nova compreensão legal passa a ser de 4 (quatro) pessoas, e não apenas 3 (três) como previa a lei anterior.

2) A nova definição deixa de abranger apenas crimes, passando a tratar sobre infrações penais, que incluem crimes e contravenções (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal). Além disso, abarca infrações punidas com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, e não mais as com pena máxima igual ou superior a este patamar.

3) A prática de crimes com pena máxima igual a 4 (quatro) anos, que incluem o furto simples (art. 155, CP), a receptação (art. 180, CP), a fraude à licitação (art. 90, Lei 8.666/90), restaram afastados da possibilidade de incidirem como crime organizado pelo novo conceito legal. Embora o contrabando e o descaminho (art. 318, CP) tenham pena máxima igual a 4 anos, estes são essencialmente

transnacionais, razão pelo qual não estão excluídos na nova conceituação legal.

4) A nova compreensão legal inovou também ao estender o conceito às infrações penais previstas em Tratados Internacionais quando caracterizadas pela internacionalidade; e ainda aos grupos terroristas internacionais.

Vale ressaltar que, a Nova Lei de Combate ao Crime Organizado não revogou expressamente o conceito de organização criminosa dada pela Lei 12.694/12. Diante disso a doutrina se dividiu no sentido de, a Lei 12.850/13 (Nova Lei de Organização Criminosa) ter revogado tacitamente ou não o antigo conceito em comento, isto porque a Lei que autoriza a criação de Colegiado de Juízes em primeiro grau (Lei 12.694/12), para julgar crimes cometidos por organizações criminosas, dispõe em seu art. 2º que: "Para efeitos desta lei, considera-se...". Destarte, alguns autores^[43] se posicionam no sentido de os dois conceitos coexistirem, sendo um para a criação de colegiados em primeiro grau, ou seja, tratando-se de matéria processual penal; enquanto que o novo conceito seria para a investigação e tipificação do delito de integrar em organização criminosa, ou seja, tratando-se de matéria penal.

Pensando desta forma, o conceito trazido pela Lei 12.694/12 seria meramente processual enquanto que o da Lei 12.850/13 seria material. Entretanto a insegurança jurídica que a coexistência de dois conceitos distintos cria é tamanha que não justifica optar por ela. É só imaginar a seguinte situação hipotética: em um determinado fato trazido a juízo para apreciação, não está configurada a existência de organização criminosa nos exatos moldes do artigo 2º da Lei nº 12.694/12. Isto porque, embora haja três pessoas, não foram praticados crimes, mas contravenções penais. Assim, não é possível instaurar o colegiado de juízes na primeira instância^[44].

No mesmo sentido Bitencout^[45] dita que:

Seria um verdadeiro paradoxo, gerando, inclusive, contradição hermeneuticamente insustentável, utilizar um conceito de organização criminosa para tipificação e caracterização do referido tipo penal e suas formas

equiparadas, e adotar outro conceito ou definição para que o seu processo e julgamento fossem submetidos à órgão colegiado no primeiro grau de jurisdição, nos termos da Lei 12.694/2012.

Vale ressaltar que o §1º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução das Normas Brasileiras) disciplina que:

§ 1o - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Destarte, é possível afirmar que a Lei 12.850/13 revogou tacitamente o artigo 2º da Lei 12.694/12, pelo fato daquela tratar inteiramente da matéria, ou seja, do conceito de organização criminosa, onde esta a conceituava apenas para “os efeitos desta Lei”. Apesar de haver posicionamentos contrários^[46], a doutrina majoritária vem consolidando o entendimento de que o conceito dado pela Lei 12.850/13 é o único vigente atualmente no ordenamento jurídico.

Desta forma, para se constituir um juízo colegiado em primeiro grau para o julgamento de Organizações Criminosas, pelo fato de iminente risco ao magistrado, será utilizado como parâmetro o novo conceito dado pela Lei 12.850/13. Esse também é o entendimento do Ilustre Doutrinador Luis Flávio Gomes que explicita:

[...] Se o conceito de crime organizado está dado pela nova lei, aos juízes competem seguir a nova lei, respeitando o seu conceito de crime organizado, que nada mais é que a soma dos requisitos típicos do art. 2º com a descrição de organização criminosa do art. 1º ^[47].

A Nova Lei de Organizações Criminosas também inovou a ordem jurídica no sentido de finalmente tratar organização criminosa como crime, restando claro em seu artigo 2º, in verbis:

Art. 2o - Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Desta forma é possível concluir que o crime de lavagem de dinheiro tratado na Lei nº 9.613/98, o qual para se configurar deve-se ter uma infração penal antecedente, poderá utilizar da tipificação de organização criminosa dado pela Lei nº 12.850/13 como delito penal preexistente, algo que já causou muitos debates jurídicos já mencionados neste trabalho.

Segundo Greco Filho^[48] a definição das condutas como crime é nova, sendo assim se aplicando a partir da validade da lei, mas trata-se de crime permanente de modo que, ainda que constituída antes, se mantida a organização após a vigência incide a nova lei penal. Cunha e Pinto^[49], também fazem menção a esta regra quando dizem que "*Novatio legis incriminadora*, o tipo, obviamente, não retroage para alcançar os fatos esgotados antes da vigência da nova ordem legal."

O crime tratado na lei em comento absorve o previsto no artigo 288 do Código Penal, alterado pela Lei 12.850/13 para Associação Criminosa. Entretanto, quando se trata do crime de Associação para o tráfico de drogas o tema fica um pouco mais capcioso pelo fato de o tipo penal tratado na Lei nº 11.343/06 (Tráfico de Drogas) ter menos elementos do que o crime de Organização Criminosa, como se pode verificar em:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Verifica-se que no crime de associação para o tráfico há a necessidade de se associarem apenas duas pessoas ao passo que o delito de organização criminosa faz obrigatório se ter no mínimo quatro, além disto, é importante observar que o artigo 35 da Lei 11.343/06 faz menção a pratica dos crimes previsto nos artigos 33, caput e § 1º e 34 do mencionado diploma normativo, enquanto que na Lei 12.850/13 faz uso da expressão "infrações penais", além de que a pena de Associação para o tráfico é mais gravosa do que a do delito de organização criminosa.

Com o fim de solucionar o tema ora abordado Greco Filho explicita que:

Mais complexa é a relação com o crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006). O crime de associação para o tráfico tem menos elementos do que o crime de organização criminosa. Basta a união de duas pessoas com ânimo associativo com o fim de praticar crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, desnecessários os demais requisitos do artigo comentado. Acontece que pode, e isso comumente acontece, formar-se organização criminosa, como todos os elementos desta lei para a prática do tráfico de drogas. Uma análise superficial poderia levar à conclusão de que a associação para o tráfico, como o art. 288 seria subsidiário no art. 2º desta lei. Acontece que a associação para o tráfico tem pena maior, de reclusão, de 3 a 10 anos. Crime com pena maior não pode ser subsidiário de outro com pena menor, ainda que seus elementos estejam totalmente naquele contidos. Deve aplicar-se, então, outro princípio, o da especialidade, de modo que, ainda que estejam presentes todos os elementos do crime de organização criminosa, se o crime visado é o tráfico de drogas, o crime é o do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Ambos cumulativamente jamais, porque haveria bis in idem inadmissível^[50].

Como se pode verifica a Lei nº 12.850/13 trouxe muitos novos conceitos fazendo com que diversos debates jurídicos travados antes do advento dela fossem pacificados na Doutrina, porém a norma jurídica em comento não tratou apenas de conceituar e tipificar organização criminosa, trouxe também em seu corpo importantes institutos acerca dos meios de prova especiais que se poderão valer os operadores de direito para a persecução penal e para o procedimento judicial, e é este tema que será tratado agora.

2. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E OS MEIOS DE PROVA

2.1. CONCEITO E FINALIDADE DE PROVA PENAL

Inicialmente, antes de se adentrar ao tema dos meios especiais de provas admitidos na Lei nº 12.850/13, se faz necessário conceituar o que é prova penal para o mundo jurídico, nesse sentido, Nucci^[51] diz que:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Nesse último senso, pode dizer o juiz, ao chegar a sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.

Avena^[52], ao tratar do tema diz que “prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias.”. Reis e Gonçalves^[53] ao conceituarem a prova penal dizem que:

[...] Sob essa ótica objetiva, pois, prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância.

O termo prova também é empregado, sob aspecto subjetivo, para definir o resultado desse esforço provatório no espírito do juiz.

Destarte, o conceito de prova fundamenta-se na doutrina sob dois aspectos, o objetivo o qual se baseia no esforço de demonstrar a veracidade de determinado fato alegado pelas partes, utilizando-se de instrumentos admitidos na legislação processual penal e extravagante; e o subjetivo, que diz respeito ao resultado deste esforço para o convencimento da verdade do fato ao Juiz.

Desta forma é possível afirmar que a finalidade da prova penal é convencer o magistrado de determinado fato apresentado pelas partes, para que com isto possa ser absolvido ou condenado o réu, ou seja, o que se almeja com a prova é alcançar a verdade processual (ou relativa). Nesse sentido Mirabete, apud Avena[54] quando se refere ao tema diz “provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo”.

Denota-se desta forma que o conceito e finalidade da prova penal estão ligados ao convencimento do magistrado sobre a verdade relativa apresentada pelas partes, para que com isto possa-se chegar uma decisão sobre o fato alegado.

2.2. MEIOS ESPECIAIS DE OBTENÇÃO DE PROVA DA LEI 12.850/13

A Lei nº 12.850/13 enumera em seu artigo 3º os meios especiais de obtenção de prova na fase investigatória, mas que poderá ser prolongado na fase judicial, o rol como se poderá verificar não é taxativo, podendo ser admitido todos os meios de prova admitidos no direito processual brasileiro, como se pode verificar em:

Art. 3o - Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Destarte, o presente estudo irá fazer um breve panorama de cada meio de prova abordado na Nova Lei de Organização Criminosa.

2.2.1. Colaboração Premiada

Na já revogada Lei 9.034/95 (Organização Criminosa) e na Lei 11.343/06 (Lei de Tóxicos) a colaboração premiada consiste em um benefício que diminui a pena do agente de um a dois terços, sem elencar nenhuma garantia ou direitos ao colaborador e nem ao menos ditar como seria esta colaboração.

A Lei 12.850/13 (Nova Lei de Organizações Criminosas) não só positivou estas lacunas legislativas anteriores como também, inovou a Ordem Jurídica ao mencionar que o Juiz poderia além de reduzir em até dois terços a pena, conceder o perdão judicial ou substituir a pena por uma restritiva de direitos, como se pode verificar no artigo 4º da mencionada Lei.

Segundo Greco Filho^[55] os requisitos para que se possa conceder a colaboração premiada, previstos no artigo 4º, são os seguintes:

Que se trate de investigação ou processo envolvendo o crime de organização criminosa ou crime praticado no âmbito de organização criminosa;

- 1) A colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal;
- 2) Que dessa colaboração resulte um ou mais dos seguintes efeitos:

- a) A identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- b) A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- c) A prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- d) A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- e) A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A colaboração deve ser voluntária, ou seja, não poderá haver nenhum tipo de coerção para que alguém faça a colaboração, sendo causa de vício processual se não observado este requisito. O colaborador não só deve agir de forma voluntária, mas também de forma efetiva com o fim de se auxiliar da melhor forma possível a persecução penal ou procedimento judicial.

Para o colaborador ter expectativa sobre os benefícios da delação, é imprescindível que desta colaboração se consiga alcançar um dos efeitos elencados nos incisos do artigo 4º supracitados.

Mesmo que a colaboração tenha todos estes requisitos citados anteriormente, ainda não irá gerar de automático o benefício da Delação premiada, tendo o magistrado que se ater ao que dita o § 1º do artigo 4º da Lei 12.850/12, *in verbis*: “§ 1º - Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Greco Filho^[56] lembra disto quando diz que “A colaboração e os efeitos, porém, não geram automaticamente o direito ao benefício (perdão judicial ou redução da pena). Dependerão de avaliação de outras circunstâncias, previstas no §1º [...]”.

Desta forma mesmo que a delação consiga dismantelar a organização criminosa, o magistrado terá que levar em consideração para a concessão do benefício da colaboração premiada a personalidade do delator, a natureza do crime que este cometeu dentro da organização, assim como a gravidade e a repercussão deste, apesar de que o Delegado de Polícia e o membro do *Parquet* poderão, a qualquer tempo, requerer ou representar ao Juiz pelo benefício do perdão judicial, mesmo que este benefício não esteja previsto na proposta inicial, como dita o § 2º do artigo 4º da Lei 12.850/13.

Interessante que a nova Lei de organização criminosa ao abordar como seria feito o acordo de colaboração premiada, previstos nos §§ 6º, 7º, 8º e 9º do artigo 4º, previu que o Juiz não iria participar deste, corroborando desta forma com o princípio da Imparcialidade e do Juiz Natural, e inovando a Ordem Jurídica, uma vez que antes do advento deste diploma normativo o magistrado atuava junto na proposta de acordo.

A Lei também cuidou de elencar alguns direitos e garantias ao colaborador, visto os riscos que este poderia correr por represálias pelos membros da organização criminosa que poderá ser dismantelada por esta delação. Estes direitos estão previstos no artigo 5º da Lei 12.850/13, quais sejam:

Art. 5o - São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados

Além de enumerar os direitos que o colaborador terá, a Nova Lei de Organizações Criminosas tratou também, de punir quem infringir algum destes direitos, como se pode verificar no artigo 18 da norma em comento, *in verbis*:

Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Como bem elucida Sanches, e como se verificará mais adiante, o legislador pecou neste dispositivo pelo fato de ter mencionado no tipo penal apenas o colaborador, fazendo omissão ao agente infiltrado, o qual também justificaria a criação do delito.

Mendonça^[57] menciona que a Lei 12.850/13 trouxe grandes avanços na temática da colaboração premiada, entretanto o fato de o Estado fazer uso de um dos participantes dos delitos cometidos pelas organizações criminosas a fim de se conseguir provas para desmantela-las mostra como as organizações criminosas estão cada vez mais sofisticadas e como o Estado está falindo como legitimado da *persecutio criminis*.

2.2.2. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

Apesar de a Lei 12.850/13 ter dado grandes avanços nas questões relacionadas à colaboração premiada e à infiltração policial, preenchendo lacunas antes existentes, esta pecou ao disciplinar de alguns outros meios especiais de provas, a exemplo a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, o qual somente faz menção ser possível utilizar deste instituto em seu inciso II do artigo 3º, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência suprir a obscuridade deixada pelo diploma legal.

Diante desta lacuna, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 510 de 2013 que tem como objeto regulamentar a gravação, a escuta e a interceptação ambiental, para fins de utilização em processos judiciais ou administrativos. A justificação para a criação de uma norma que regulasse este

meio de prova, foi justamente a lacuna deixada pela Lei 12.850/13, como se pode verificar em:

A captação ambiental de imagens e sons por meio de gravações, escutas e interceptações é, atualmente, um dos meios mais eficazes de produção de prova em matéria criminal, notadamente quando se trata de crimes que não deixam vestígios.

Todavia, apesar da importância prática desse meio de prova, não há sobre ele qualquer regulamentação adequada em nível legislativo. A única referência a esse método de investigação encontra-se no inciso II do art. 3º da Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013). Nesse Diploma, contudo, não se regulamenta nada acerca do procedimento ou das hipóteses de admissibilidade: apenas se declara a possibilidade de obtenção de provas por meio de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

Essa lacuna legislativa deve ser urgentemente colmatada[58].

A antiga Lei de Organização Criminosa também somente fazia menção ao instituto condicionando-o a autorização judicial ao revés da Lei 12.850/13 da qual não se é utilizada desta condição para utilizar este meio probatório. Leite[59] entende que a supressão foi devido ao fato da captação ambiental ser utilizada em local público, não ferindo desta forma o direito a intimidade, que é o limite deste instituto além do sigilo profissional.

O Projeto de Lei sobre o assunto que corre no Senado demonstra o mesmo entendimento quando dita em seu artigo 2º que: "Quando realizadas em locais públicos, a gravação, a escuta e a interceptação ambientais independem de ordem judicial ou consentimento dos interlocutores ou participantes da conversa ou reunião".

Greco Filho[60] disciplina que a captação ambiental não se confunde com interceptação telefônica, que tem disciplina constitucional e legal e é outro meio

também previsto. O autor faz menção que a diferença está em que, no caso da interceptação telefônica, o agente está se utilizando de um meio público de comunicação, o telefone ou equiparado, ao passo que a captação ambiental dar-se-á de emissão de sinais fora dos meios públicos de comunicação. O Doutrinador conceitua desta forma captação ambiental como sendo a obtenção, sem autorização de quem emite o sinal, de natureza eletromagnética, óptica ou acústica do significado ou conteúdo desse sinal.

Ademais vale ressaltar, que o então Projeto de Lei que trata sobre o tema tratou, em seu § 1º do artigo 1º, de conceituar cada instituto que a então comentada Lei 12.850/13 se omitiu.

2.2.3. Ação controlada

A Lei 12.850/13 ao conceituar o que é ação controlada para efeitos legais dita em seu artigo 8º que “Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”.

A ação controlada, também chamada de flagrante retardado, diferido ou prorrogado, trata-se em realidade não de um meio especial de prova, mas sim de uma técnica ou estratégia excepcional, com o fim de se obter maiores informações e provas mais eficazes na persecução penal para se dismantelar a organização criminosa.

Esta técnica já era prevista na Lei 9.034/05 em seu artigo 2º inciso II, e é disciplinada na Lei 11.343/06 no artigo 53, inciso II, nos dois diplomas legais o flagrante retardado é condicionado a uma autorização judicial, ao passo que na Lei 12.850/13 é preciso somente comunicar, sendo facultado ao magistrado impor limites à ação controlada, como se pode verificar no § 1º do artigo 8º da referida norma. Este dispositivo se justifica pelo fato de que a autorização judicial poderia atrasar o flagrante prorrogado. Entretanto, caso a ação controlada seja contra tráfico ilícito de entorpecentes, deverá haver autorização pelo fato de se utilizar a Lei de Tóxicos.

Vale lembrar que a comunicação será sigilosa e somente quem terá acesso a ela serão o Delegado de Polícia, o Ministério Público e o Magistrado, não violando a súmula vinculante nº 14 do STF, que dispõe que o Defensor terá acesso aos documentos dos autos do Inquérito que já tenham sido cumprido as diligências, pelo fato de que após cumprida a ação controlada a defesa terá acesso as provas obtidas por meio desta.

A Lei 12.850/13 inovou a ordem jurídica também, pelo fato de mencionar no artigo 8º a ação controlada no âmbito administrativo, onde a doutrina entende que o flagrante retardado poderá ser realizado por servidores, como os da Corregedoria e Receita Federal. Entretanto, alguns autores entendem que este dispositivo ofenderia o artigo 144 da Constituição Federal pelo fato desta prever a competência da policial judiciária para este tipo de tarefa.

A Lei de Combate ao Crime Organizado ainda previu em seu artigo 9º a colaboração entre Estados para se realizar uma ação controlada, quando o crime for de caráter transnacional, para tanto deverá haver a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

2.2.4. Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais

Este meio excepcional de prova, previsto no artigo 3º, inciso IV, da Lei 12.850/13, no que diz respeito ao acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, por serem direitos constitucionais, a sua quebra deverá ser precedida de autorização judicial. Diferentemente, o acesso a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais não necessita desta autorização previa, como se verifica no artigo 15 da Lei de Organizações Criminosas, *in verbis*:

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o

endereços mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito

Desta forma, este artigo é claramente constitucional pelo fato de não ferir a intimidade do investigado, uma vez que os dados constantes são públicos.

Greco Filho entende que apesar deste meio de prova estar disciplinado na Lei 12.850/13, ou seja, tratar-se de meio de prova para organização criminosa, esta pode ser utilizada também no Processo Penal em geral.

2.2.5. Intercepção de comunicações telefônicas e telemáticas

Este meio de prova é previsto na Lei 12.850/13, mas é disciplinado pela Lei nº 9.296/96, o qual não faz parte do objeto deste estudo. Em linhas gerais, a interceptação telefônica e telemática é um meio excepcional de obtenção de prova que poderá ser utilizado tanto na persecução penal, quanto na fase judicial, em ambos os casos com prévia autorização judicial fundamentada com os pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* e com a indicação dos meios a serem empregados.

Nucci apud Leite conceitua interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ao comentar que “A interceptação, conforme Nucci, é o ‘ato de imiscuir-se em conversa alheia, seja por meio telefônico ou computadorizado, seja por formas abertas ou ambientais’, abrangendo também as comunicações realizadas pela internet.”.

2.2.6. Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal

O sigilo financeiro, bancário e fiscal é norma de caráter constitucional, caracterizando desta forma uma exceção sua quebra. Desta forma, a Lei Complementar nº 105/01 tratou de disciplinar como poderá ser feita este rompimento de sigilo, tendo a Lei nº 12.850/13 apenas mencionado em seu artigo 3º, inciso VI, que poderá ser utilizado este meio excepcional de prova para a persecução penal, utilizando-se desta forma os conceitos e procedimentos trazidos pela legislação específica.

O § 4º do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/01 diz que poderá ser decretado a quebra de sigilo para a apuração de qualquer ilícito, tanto na fase

inquisitorial como na judicial, além de frisar em seu inciso IX, especialmente os praticados por organizações criminosas.

2.2.7. Cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais

Este é outro meio de prova trazido pela Lei 12.850/13, que novamente não se aprofundou do assunto. A colaboração, a qual busca provas e informações, poderá ser feita através de convenio ou outro instrumentos administrativos que se entenderem adequados. Em matéria de cooperação internacional, o Brasil tem tratados de extradição com grande número de países, unilaterais e multilaterais, tratados de cooperação jurídica em matéria penal e tratados de cooperação policial, aos quais se devem recorrer em caso de organização criminal transnacional[61].

2.2.8. Infiltração policial

A infiltração policial está previsto no artigo 10 da Lei 12.850, como se pode verificar *in verbis*.

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

O instituto preencheu várias lacunas existentes na revogada Lei 9.034/95, e inovou o ordenamento jurídico dispondo de forma minuciosa esse importante meio excepcional de prova, o qual será objeto de estudo no capítulo seguinte.

3. O AGENTE INFILTRADO

3.1. CONCEITO DE AGENTE INFILTRADO

A infiltração policial como meio extraordinário de obtenção de prova em uma organização criminosa, é um instrumento de extrema importância nos dias

atuais, pelo fato de o crime organizado estar cada vez mais astuto e de difícil comprovação. Desta forma, faz-se necessário inicialmente conceituar o que vem a ser o agente infiltrado, também chamado de agente encoberto e *undercover agent* [62].

Pacheco[63] ao conceituar agente infiltrado é categórico ao afirmar que “agente infiltrado é um funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, dessa forma, desmantelá-la”.

Segundo Santamaria apud Pacheco[64] infiltrado é aquele policial ou, no caso argentino, membro das forças armadas que faz uma investigação dentro de uma organização criminosa, muitas vezes ocultando sua verdadeira identidade, com fim de obter conhecimento sobre o cometimento de delitos, sua preparação e informar sobre tais circunstâncias para, assim, proceder a seu descobrimento, e em alguns casos, encontra-se autorizado também a participar de crimes.

Com o intuito de conceituar o instituto da infiltração policial, Carlos[65], disciplina da seguinte maneira:

[...] tratar-se de uma técnica especial de investigação através da qual um agente policial, devidamente selecionado e treinado para a tarefa, ocultando a verdadeira identidade, e utilizando outra a ser fornecida pelo Estado, é introduzido no âmbito de uma organização criminosa e conquistada a confiança dos verdadeiros membros, passa a atuar com o fim de obter provas a respeito das atividades delituosas praticadas, objetivando, com isso, desmantelá-la.

Por fim, Greco Filho[66] conceitua o agente infiltrado como sendo “um membro do corpo policial que, para desbaratar a atividade de grupos criminosos, ingressa no grupo e participa de suas atividades até a colheita de elementos probatórios suficientes para a persecução penal”.

Carlos[67] salienta ainda que o desmantelamento da organização criminosa de um modo geral deve compreender, pelo menos, alguns aspectos relevantes, ele os enumera da seguinte maneira:

- a) Identificação e prisão dos criminosos, inclusive de eventuais agentes públicos participantes do esquema delituoso;
- b) Identificação das fontes de renda da máquina criminosa;
- c) Identificação de eventuais pessoas jurídicas utilizadas para encobrir atividades delituosas perpetradas pela organização;
- d) Identificação da estrutura estabelecida para proceder à lavagem de capital;
- e) Identificação (e posterior apreensão) dos bens provenientes, direta ou indiretamente, da prática dos delitos cometidos pela organização;
- f) Recuperação de eventuais bens públicos desviados pela organização criminosa, dentre outros aspectos.

Assim, podemos conceituar agente infiltrado como sendo aquele agente de polícia que oculta sua verdadeira identidade e integra como membro de uma organização criminosa, com o fim de obter provas da atuação delituosa desta organização, além de identificar o líder para que desta forma se possa dissolver o grupo criminoso organizado.

Destarte é possível perceber que o agente infiltrado, ou *undercover agent*, é aquele policial, civil ou federal, que fazendo uso de uma autorização judicial, prévia e sigilosa, adentra em uma organização criminosa simulando ser parte desta, para que fazendo uso de sua identidade falsa de criminoso possa colher provas exclusivas para a persecução penal, compreendendo um dos aspectos supracitados.

3.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE INFILTRAÇÃO POLICIAL

A figura do agente infiltrado em organizações criminosas foi levantada pela primeira vez no Brasil pela já revogada Lei nº 9.034/95, onde se previa em seu artigo 2º, inciso I, a infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto do artigo 288 do Código Penal, de cuja ação se pré-excluía, no caso, a antijuridicidade. Este dispositivo restou-se vetado pelo então Presidente da República da época, Fernando Henrique Cardoso, pelo fato de a infiltração policial

não ser condicionada a uma prévia autorização judicial, como se pode verificar nas razões do Veto[68]:

O inciso I do art. 2º, nos termos em que foi aprovado, contraria o interesse público, uma vez que permite que o agente policial, independentemente de autorização do Poder Judiciário, se infiltre em quadrilhas ou bandos para a investigação de crime organizado.

Essa redação, como se pode observar, difere da original, fruto dos estudos elaborados por uma subcomissão, presidida pelo deputado Miro Teixeira, que tinha como relator o deputado Michel Temer, criada no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, que, de forma mais apropriada, condicionava a infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa à prévia autorização judicial.

Além do mais, deve-se salientar que o dispositivo em exame concede expressa autorização legal para que o agente infiltrado cometa crime, preexcluída, no caso, a antijuridicidade, o que afronta os princípios adotados pela sistemática do Código Penal.

Em assim sendo, parece-nos que o inciso I do art. 2º deve merecer o veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 66, § 1º, da Constituição Federal, ressaltando, contudo, que este Ministério, posteriormente, encaminhará proposta regulamentando a matéria constante do dispositivo acima mencionado.

De fato o Projeto de Lei nº 3.516/89 apresentado pelo então deputado Michel Temer continha em seu artigo 8º à previsão de uma autorização judicial antecedente à infiltração policial, onde se dizia que:

Art. 8º. A infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa, para investigação do crime organizado, será solicitada pela autoridade policial ao juiz competente, que autorizará desde que haja suficientes

indícios da prática ou da tentativa das infrações penais presentes nesta Lei e a providência for absolutamente indispensável à apuração ou a assecuração das provas, dando ciência ao Ministério Público.

Importante salientar a problemática que o veto presidencial também sanou de imediato, qual seja a responsabilidade penal do agente infiltrado no caso de cometimento de delitos, sendo tal ação causa de antijuridicidade. Desta forma a Lei 9.034/95 foi sancionada sem previsão da infiltração policial.

Somente em 2001, com intuito de se fazer uso da figura do agente infiltrado, é que foi publicada a Lei nº 10.217/01 a qual inseriu no artigo 2º da Lei 9.034 o inciso V, onde estava previsto ser possível à infiltração de agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante autorização judicial estritamente sigilosa, enquanto durasse a infiltração. O novo disposto legislativo sobre o agente infiltrado no Brasil tratou de sanar os motivos que levaram o veto presidencial do artigo 2º, inciso I, da Lei 9.034, ou seja, positivou a prévia autorização judicial como condicionante para a infiltração em organização criminosa, estabelecendo que esta fosse sigilosa enquanto durasse a infiltração.

Entretanto, este dispositivo trouxe consigo várias problemáticas jurídicas, sendo a principal, o fato de autorizar agentes de inteligência se infiltrar, ferindo a Constituição Federal, pois esta dita em seu art. 144, que a atividade de investigação é exercida pela polícia judiciária, ou seja, pelas polícias civil e federal, além do fato de que se deixou uma lacuna legislativa, no sentido de que não se regularizou como seria feita a infiltração. Desta forma o legislador pátrio não apaziguou a brecha legal sobre o tema, uma vez que a norma somente cuidou de tratar quem poderia se infiltrar e quem poderia autorizar esta infiltração.

A figura do agente infiltrado foi tratada também pela Lei nº 10.409 de 11 de janeiro de 2002, onde continha em seu artigo 33, inciso I que era possível a “infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações”. Esta Lei acabou sendo revogada pela Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Tóxicos), onde também fez menção à infiltração policial em seu artigo 53, inciso I, que estabelecia:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

Desta forma é possível perceber um aspecto comum em todos os dispositivos legais acerca da figura do agente infiltrado: em todos eles não houve qualquer apontamento sobre o procedimento inerente à infiltração policial^[69].

Diante da clara omissão legislativa sobre o tema o Congresso Nacional editou por meio do Projeto de Lei nº 6.578/09, e o Presidente da República sancionou a Lei nº 12.850/13, a qual tem por objeto a definição de organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

A Lei 12.850/13 inovou a ordem jurídica no que diz respeito à figura do agente infiltrado, uma vez que esta definiu em seção própria como seria o procedimento a ser adotado na infiltração, estabelecendo prazos para atuação do agente infiltrado, limite da infiltração, além dos direitos inerentes ao agente infiltrado. Carlos^[70] diz que a Lei 12.850/13 finalmente “aclarou o panorama referente à infiltração policial, cuja imprecisão, como relatado alhures, possibilitava toda uma sorte de interpretações, pondo em risco, até mesmo, o princípio da segurança pública”.

3.3. INFILTRAÇÃO POLICIAL NA LEI 12.850/13

3.3.1. Requisitos Legais e Procedimentos

A Lei 12.850/13 com o fim de finalmente regularizar o instituto da infiltração policial como meio especial de obtenção de prova, positivou em seu artigo 10 e 11 os Requisitos Legais e os Procedimentos a serem adotados. Vale ressaltar que o Projeto de Lei do Senado nº 150/06 não previa a figura do agente infiltrado, tendo o então Senador Aloízio Mercadante, relator, apresentou em

parecer os motivos da iniciativa de se regular tal instituto, como se pode verificar em:

A inclusão de disciplina sobre infiltração não estava prevista nem na redação original, por opção da Autora, nem no texto consolidado que apresentei, embora esta técnica tenha sido por mim arrolada no art. 3º da versão coligida. Mas, diante da importância da matéria decidi, após a audiência pública, dedicar-lhe uma seção específica, conforme já adiantara. A infiltração de agentes apresenta-se como medida fundamental no combate ao crime organizado. Por meio de tal instituto, será possível acompanhar todo o inter criminis da organização criminosa, bem como descobrir o seu *modus operandi*, resultados estes não alcançados por outras técnicas previstas em nossa legislação. Não custa repetir que esta medida de investigação é uma das mais invasivas e arriscadas; põe em risco a vida ou a integridade física do agente infiltrado e pode dar motivo à responsabilização civil do Estado, tanto pelo agente vir a ser vítima, como pelo fato de o agente poder gerar dano a outrem.

Desta forma, logo no *caput* do artigo 10 da Lei de Organizações Criminosas já se encontra um requisito antes não abordado, onde se diz que “A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo Delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público”. Verifica-se que a Lei trouxe uma elevada importância à manifestação técnico-operacional apresentada pelo Delegado de Polícia, requisito antes não tratado pela Lei 9.034/95 para se instaurar uma infiltração policial, concedendo desta forma uma participação maior deste. A Lei deixa claro também, que representado o Delegado pela autorização de se fazer uso de uma infiltração, o Magistrado terá que ouvir o *parquet*.

Outro requisito, também no *caput* do artigo 10, diz respeito à manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso da persecução penal. Salienta-se ainda que o Magistrado em decisão prévia, sigilosa, motivada e circunstanciada irá estabelecer os limites da infiltração. O critério da infiltração é eminentemente policial, dentro das técnicas de investigação e levará

em conta de primordial a segurança do agente infiltrado, desta forma se justifica a autorização que estabelece os limites de atuação ser acompanhada de manifestação técnica do delegado de polícia [71].

A Lei que regula a infiltração policial no Brasil enfatiza em seu § 2º que “será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis” o que se pode interpretar que a infiltração é uma medida extremamente excepcional, uma vez que o dispositivo deixa claro que o meio especial de prova será utilizado no âmbito de infrações cometidas por organizações criminosas e sendo imprescindível que não se consiga prova por outro meio. A imprescindibilidade, enquanto requisito legal decorre, em última análise, do fato de ser a medida em tela extremamente invasiva da intimidade do indivíduo [72].

O *caput* do artigo 10 da Lei 12.850/13 deixa claro também que a infiltração será exercida por “agente de polícia em atividade de investigação” encerrando de vez o debate jurídico travado na antiga Lei de Organizações Criminosas sobre a constitucionalidade de se autorizar agentes de inteligência se infiltrar, uma vez que a Nova Lei somente fez menção a agente de polícia, compreendendo desta forma as civis e a federal.

A infiltração policial será de seis meses podendo ser prorrogada, se demonstrar necessidade, é o que dita o § 3º da Lei 12.850/13. A Lei é omissa no sentido de quantas renovações o magistrado pode homologar. Não obstante o silêncio legislativo, o Juiz deverá ao analisar ter cautela com eventuais pedidos de prorrogação, no sentido de se manter a segurança jurídica [73].

Destarte, é possível enumerar os seguintes requisitos legais e procedimentais para se utilizar o meio excepcional probatório, quais sejam [74]: a) agente policial (federal ou estadual); b) tarefa de investigação; c) autorização judicial motivada; d) indícios de materialidade; e) subsidiariedade; f) prazo máximo de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogado; g) relatório circunstanciado; h) momento oportuno para a infiltração policial (durante o inquérito policial ou a instrução criminal).

3.3.2. Sigilo acerca das informações

Consta no artigo 12 da Lei 12.850/13 que “o pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado”, além de constar no § 2º do mesmo artigo que “os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação do agente”. Estas normas tem um caráter dúplice, na medida em que resguarda o sucesso da infiltração e concomitantemente protege o agente infiltrado.

É importante que aja uma ação conjunta entre o Delegado de Polícia, o Ministério Público e o Magistrado, no sentido de preservar o caráter sigiloso da infiltração, para tanto o Delegado deverá reduzir, ao máximo, o conhecimento acerca da operação a ser desencadeada. Destarte, somente os agentes que efetivamente forem empregados na missão poderão tomar conhecimento da infiltração e da representação junto ao Poder Judiciário. Desta forma, a Instituição Policial deverá criar normas internas no sentido de objetivar o devido sigilo da operação[75].

Nesse sentido, o membro do *parquet* também deverá reduzir, no âmbito da atuação institucional, o conhecimento acerca da operação policial que será feita, deixando somente membros a serem utilizados cientes da infiltração. No tramite do requerimento de infiltração policial, somente o servidor que será empregado na missão é que poderá ter acesso às peças sigilosas[76].

Ademais, o Poder Judiciário, também deverá criar mecanismos internamente com o fim de evitar que se vazem informações acerca da operação policial, e desta forma se efetive da melhor forma possível à infiltração.

3.3.3. Direitos do Agente Infiltrado

A Lei 12.850/13, que regulamenta procedimentos para se utilizar do instituto da infiltração policial em organizações criminosas, também tratou dos direitos do agente infiltrado tanto no curso da infiltração, como após a operação. Os direitos do agente infiltrado estão dispostos no artigo 14 da Lei de Organizações Criminosas, que dispõe:

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

O inciso I tem natureza administrativa e significa que o agente policial não terá a obrigatoriedade de aceitar como ordem de superior hierárquico a missão de se infiltrar em uma organização criminoso, não podendo ser punido, direta ou indiretamente, pela recusa. Do mesmo modo este direito garante também ao agente infiltrado interromper sua participação na operação, sem prejuízo dos demais direitos que são arrolados no artigo, ou seja, ainda que haja interrupção por sua vontade, poderá ainda fazer uso da alteração de identidade por exemplo. A recusa ou a desistência não precisarão ser motivadas, tratando-se de ato livre de vontade do agente^[77].

Os incisos II e III dizem respeito ao direito do agente infiltrado de ter sua identidade alterada e no, curso da infiltração, ter suas informações pessoais e profissionais preservadas, sendo regularizado pela Lei nº 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, dispondo em seu artigo 9º que em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá a requerimento da pessoa, o conselho deliberativo encaminhar ao juiz competente para registros públicos o pedido para alteração de nome completo.

Este direito poderá ser estendido ao cônjuge, ascendentes, descendentes e dependentes, como se pode verificar no § 1º do artigo 9º da Lei 9.807/99. Cessada a ameaça ou coação poderá o agente infiltrado solicitar ao Juízo competente o retorno à situação anterior, com alteração para o nome original.

O agente infiltrado terá também o direito de não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado, sem sua autorização, o que levanta diversos debates jurídicos acerca do limite deste sigilo, no sentido principalmente deste poder ou não recusar atuar como testemunha na fase judicial, o que será analisado de forma mais detalhada em capítulo próprio.

3.3.4. Responsabilidade penal do agente infiltrado

Tema sempre recorrente acerca da infiltração policial é se o agente infiltrado poderá cometer infrações penais no curso da operação, e caso cometa, quais seriam os limites e qual seria a consequência deste ilícito. A problemática que já foi alvo de diversas teses jurídicas é delicada, uma vez que, autorizando o agente infiltrado a praticar ilícitos penais, o Estado estaria em verdadeira contradição, pois este deveria justamente evitar o cometimento destas, ao passo que, coibir, no trânsito da infiltração, o agente de cometer crimes mesmo que seja a atividade fim da organização criminosa, colocaria o policial em gravíssimo risco, uma vez que os membros desta organização desconfiariam do agente do Estado, e este poderia sofrer sérias represálias.

No texto inaugural da Lei 9.034/95 era previsto em seu artigo 2º, inciso I, parte final, a responsabilidade penal do agente infiltrado, dizendo que se este cometesse o delito previsto no artigo 288 do Código Penal seria excluída sua antijuridicidade. Na época o artigo fora vetado pelo fato de no artigo não constar prévia autorização judicial para se instaurar uma infiltração policial e pelo fato de que “o dispositivo em exame concede expressa autorização legal para que o agente infiltrado cometa crime [...], o que afronta os princípios adotados pela sistemática do Código Penal” [78]. Entretanto o Projeto de Lei 3.275/00, que viria a se tornar a Lei 10.217/01, a qual modificava os artigos 1º e 2º da Lei 9.034/95, dispôs no § 1º do inciso V do artigo 2º o mesmo texto que havia sido vetado, ou seja, que seria antijurídico o delito do artigo 288 do Código Penal cometido pelo agente infiltrado.

O legislador havia deixado uma enorme insegurança jurídica ao agente encoberto ao fazer ressalva apenas do crime objeto da infiltração da época, qual seja, o de quadrilha ou bando. Desta forma, o instituto iria ser algo totalmente desvantajoso para o agente infiltrado, pois além do fato de estar correndo constantemente risco de vida, pelo fato de a qualquer momento ser descoberto,

ainda correria o risco de responder um processo criminal ao final da infiltração pelo fato de ter cometido eventuais delitos. Por conta disto, a Lei 10.217/01 acabou sendo promulgada sem o disposto do § 1º, do inciso V, do artigo 2º, fazendo com que a matéria na época fosse tratada pela doutrina e jurisprudência.

As Leis 10.409/02 e 11.343/06 também foram omissas sobre a possibilidade de o agente infiltrado cometer alguma infração penal e qual a consequência jurídica, caso cometesse. Pacheco[79] diz na época que “Inquestionável e pacífica é a situação: não houve permissão para que o policial eventualmente praticasse crimes. Tal evento permanece sem previsão legal e, ocorrendo, deverá ser submetido à apreciação judicial”.

O problema da lacuna legislativa sobre o tema não acabava neste ponto. Ocorria um enorme debate jurídico acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado, pelo fato de que, se viesse a cometer uma infração penal por não haver outra alternativa, questionavam-se os doutrinadores: a conduta seria antijurídica pelo fato de o agente estar abarcado pelo estrito cumprimento do dever legal, causa de exclusão da ilicitude; ou seria inexigível conduta diversa pelo policial, causa de eliminação da culpabilidade?

Bitencourt apud Pacheco[80] diz que “Cremos, sob este aspecto e a depender, evidentemente de cada caso concreto, que, não obstante à conduta típica, estaria-se diante de um estrito cumprimento do dever legal se o ato praticado fosse rigorosamente necessário, a excluir a ilicitude” ao passo que Toledo apud Pacheco[81] afirma que:

[...] a inexigibilidade de conduta diversa é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão de culpabilidade e constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

Somente com a Lei 12.850/13 os debates finalmente restaram-se vencidos, uma vez que em seu artigo 13 disciplina que:

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Analisando o dispositivo, verifica-se que o legislador acertou ao transferir para a esfera da culpabilidade a conduta do agente infiltrado, visto que, se este agente foi instigado pelos demais membros ao cometimento de um delito e este se encontrasse abarcado pelo estrito cumprimento do dever legal, os demais membros também não poderiam ser punidos pelo fato, uma vez que o Brasil adota no concurso de pessoas a teoria da acessoriedade limitada^[82].

Segundo esta teoria o partícipe somente poderá ser punido se o autor tiver cometido um fato típico e antijurídico, sendo desta forma, individualizado a culpabilidade.

Destarte, o agente infiltrado não será punido pelos crimes cometidos quando inexigível conduta diversa, ou seja, o legislador cuidou de afastar a culpabilidade do policial no sentido salvaguardar sua própria segurança, estando aparado pela inexigibilidade de conduta diversa, desde que demonstrado que não agiu com arbitrariedade^[83].

Nota-se que o artigo cuidou do tema de forma exemplar, uma vez que o agente infiltrado responde pelos excessos praticados e concomitantemente o protege das arbitrariedades e coações cometidas pelos membros das organizações criminosas como testes para se convencerem de que o agente infiltrado não é um policial disfarçado. Desta forma o Magistrado, quando se tratar de crimes praticados no âmbito da infiltração, deverá analisar o caso concreto para que se possa verificar se o agente infiltrado agiu em excesso ou não.

Outra questão levantada por alguns doutrinadores é se o crime que ora é afastado a culpabilidade, seria o crime contido na Lei 12.850/13, qual seja o de Organização Criminosa, ou seria qualquer crime praticado pela organização. Sanches entende ser qualquer crime do qual seja como atividade fim da organização criminosa. Este entendimento parece ser mais razoável, pelo fato de

que seria difícil se imaginar um agente infiltrado em uma organização criminosa da qual tem como atividade ilícita a lavagem de dinheiro e este se recusar a realizar tal delito sem sofrer alguma represália.

3.3.5. CessaçãO da InfiltraçãO Policial

É importante mencionar o momento da cessação da operação de infiltração policial, pelo fato de o agente infiltrado poder sair desta organização criminosa sem o devido planejamento no âmbito da Instituição Policial, Ministério Público e Judiciário, fazendo com que esse possa sofrer represálias por parte dos membros da organização.

A Lei 12.850/13 infelizmente não tratou do tema, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência fazer um estudo mais aprofundado sobre a questão. Nesse sentido Carlos^[84] ao tratar do assunto leciona que o agente infiltrado ao sair da organização criminosa, além de ter sua identidade alterada ou protegida, como consta no artigo 14, deveria também ser concedida uma espécie de licença, de modo a justificar o seu desligamento, por mais algum tempo, da unidade de polícia judiciária.

O doutrinador também faz menção há seis tipos diferentes de cessação da operação de infiltração policial, quais sejam^[85]:

A) CessaçãO Voluntária: diz respeito a termino da infiltraçãO policial previsto no artigo 14, I, da Lei 12.850/13, a qual disciplina que o agente poderá, a qualquer tempo, fazer cessar a operaçãO, independentemente de haver algum perigo mediato ou imediato à sua vida. Carlos faz mençãO que neste caso, deverá o Delegado de Polícia dar imediata ciênciã ao *parquet* e à autoridade judiciária competente, registrando, no relatório circunstanciado os motivos apontados pelo agente infiltrado para sua retirada.

Salienta-se que no PLS 150/06, em parecer proferido pelo então senador Aloizio Mercadante, destaca-se o entendimento de que a continuidade ou não da infiltraçãO policial deverá ser, em ultima análise, do agente infiltrado, como se verifica em: "Considerando que o agente infiltrado é o responsável direto pela execuçãO da medida, entendo que ninguém melhor que ele para avaliar os riscos da continuidade da açãO ou sua implementaçãO" ^[86].

Entretanto para Carlos[87], a decisão do policial de fazer cessar a infiltração deverá ter alguma justificativa plausível, não podendo ser desarrazoada. Ademais caso seja motivada por razões inescrupulosas, o agente infiltrado não estará isento de eventual responsabilidade penal.

B) Cessação Urgente: Prevista no artigo 12, § 3º, da Lei 12.850/13, diz respeito ao caso de haver grande perigo iminente ao agente infiltrado, onde neste caso a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou por representação do Delegado de Polícia, dando-se ciência ao *parquet*.

O disposto tem como objetivo resguardar a vida e a integridade física do agente infiltrado, para tanto a cessação é caracterizada como urgente, onde poderá fazer uso até mesmo de equipe tática de proteção e resgate[88].

C) Cessação por quebra de sigilo: Também previsto no art. 12, §3º, da Lei 12.850/13, onde na hipótese de o agente infiltrado vir a ser descoberto torna-se ainda maior o perigo enfrentado por este, e, por conseguinte, rebaixando o nível de eficácia da operação, desta forma não sendo razoável prosseguir com a infiltração.

D) Cessação por êxito operacional: Conceituado por Carlos, onde o doutrinador entende que, de forma lógica, obtendo o êxito na infiltração, ainda que antes do prazo máximo fixado na Lei, deverá resultar na imediata cessação da operação, uma vez que esta não se fará mais necessária.

Para tanto Carlos[89] salienta que "nada mais justificaria a permanência do agente infiltrado no âmbito da organização criminosa, posto que alcançada a finalidade do instituto".

E) Cessação por expiração de prazo: Nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 12.850/13, diz respeito ao fato de findar o prazo de seis meses previsto no dispositivo legal, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada a necessidade. Desta forma, acabando-se o prazo estipulado pelo magistrado, a operação deverá ser cessada, o que, como leciona Carlos, deverá exigir algum planejamento por parte do delegado de polícia, de modo a preservar a identidade do agente infiltrado.

F) Cessação por atuação desproporcional: Segundo o art. 13, caput, da Lei 12.850/13, o agente deverá, em sua atuação, guardar a devida proporcionalidade com o fim da investigação, sob pena de responder pelos excessos praticados.

Desta forma, caso o agente infiltrado não se vincular ao dever de pautar sua conduta de acordo com o princípio da proporcionalidade, atuando com excessos durante a operação, poderá ensejar a cessação desta.

4. A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO BASE PARA UMA CONDENAÇÃO CRIMINAL

4.1. ASPECTO ÉTICO E CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

Fato é que, o instituto da infiltração policial é um importante meio especial de obtenção de prova que o Estado pode se valer, entretanto cumpre analisar as questões levantadas pela doutrina pátria acerca de seu preceito ético e constitucional em um Estado Democrático de Direito, ou seja, se a infiltração policial como meio de prova infringe princípios éticos e viola direitos fundamentais, ou, ao revés, se faz necessária pelo fato da complexidade inerente a uma organização criminosa.

Inicialmente, cumpre destacar que a doutrina não é unânime quanto ao assunto da eticidade e moralidade da infiltração de agentes em organizações criminosas, isto porque o tema é mais complexo do que aparenta, como se verificará no presente estudo.

Analisando a antiga Lei sobre organizações criminosas, parte da doutrina era a favor da inconstitucionalidade do artigo 2º, V, da Lei 9.034/95, pelo fato de esta não ter tratado do assunto de forma detalhada.

Carlos^[90], menciona em sua obra que Brito, era claramente contrário à figura do agente infiltrado, argumentando que as desvantagens deste meio de prova são muito maiores que as possíveis vantagens, portanto seria deslegítima a atuação do agente em sede de infiltração.

Da mesma forma Franco apud Carlos^[91], questiona o aspecto ético da infiltração policial, ao asseverar que:

[...] o agente infiltrado se vê, não raro, na contingência de praticar fatos também criminosos e quase sempre ações de duvidosa eticidade. É de indagar-se, então, se, em nome da eficiência do sistema punitivo, guarda legitimidade o juízo criminal que se apoia na atuação de agente infiltrado, ou melhor, se, em nome dessa mesma eficiência, deva reconhecer-se, como racional e justo, que, o próprio Estado em vez de exercer a função de prevenção penal, pratique atos desviados, igualando-se ao criminoso.

Pacheco lembra que o instituto da infiltração nos remete a problemática conceituada por Maquiavel, entre a moral substantiva dos meios e a moral formal dos fins a atingir, como se verifica em [92]: “É o cíclico retorno do dilema ético, da velha discussão sobre meios e fins, na qual o Estado, neste caso, ao fazer uso da infiltração policial sob a égide de elucidar e evitar crimes, ainda que não deseje, se arrisca a praticá-los”.

Diante de tantas posições contrárias, não é de se espantar que a então senadora Serys Slhessarenko, ao apresentar o PLS nº150/06, tenha pretendido retirar o instituto da infiltração policial do ordenamento jurídico pátrio, por entendê-la ser inconstitucional, como se verifica em [93]:

A proposta não hesita, ainda, em suprimir o instituto da “infiltração policial” do direito brasileiro (art. 2º, V, da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995), porque viola o patamar ético-legal do Estado Democrático de Direito, sendo inconcebível que o Estado-Administração, regido que é pelos princípios da legalidade e da moralidade (art. 37, caput, da CF), admita e determine que seus membros (agentes policiais) pratiquem, como co-autores ou partícipes, atos criminosos, sob o pretexto da formação da prova. Se assim fosse, estaríamos admitindo que o próprio Estado colaborasse, por um momento que seja, com a organização criminosa na execução de suas tarefas, o que inclui até mesmo a prática de crimes hediondos. Muito melhor será que o Estado-Administração, localizando uma organização criminosa, ao invés de infiltrar nela seus agentes, debele essa organização,

seja de forma imediata ou retardada (através de ação controlada).

Não bastassem as razões constitucionais, éticas, legais e lógicas já destacadas, ainda é possível opor outros argumentos de ordem prática contra a “infiltração de agentes”. A situação mais grave será o desrespeito a qualquer limite jurisdicional imposto à atuação dos agentes infiltrados. Imagine-se, por exemplo, quando o agente infiltrado estiver na presença de criminosos e lhe for ordenada a prática de um crime (v. g., o homicídio de um traficante preso pela organização rival). Nessa situação, o agente não terá como escolher entre cometer e não cometer o crime (limite imposto judicialmente), pois, se não obedecer aos integrantes da organização, poderá simplesmente ser executado. É isso que o Estado pretende de seus agentes? É isso que podemos esperar de um Estado Democrático de Direito? É isso que podemos denominar por “moralidade pública”?

Resta destacar que os mais experientes policiais já são conhecidos dos criminosos, logo, as pessoas escolhidas para essa difícil missão, de escolher entre a própria “ida” ou o desrespeito aos limites judiciais definidos para a sua atuação, serão policiais recém ingressos na carreira, sem qualquer experiência e ainda com bases ético-profissionais não solidificadas, o que, não resta dúvida, poderá propiciar o surgimento de “agentes duplos”.

A controvérsia acerca da constitucionalidade da infiltração policial perdurou nos trabalhos legislativos acerca da Lei 12.850/13, se fazendo interessante transcrever o parecer apresentado pelo então senador Aloizio Mercadante quanto à constitucionalidade do instituto do agente infiltrado, *in verbis* [94]:

Ratifico, após muito refletir, minha posição favorável à manutenção do instituto da “infiltração policial”. Durante os debates, tornaram-se evidentes as resistências a esse recurso de investigação. A própria autora, Senadora Serys

Slhessarenko, ao justificar a proposição, defendera a supressão do inciso V do art. 2º, da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, acrescentado pela Lei nº 10.217, de 2001

[...]

Mais ainda tenho a mencionar como motivo de preocupação em torno dessa questão. A Senadora Serys Slhessarenko e o Senador Romeu Tuma chamaram a atenção, em especial, para o problema da segurança pessoal do agente policial infiltrado que se apresente recalcitrante quando instado a praticar determinada ação delituosa por membros da organização criminosa. Observo, inicialmente, em face das alegações de inconstitucionalidade, que o inciso V do art. 2º da Lei nº 9.034, de 1995, não foi, até o presente momento, objeto de qualquer impugnação, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, mesmo já tendo sido o referido diploma legal submetido ao crivo da revisão judicial pela Suprema Corte (v. ADI nº 1.570, de 2004). A infiltração policial também está prevista no art. 53, inciso I, da Lei nº 11.343, de 2006, cuja constitucionalidade segue irretocável.

[...]

A infiltração de agentes apresenta-se como medida fundamental no combate ao crime organizado. Por meio de tal instituto, será possível acompanhar todo o iter criminis da organização criminosa, bem como descobrir o seu modus operandi, resultados estes não alcançados por outras técnicas previstas em nossa legislação.

Carlos^[95] entende ser constitucional o instituto do agente infiltrado, argumentando para tanto que nenhum direito fundamental é absoluto, devendo no caso concreto utilizar-se da hermenêutica jurídica e verificando a relativização interpretativa dos direitos constitucionais, desta forma a infiltração policial estaria abarcada pelo princípio da segurança jurídica e interesse coletivo, onde segundo o autor se prevalece em face da complexidade das ações delituosas das organizações criminosas, sendo desta forma tal instituto não só constitucional, como legal também.

É importante mencionar também que a Lei 12.850/13 disciplinou que somente se poderá fazer uso da infiltração policial com prévia autorização judicial, a qual estabelecerá seus limites, além do fato de que este instituto se justificará apenas quando não houver possibilidade de se fazer uso de outro meio de prova, ou seja, é um meio excepcionalíssimo de prova, como se pode verificar com a simples leitura do artigo 10 e 11, da Lei de Organizações Criminosas. Pacheco^[96], em sua obra, faz menção à prévia autorização judicial ao afirmar que “a infiltração, igualmente a outros institutos que restringem garantias e direitos constitucionais, está submetida ao controle e aparada por ordem de um juiz competente”.

Desta forma, diante do amparo legal; da forma como a infiltração policial foi disciplinada pela Lei 12.850/13; pelo fato de a infiltração policial não ter sido objeto de controle preventivo ou repressivo de constitucionalidade; e pelo fato de a norma jurídica positivar que a operação será realizada com a prévia, fundamentada e circunstanciada autorização judicial e positivar que esta será um meio excepcionalíssimo de obtenção de prova; entendemos que a infiltração policial no direito brasileiro está totalmente em conformidade com os ditames éticos e constitucionais do ordenamento jurídico pátrio.

4.2. AGENTE INFILTRADO E AGENTE PROVOCADOR

Visto que o agente infiltrado é medida constitucional no ordenamento jurídico pátrio, partimos para outro ponto chave sobre a infiltração policial no cerne de uma organização criminosa, qual seja, se o agente infiltrado no curso da operação agiu de modo a influenciar os integrantes ao cometimento de delitos, adentrando no conceito de agente provocador (*L'agent provocateur*) e, por conseguinte, tendo efetuado um verdadeiro flagrante preparado, o que não é aceito no direito processual penal brasileiro.

Agente provocador é aquele que, de maneira astuciosa, convence ou instiga o investigado ou “vítima” a cometer um delito com o fim de se obter um flagrante deste fato típico, está ligado ao conceito de flagrante preparado. Esta figura é proibida no direito penal brasileiro como elucida Avena^[97] em sua obra, *in verbis*:

Flagrante provocado ou preparado: é aquele pelo qual o agente é instigado a praticar o crime, não sabendo que está sob a vigilância atenta da autoridade ou de terceiros,

que só aguardam o início dos atos de execução para realizar o flagrante. Nesta hipótese, o flagrante não poderá ser homologado, pois se trata de evidente hipótese de crime impossível, já que ao agente foram facilitadas as condições para que perpetrasse a infração, objetivando-se, deliberadamente, criar situação de flagrância. Dispõe a Súmula 145 do STF: “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”

Tratando sobre o assunto José[98] elucida que a atividade do agente infiltrado deverá ser basicamente observadora, como se pode verificar em:

O agente infiltrado, enquanto imerso na organização criminosa, deve limitar-se à mera *observação* das atividades desta, participando, quando necessário, de atividades delituosas que já se encontravam em curso quando de sua chegada; ou, ao máximo, de condutas típicas sugeridas e elaboradas inteiramente pelos reais membros da organização. A *ideia* das atividades delituosas deve sempre partir dos investigados, e jamais do investigador [...]

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Carlos [99] cita em sua obra um exemplo prático, no qual o agente infiltrado em uma organização criminosa dedicada ao tráfico ilícito de entorpecentes instiga os membros desta, a ampliarem as atividades delinquentes, despertando-lhes o interesse pelo rentável tráfico internacional de armas de fogo.

No exemplo citado pelo doutrinador, resta claro que desmantelando a organização criminosa em questão, os membros responderiam pela tipicidade do crime de tráfico de drogas, pois não houve provocação do agente infiltrado, ao revés, do que ocorreria com o crime de tráfico de armas, o qual, segundo Carlos, houve indiscutível provocação, o que poderia acarretar a ilicitude da prova colhida, além de eventual responsabilização penal do infiltrado por ter agido com excesso.

Alguns autores consideram o agente infiltrado espécie do gênero agente provocador, entretanto como elucida Pacheco[100] o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem caminha no sentido de separar os conceitos destes institutos,

a fim de validar a infiltração, informando para tanto que, diferente do agente provocador que induz e instiga o cometimento de um delito; o agente infiltrado não terá influência nenhuma aos membros da organização, limitando-se a observação e colheita de provas. Sua atuação se justifica por estar em situação privilegiada em relação aos demais agentes de polícia, pois, no cerne da organização criminosa o infiltrado terá um verdadeiro panorama do *inter criminis* da organização criminosa.

Entretanto, se o agente infiltrado exceder o limite de sua atuação, vindo a provocar os integrantes da organização criminosa a cometer delitos diversos daqueles que era incumbido a investigar, estará agindo como verdadeiro agente provocador, e eventual flagrante poderá ser eivado de nulidade, assim como as demais provas que se derivam da provocação (Teoria dos frutos da árvore envenenada^[101]).

Caso o agente infiltrado aja como agente provocador estará extrapolando dos limites legais impostos a ele, infringindo desta forma o art. 13, caput, da Lei 12.850/13, que preconiza que o agente deverá agir com a devida proporcionalidade na investigação, podendo ser responsabilizado penalmente pelos excessos cometidos.

Alguns autores, como Greco Filho^[102], acredita que mesmo se o agente infiltrado atuar como agente provocador, o flagrante será legal, uma vez que “os crimes praticados pelos membros da organização criminosa ou na iminência de ser praticados podem vir a consumir-se, por mais cautelas que tomem as autoridades, de modo que o flagrante se faz possível”.

Entretanto, *data máxima vênia*, esse não tem sido o entendimento da doutrina majoritária, pois iria infringir a súmula 144 do Supremo Tribunal Federal, além de que aceitar que o infiltrado atue como provocador iria criar uma enorme insegurança jurídica, objetivo contrário do legislador ao disciplinar da figura do agente infiltrado, cujo um dos fundamentos fora o princípio da segurança coletiva. Vale frisar o entendimento de Carlos^[103] sobre o assunto, que elucida que “segundo a doutrina predominante, o agente infiltrado jamais poderá atuar como provocador, sob pena de comprometer a licitude da prova colhida durante a operação”.

Desta forma o que realmente importa para legitimar a atuação e determinar a validação da prova obtida por meio da infiltração policial é que o agente infiltrado não induza ou instigue os sujeitos envolvidos na organização criminosa a praticarem infrações penais que de outro modo não praticariam[104].

4.3. RELATÓRIOS DO AGENTE INFILTRADO

A Lei 12.850/13 faz menção, em dois momentos, sobre determinados relatórios que o agente infiltrado deverá elaborar dispondo sobre a infiltração, sendo desta forma, o relatório do agente infiltrado um dos institutos probatórios mais importantes da infiltração.

Dispõe o art. 10, da Nova Lei de Crime Organizado:

Art. 10.[...]

[...]

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de policial poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

A partir deste dispositivo, Carlos[105], vislumbra duas espécies de relatórios, a saber, relatório da atividade de infiltração policial e relatório circunstanciado da infiltração policial, aquele se subdividindo ainda em relatório parcial e relatório final da atividade de infiltração policial.

O Relatório da Atividade de Infiltração Policial é um documento que o agente infiltrado elabora e encaminha ao Delegado de Polícia responsável pela operação. Carlos entende que, ainda que o relatório seja requerido pelo Ministério Público, este deverá primeiramente passar pelo Delegado competente. Apesar de

a Lei ser silente no sentido do momento em que o Relatório deverá ser elaborado, Carlos entende ser em duas situações, a saber^[106]:

a) Relatório Parcial da Atividade de Infiltração Policial:

Documento a ser elaborado *durante* a infiltração policial, e de acordo com a periodicidade previamente determinada pelo delegado de polícia (no plano de operação de infiltração policial) ou pelo magistrado (no mandado de infiltração policial), podendo ser diário, semanal, quinzenal, mensal, etc, conforme a peculiaridade que objetiva, em última análise, verifica: se há algum dado concreto que possa indicar que a segurança do agente infiltrado esteja efetivamente comprometida (art.12, § 3º, da Lei nº 12.850/13); se (e quais) provas a respeito das atividades ilícitas da organização criminosa foram obtidas (art 3º, VII, da Lei nº 12.850/13); se a atuação do agente infiltrado está atentando para a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação (art. 13, *caput*, da Lei nº 12.850/13); se os fins traçados estão sendo alcançados, dentre outros aspectos.

[...]

b) Relatório Final da Atividade de Infiltração Policial:

Documento a ser elaborado pelo agente infiltrado quando do *término* da infiltração policial, ou seja, quando já estiver desincumbido da tarefa que lhe foi conferida, providência que objetiva verificar: se (e quais) provas a respeito das atividades ilícitas da organização criminosa foram obtidas (art. 3º, VII, da Lei nº 12.850/13); se a atuação do agente infiltrado está atentando para a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação (art. 13, *caput*, da Lei nº 12.850/13); se os fins traçados estão sendo alcançados, dentre outros aspectos.

O autor ainda faz menção ao formato que o relatório deverá ser feito, visto a legislação não dispor sobre o assunto, tendo mencionado que no parcial poderia o agente dispor de qualquer formato disponível visto a complexidade da tarefa no curso da operação, ao passo, que o relatório final deverá ser de forma escrita, em documento formal, visto pressupor o findo da operação.

O Relatório Circunstanciado está previsto no art. 10, § 4º, da Lei 12.850/13, e trata-se de relatório a ser elaborado pelo Delegado de Polícia ao Magistrado competente, cientificando o Ministério Público.

O Delegado redigirá o relatório tendo como fundamento o relatório final do agente infiltrado, bem como de outras provas obtidas a partir, ou não, da infiltração, atentando para o sigilo pertinente da matéria. O relatório circunstanciado, elaborado pelo Delegado, deverá evitar dados que possibilitem a identificação do agente infiltrado, em consonância com o art. 14, inciso IV, da Lei 12.850/13.

Diante disto, é possível vislumbrar que o relatório circunstanciado é o documento probatório, que a infiltração policial faz uso para que se possa, em fase judicial, justificar uma condenação. Entretanto, não é o único meio de prova utilizado pela infiltração policial, como se verá mais adiante.

4.4. O AGENTE INFILTRADO COMO TESTEMUNHA

Questão fundamental a ser levantada acerca da infiltração policial é sobre a possibilidade do agente infiltrado poder ser utilizado como testemunha em fase judicial. O tema é extremamente delicado, não sendo pacífico na doutrina, pois de um lado há os princípios do contraditório e da ampla defesa do acusado de confrontar as provas obtidas por meio da infiltração, ao passo que, do outro lado tem-se o princípio do sigilo do agente infiltrado e a sua integridade física, previsto na legislação especial.

A Lei nº 12.850/13 ao prever os direitos do agente infiltrado assevera que este terá seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário. Partindo deste ponto é possível verificar, que o legislador pátrio se preocupou com eventuais represálias que poderia vir a sofrer o agente policial que se infiltrou em uma organização criminosa, mesmo após o término da operação.

Alguns autores consideram o testemunho do agente infiltrado de suma importância para o Estado Democrático de direito, como assevera José ao afirmar que^[107]:

Findo o período de infiltração, existe a possibilidade de que o agente infiltrado seja ouvido durante a fase de instrução probatória. Entendemos que a oitiva do agente é fundamental para que a defesa exerça seu direito ao contraditório – ainda que de maneira diferida – e a ampla defesa, da melhor forma possível. É apenas dessa forma que ela terá a chance de questionar o agente acerca das circunstâncias em que se deu a infiltração e da forma como foram obtidas as provas juntadas aos autos.

Sustenta José que o agente infiltrado deva valer-se dos institutos da Lei de Proteção à Testemunha (Lei nº 9.807/99). No mesmo sentido leciona Lima que^[108]:

Muitos sustentam que o policial, por estar umbilicalmente ligado ao caso levado à Justiça, não teria o necessário distanciamento para depor. Não vemos motivos para que seja conferido ao depoimento do policial um valor diferente daquele observado às outras testemunhas. A vítima também tem uma ligação emocional com o fato e, não raro, tem seu depoimento colhido na Justiça. A prova testemunhal, em razão das conhecidas fraquezas humanas, deve sempre, seja quem for o depoente, ser devidamente confrontada com os demais elementos constantes dos autos.

Quanto à exposição do infiltrado ao depor em juízo, a novel Lei nº 12.850/13 dá, mais uma vez, demonstração de estar atenta às dificuldades do trabalho de infiltração ao elencar entre os direitos do agente infiltrado a preservação do seu nome, qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais, mesmo durante o processo criminal.

Na legislação francesa ao tratar do infiltrado como testemunha, diz que nenhuma sentença condenatória poderá se basear apenas no testemunho do agente infiltrado, exceto se este depor sob sua verdadeira identidade^[109]:

Article 706-87

Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seu fondement des declarations faites par les officiers ou agents de police judiciaire ayant procédé à une operation d'infiltration

Les disposition du present article ne sont cependant pas applicables lorsque les officiers identité.

Questiona-se desta forma, se o direito do agente infiltrado em não ter sua identidade revelada, mesmo em sede judicial, seria absoluto; ou se o agente de confiança sendo intimado como testemunha, tendo esta sua identidade preservada, não infringiria o princípio ora em comento.

Parece-nos que a segunda opção é mais plausível, visto que pelo princípio da harmonização constitucional, deve-se buscar a ponderação entre os princípios de modo a não sacrificar totalmente um em relação ao outro, como bem leciona Lenza^[110] em sua obra, *in verbis*:

Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios.

Diante disto, é possível verificar dois direitos constitucionais em choque, quais sejam: o de o acusado saber quais autoridades efetuaram eventual prisão e desta forma intimá-las a depor, a fim de confrontarem seus argumentos para terem uma tese defensiva mais efetiva; ao passo que do outro lado há o direito do agente encoberto não ter sua identidade revelada, em fase inquisitorial ou judicial, a fim de manter sua integridade física e de seus familiares e evitar futuras represálias.

Sendo desta forma seria aceitável o Magistrado utilizar-se do princípio da harmonização, verificando no caso concreto, se seria essencial o agente infiltrado depor em determinado processo, o que não iria suprimir o direito do sigilo de sua

identidade, pois como assevera o Superior Tribunal de Justiça[111] no Resp 984.803, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi:

A solução deste conflito não se dá pela negação de quaisquer desses direitos. Ao contrário, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio onde os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora.

Destarte, analisando o art. 14, incisos II e III, da Lei 12.850/13, é possível utilizar o agente infiltrado como testemunha, desde que aja uma decisão fundamentada dispondo da necessidade deste em juízo, além de que deverá preservar a identidade do policial, devendo para tanto manter o sigilo de sua qualificação, mesmo quando estiver atuando como testemunha, sendo este também o entendimento de Marcelo Rodrigues da Silva.

O Supremo Tribunal Federal já entendeu, em HC 90.321/SP, que não fere o direito de defesa do acusado o fato da testemunha manter sua qualificação em sigilo, tendo como fundamento a integridade física da testemunha, como se verifica[112]:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. QUALIFICAÇÃO DE DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS INEXISTÊNCIA. REVOGAÇÃO DO SIGILO A PEDIDO DA DEFESA.

1. Não existe qualquer nulidade por cerceamento de defesa decorrente do fato de apenas uma das várias testemunhas presenciais dos crimes, arroladas na denúncia, ter sido beneficiada, temporariamente, com o sigilo de sua qualificação porque temia represálias.

[...]

Silva, em análise da Lei de Organizações Criminosas, traz uma possível solução à problemática, afirmando que o infiltrado quando intimado como testemunha, poderia fazer uso de vídeo conferência, mantendo sua identidade preservada, podendo fazer uso de mecanismos para diferir sua voz e sua imagem. O fundamento deste professor é justamente o art. 14, inciso III, da Lei de Crime

Organizado e a jurisprudência do STJ, supracitada. Infelizmente a legislação é omissa nesta questão de vídeo conferência.

Importante mencionar também que o art. 14, inciso II, da Lei nº 12.850/13 faz menção ao agente infiltrado poder utilizar os direitos inerentes à proteção a testemunha, previsto na Lei nº 9.807/99, restando claro que a intenção do legislador fora da possibilidade do *undercover agent* ser usado como testemunha de forma extraordinária. Além de que o próprio inciso III, do art. 14, parte final, da Nova Lei do Crime Organizado, traz uma exceção ao sigilo de identidade do infiltrado, quando diz, salvo por decisão judicial, ou seja, o magistrado poderá restringir este direito analisando o caso concreto.

Dessarte, entendemos ser possível o agente infiltrado ser utilizado como testemunha, de forma excepcional, analisando cada caso concreto e desde que haja decisão fundamentada e sigilosa autorizando, não podendo o agente ser qualificado nos autos e tendo de ser observado as regras de proteção às testemunhas.

4.4. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO BASE PARA UMA CONDENAÇÃO PENAL

É fundamental, por fim, se analisar o valor probatório alcançando pela infiltração policial e se esta poderá ser utilizada como base para uma condenação criminal, tendo como premissa a situação como são colhidas. O legislador não dispôs sobre qual a validade que as provas obtidas por meio de infiltração policial poderiam alcançar, e dificilmente conseguiria fazê-lo. Diante disto cumpre destacar os ensinamentos de Souza^[113]:

Embora tenha avançado significativamente, a exemplo da legislação anterior e principalmente da revogada Lei 9.034/90, a Lei 12.850/13 não regulou, e dificilmente conseguiria fazê-lo, de forma integral as regras alusivas à captação e posterior introdução no processo, das provas obtidas através do agente infiltrado. A omissão do legislador brasileiro terá de ser suprida pela construção doutrinária e jurisprudencial, inclusive com auxílio do direito comparado.

[...]

Parece fora de dúvida que estando a atuação do agente infiltrado autorizada por lei e visando ela especialmente a propiciar aos órgãos de segurança do Estado meios mais eficazes no combate às organizações criminosas, que tantos malefícios tem imposto à sociedade em geral, aquelas provas que forem obtidas sem afronta as garantias de privacidade das pessoas investigadas ou à sua dignidade enquanto pessoas humanas (art. 1º, III) podem ser validamente utilizadas, como seria o caso de através de uma conversa, direta ou não, o agente ficar sabendo o local onde são guardados os produtos do crime, ou o depósito onde estão as drogas, ou ainda o banco onde são feitos os depósitos, bem como o nome de outros integrantes do grupo criminoso etc.

Da mesma forma Pacheco^[114] ao tratar do assunto leciona que:

O fato é que, se as dúvidas referentes ao uso da infiltração policial forem maiores do que as certezas, se nenhum relato concreto tiver sido feito pela autoridade policial, se nenhuma descrição tiver sido feita dos contatos estabelecidos, se nenhuma indicação tiver sido fornecida pela instância de controle formal, enfim, se não houver elementos nos autos que permitam estabelecer a existência de orientação judiciária na aferição das vantagens e desvantagens de uma intervenção dessa natureza, não haverá como conceder valor probatório ao feito.

Mas, em sentido contrário, no caso de o agente infiltrado atuar com plena observância das garantias legalmente estabelecidas, sua atuação será válida e as provas derivadas também gozarão de validade, pois a licitude dessas provas decorre da expressa disposição legal que autoriza a infiltração como meio de investigação.

Greco Filho^[115] também sustenta que o valor probatório da prova colhida por ação do agente infiltrado, deve seguir as regras do sistema processual penal, sendo assim, a infiltração estando regularmente autorizada, a colheita da

prova é legítima, não se aplicando a figura do flagrante preparado, pois não há o requisito da impossibilidade absoluta da consumação.

Desta forma, é possível verificar que as provas obtidas por meio de uma infiltração policial, são plenamente possíveis de serem utilizadas em um procedimento judicial, pois o instituto do agente infiltrado é autorizado previamente por um Magistrado, fazendo com que padeça de ilicitude.

A validade das provas será no sentido de o agente encoberto ter atuado nos limites estabelecidos na Legislação especial e na decisão que autoriza o instituto, não podendo desta forma agir como agente provocador, sob pena de se invalidar as provas obtidas e decorrentes da infiltração.

Nesse sentido disciplina Pacheco^[116]: “O que realmente importa para legitimar a ação e determinar a validação da prova produzida pelo agente infiltrado é que ele não induza e não instigue os sujeitos envolvidos a praticarem crimes que de outro modo não praticariam”.

É importante esclarecer também, que a infiltração como meio investigatório para obtenção de prova, encontra-se na fase pré-processual, ou seja, seu principal objetivo é a colheita de instrumentos probatórios para servir de base a uma ação penal promovida pelo membro do *parquet*.

Desta forma, o Código de Processo Penal, dispõe em seu artigo 155 que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Diante disto, faz essencial traçar a natureza jurídica da infiltração policial, que segundo Nucci^[117]: “é um meio de prova misto, envolvendo a busca e a testemunha, visto que o agente infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha”.

Para Rangel[118], ao disciplinar sobre a natureza jurídica da infiltração policial, leciona que:

Trata-se de mais um meio de obtenção de provas na fase de investigação criminal, ou seja, de uma medida cautelar preparatória satisfativa da ação penal que, como tal, deve estar revestida dos requisitos de toda e qualquer medida cautelar, quais sejam: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. O fato de ser uma medida cautelar satisfativa não significa dizer que não irá estar submetida ao crivo do contraditório, pois ela é preparatória da ação penal e, como tal, adotada na fase de investigação criminal, na fase inquisitiva.

Diante disto o Juiz não poderá fundamentar sua decisão unicamente nas provas obtidas por meio de infiltração policial. Mas, vale lembrar, que o instituto do agente infiltrado, como bem dita o § 2º, do art. 10, da Lei 12.850/13, será autorizado quando não se puderem produzir provas por outros meios.

Nesse sentido, Carlos[119] destaca que o requisito legal, decorre do fato de a infiltração policial ser extremamente invasiva e ser de caráter excepcional na investigação criminal. Desta forma, é essencial que os outros meios de provas, tanto disciplinado no Código de Processo Penal, quanto as elencadas na legislação especial, sejam também previamente autorizadas judicialmente, quando do pedido da infiltração policial, a fim de auxiliarem na operação e terem maior efetividade.

Carlos[120] leciona bem isto quando afirma que:

Conforme mencionamos, tendo em vista o disposto no art. 10, § 2º, da Lei 12.850/13, entendemos que a infiltração policial nunca poderá ser deferida sem que antes tenha sido manejado, conforme o caso, um dos meios elencados no art. 3º da mesma lei, tal como a interceptação das comunicações telefônicas.

Destarte, a fim de ampliar as possibilidades de êxito da medida, bem como garantir maior segurança ao agente infiltrado, deverá o delegado de polícia, ao representar no

sentido do deferimento judicial da infiltração policial, pleitear, igualmente, a prorrogação da interceptação das comunicações telefônicas.

[...]

Assim, em nosso entendimento, e a fim de evitar que a prova seja considerada ilícita, deve o magistrado expressamente autorizar tal providência, a exemplo de outras assemelhadas, como a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

O Superior Tribunal de Justiça[121], quando da decisão do HC nº 47.188 – RJ, elucida esse entendimento ao mencionar que:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE AGENTE INFILTRADO. DISCUSSÃO ACERCA DA LICITUDE DAS PROVAS. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O recurso de apelação detém efeito devolutivo amplo, cujo âmbito de cognição permite que o tribunal ad quem examine, com profundidade, todo o conjunto probatório colhido durante a instrução criminal. Assim, em princípio, a apelação é a via processual adequada para a impugnação de sentença condenatória recorrível, pois é esse recurso que devolve ao tribunal o conhecimento amplo de toda a matéria dos autos, permitindo a reapreciação de fatos e de provas.

2. O Tribunal de origem deixou de conhecer do habeas corpus lá impetrado, não só porque o writ era substitutivo de recurso próprio (no caso, de apelação), mas também porque, ao analisar o tema trazido na inicial da impetração, não evidenciou a ocorrência de nenhuma ilegalidade manifesta a ensejar a concessão de habeas corpus, de ofício.

3. Não há, no ato aqui impugnado, teratologia ou error in judicando que justifiquem a concessão, ex officio, da ordem de habeas corpus, sobretudo porque, à primeira vista, a condenação do recorrente pelo **crime de associação para o tráfico transnacional de drogas encontra-se alicerçada**

também em outros elementos de prova colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

4. Ainda que a sentença condenatória, no que se refere ao crime de associação para o tráfico de drogas, esteja apoiada em provas remetidas pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal de Portugal – as quais foram obtidas por intermédio de infiltração de um agente de nacionalidade portuguesa no País (com pseudônimo de Antonio) –, **não se pode olvidar que a análise, por este Superior Tribunal, da alegada ilicitude dessas provas relacionadas à medida cautelar de infiltração**, enquanto pendente de julgamento o recurso de apelação pela Corte regional, implica, efetivamente, ostensiva supressão de instância.

5. Recurso em habeas corpus não provido. (grifos nosso)

Diante disto, verifica-se que o instituto do agente infiltrado como meio de investigação em organizações criminosas para o colhimento de provas, apesar de ser de grande utilidade e elucidar muitas vezes quem está realmente liderando estes grupos criminosos organizados, não poderá, por si só, valer-se como fundamento para uma condenação criminal, pelo fato de está carecer do princípio do contraditório constitucional, e tendo como fundamento o art. 155, do Código de Processo Penal, que disciplina que o Magistrado não poderá formular sua convicção apenas com as provas obtidas pelo meio investigativo.

Nesse sentido Jose[122] assevera que: “apenas a prova obtida pelo agente infiltrado, de maneira isolada, não serve para embasar uma sentença condenatória. Para que possa subsidiar uma condenação, deve estar ela acompanhada de outros elementos de prova que a corroborem”.

Desta forma, caso haja uma investigação que se valeu do instituto do *undercover agent*, e em fase judicial o membro do Ministério Público carecer de provas produzidas em contraditório processual, será plenamente possível o agente infiltrado figurar como testemunha para efetivar o fundamento do Magistrado, no caso de uma condenação.

Na Espanha (*Ley de Enjuiciamiento*) é previsto em seu Código de Processo Penal o agente que tenha atuado em uma investigação com identidade falsa podem mantê-la, caso devam testemunhar em eventual processo decorrente dos fatos que atuaram, sempre com motivada autorização judicial^[123]:

Artículo 282 bis.

[...]

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado em uma investigación com indentidad falsa de conformidad a lo previsto em el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen em el proceso que pudiera derivarse de los hechos em que hubieran interveniéndole también de aplicación lo previsto em la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Dessarte, entendemos que as provas obtidas por meio de uma infiltração policial poderão servir como fundamento para uma condenação criminal, visto que a operação é previamente autorizada por decisão fundamentada, sigilosa e circunstanciada, onde o magistrado impõe os limites da infiltração, além de que o agente infiltrado poderá fazer uso de relatórios informando o que observou durante a infiltração; entretanto, a medida deverá contar com outros meios probatórios que tenham o crivo do contraditório, como por exemplo, o testemunho do agente infiltrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste trabalho é possível verificar, que as organizações criminosas estão presentes em vários segmentos da sociedade globalizada e fazem uso de mecanismos extremamente perigosos, como a “lei do silêncio” e coerção, para manter-se na atividade delituosa, além de estarem atualmente interligadas com diversos membros do Estado, dos quais, não raro, contribuem com o exercício ilícito destes grupos criminosos organizados.

Desta forma, se utilizando do conceito do Direito Penal de criminalidade diferenciada, o Governo trata de forma distinta as organizações criminosas a fim de conseguir coibir suas atuações delituosas. Sendo assim, se faz essencial para o

Estado, a utilização de agentes infiltrados (*undercover agent*) em organizações criminosas com o fim de desmantela-las.

O estudo esclareceu que a Nova Lei de Organizações Criminosas, apesar de ter dado grandes avanços em relação a alguns meios de obtenção de provas contra grupos criminosos organizados, como por exemplo, a colaboração premiada, a infiltração policial e ação controlada; ainda peca muito em alguns dispositivos, a exemplo do fato de não esclarecer como será os procedimentos da captação ambiental.

A pesquisa analisou também, cada artigo de que trata a infiltração policial na Lei 12.850/13, fazendo antes um panorama da evolução legislativa sobre o tema. Destarte, demonstrou que o Estado, por conta de sua omissão legislativa, ao não dispor sobre os procedimentos e os direitos do agente infiltrado, em legislações passadas, causou grandes complicações doutrinárias, principalmente no sentido da responsabilidade penal do *undercover agent*.

O presente estudo demonstrou que a infiltração policial encontra-se dentro da eticidade e moralidade constitucional, justificando-se pelo princípio da segurança jurídica. Esse estaria, segundo alguns autores, em confronto com o princípio da moralidade constitucional, por entendê-los, que a infiltração infringiria a moral, pelo fato de o Estado autorizar agentes a praticar delitos por algum momento. Entretanto fazendo-se uso da harmonização constitucional, é plenamente possível o instituto do agente infiltrado.

Também elucida o trabalho que o *undercover agent* não estaria agindo como *L'agent provocateur*, se este atuar na operação dentro dos limites estabelecidos na autorização judicial, desta forma, não instigando os membros da organização criminosa a provocar delitos.

Desta forma, em sede de infiltração, além de se poder averiguar novos membros dos quais a polícia não teria notícia até então, o agente infiltrado, poderá verificar locais de depósito dos objetos do crime, agentes de Estado que poderão estar envolvidos, além de conseguir visualizar todo o *inter criminis* da organização criminosa que se infiltrou. Sendo essencial sua atuação em algumas organizações criminosas.

No que se refere ao procedimento adotado para a infiltração de agentes, foi visto que o agente infiltrado, no curso da infiltração terá de relatar ao Delegado de Polícia, por meio de relatórios parciais e relatório final, o que efetivamente apurou de relevante nas organizações criminosas. Além disso, o Delegado deverá elaborar um relatório circunstanciado ao Juiz, onde irá conter a conclusão desse e a do agente infiltrado.

Ademais, o presente estudo tratou de tema muito recorrente, qual seja, o agente infiltrado como testemunha. Neste ponto, verificou-se que a doutrina atualmente não está pacificada; mesmo os autores mais confiáveis normalmente não concordam entre si, por se tratar de um tema complexo e a legislação estar ambígua neste sentido.

Desta forma, optamos pelo posicionamento de que o *undercover agent* poderá ser utilizado como testemunha, desde que sejam observadas as peculiaridades dispostas na legislação especial, qual seja, manter sua qualificação em sigilo e fazer uso das medidas protetivas à testemunha, além de ter que haver uma decisão judicial autorizativa. Para tanto, tomamos como base o princípio da harmonização constitucional.

O trabalho por fim, analisou o valor probatório do agente infiltrado, demonstrando que tal instituto tem natureza jurídica investigativa, desta forma carecendo do princípio do contraditório. Por conta disto, e tendo como base o art. 155, do Código de Processo Penal, concluímos o estudo evidenciando que a infiltração policial como meio de prova poderá ser utilizada como parâmetro para uma condenação criminal, desde que esta esteja acompanhada de outros elementos de provas que se infira o contraditório e corroborem com as provas obtidas em sede de infiltração, como qualquer outro elemento investigativo.

O fato de o *undercover agent* poder ser utilizado, excepcionalmente, como testemunha, aumenta o valor probatório da infiltração, visto que poderão ser respondidas algumas questões levantadas em audiência, sendo em algumas situações essencial para se poder utilizar o instituto como base para uma condenação.

Verifica-se que o Estado acertou em dispor de forma detalhada a figura do agente infiltrado, fazendo assim com que a investigação tenha mais respaldo

e provas contra uma organização criminosa. Entretanto a Legislação especial ainda é muito tímida no disposto da infiltração policial, pois esta não ditou o que ocorrerá com o infiltrado após a operação, podendo ter disposto sobre um acompanhamento psicológico a depender da organização que se infiltrou, por exemplo; e também não tratou como crime a revelação de identidade do agente infiltrado, ao revés do que fez com a colaboração premiada.

Diante do exposto conclui-se que a infiltração policial é perfeitamente aceitável como base pra uma condenação criminal, desde que haja outros elementos que corroborem com o instituto, assim como previsto para todas as demais provas no processo penal. Do mesmo modo, o agente infiltrado pode servir como testemunha, contudo, também o seu depoimento é relativo, devendo ser reafirmado com todo o conjunto probatório colhido na investigação policial.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto, **Processo Penal Esquematizado**, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014

BRASIL, Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995, **Diário Oficial da União de 04 de maio de 1995**, Brasília

_____, Lei nº 12.850 de 12 de agosto de 2013, **Diário Oficial da União de 05 de agosto de 2013**, Brasília

CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista, **Crime Organizado - Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13)**, 3ª ed, São Paulo, Editora JusPodivm, 2015

ESTEFAM, André e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. São Paulo. Saraiva. 2012

GOMES, Luis Flávio. **Comentários aos artigos 1º e 2ª da Lei 12.850/13 - Criminalidade Organizada**. Artigo Jurídico. Disponível

em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>, acesso em 08/05/2015

GRECO FILHO, Vicente, **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**, São Paulo: Editora Saraiva, 2014

JOHN, Lucas, **O agente infiltrado à luz do direito processual penal brasileiro**, Monografia (graduação em direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado). São Paulo. 2010

LEITE, Marina Lenza Nunes, **Organizações Criminosas – Lei nº 12.850/13. Novas alterações ao ordenamento jurídico**. Monografia de direito. 2014

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013

LIMA, Marco Aurélio Costa de. **Infiltração policial: pensando em um modelo**. Monografia (graduação em Estudos de Política e Estratégia). Rio de Janeiro. ESG. 2013

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado; aspectos gerais e mecanismos legais**. 4. ed., São Paulo. Editora Atlas, 2012

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). **Crime Organizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

NETO, Francisco Tolentino. **Histórico do Crime Organizado**. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro José Reinaldo Guimarães (Coords). Crime organizado. 1. Ed. Granada: Comares, 2009

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003

_____, **Código de Processo Penal Comentado**, 13ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011

PRADO, Luís Regis. **Direito Penal Econômico**. 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010

REIS, Alexandre Cebrian Araújo e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Processual Penal Esquemático**, coordenador: Pedro Lenza, 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013

SILVA, Eduardo Araújo da, **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional - Incluindo a Lei 12.850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas)**. 2ª Ed. Rev. Curitiba. Juruá. 2014

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Crime organizado: uma categorização frustrada. In: Discursos sediciosos**, a. 1, v. 1. Rio de Janeiro: Relume/Dumará, 1996

ITÁLIA. Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas. Resolução 49/159 de 23.12.1994. **Declaração Política de Nápoles e Plano de Ação Global Contra o Crime Organizado**, Nápoles, 23 dez. 1994

NOTAS:

[1] SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo. Atlas. 2003. pp. 19 - 24

[2] PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba. Juruá. 2011. p. 22

[3] Idem

[4] Idem

[5]. SILVA, Eduardo Araújo, op. cit, p. 44

[6]PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba. Juruá. 2011. p. 23

[7]SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo. Atlas. 2003. p. 26

[8]Ibidem. p. 23

[9] NETO, Francisco Tolentino. **Histórico do Crime Organizado**. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro José Reinaldo Guimarães (Coords). **Crime organizado**. 1. Ed. Granada: Comares, 2009, p. 03

[10] PACHECO, Rafael, op. cit. p.24

[11] ITÁLIA. Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas. Resolução 49/159 de 23.12.1994. **Declaração Política de Nápoles e Plano de Ação Global Contra o Crime Organizado**, Nápoles, 23 dez. 1994.

[12] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categorização frustrada**. In: **Discursos sediciosos**, a. 1, v. 1. Rio de Janeiro: Relume/Dumará, 1996, p. 46

[13]Ibidem. p. 47

[14] PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba. Juruá. 2011. p. 27

[15] GRECO FILHO, Vicente, **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**, São Paulo. Saraiva, 2014, p. 08

[16] PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba. Juruá. 2011. p. 38

[17] Corrente majoritária, no Brasil e no exterior, com a qual concordam Juarez Tavares, Raúl Zaffaroni, Rodolfo Tigre Maia, Rogério Greco, Nelson Hungria, Magalhães Noronha dentre outros.

[18] PACHECO, Rafael, op. cit. p. 39

[19]NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003. p. 91

[20]PACHECO, Rafael, op. cit. p. 39

[21]Ibidem. p. 46

[22]PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba. Juruá. 2011. p. 46

[23]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado; aspectos gerais e mecanismos legais**. 4. ed., São Paulo. Editora Atlas, 2012, p. 21.

[24]PRADO, Luís Regis. **Direito Penal Econômico**. 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010.

[25]PACHECO, Rafael, op. cit., p. 46

[26]Ibidem. p. 48

[27]MENDRONI, Marcelo Batlouni, **Crime organizado– aspectos gerais e mecanismos legais**. 2. ed. São Paulo. Atlas: 2007, p. 11

[28]MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). **Crime Organizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-100.

[29] JOHN, Lucas, **O agente infiltrado à luz do direito processual penal brasileiro**, 2014, Monografia (graduação em direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 12-14

[30]SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**.São Paulo. Atlas. 2003. p. 30

[31] JOHN, Lucas, op. cit., p. 15

[32] GRECO FILHO, Vicente, **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**, São Paulo. Saraiva, 2014, p. 9

[33] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1149848&filename=Dossie+-PL+3516/1989. Acesso em 04/05/2015

[34] GRECO FILHO, Vicente, **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**, São Paulo. Saraiva, 2014, p. 09

[35] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1149848&filename=Dossie+PL+3516/1989. Acesso em 04/05/2015

[36] Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14769643/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf>. Acesso em 23/05/15

[37] Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14769643/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf>. Acesso em 23/05/15

[38] BRASIL, Lei nº 12.694 de 24 de julho de 2012, **Diário Oficial da União de 25 de julho de 2012**, Brasília

[39] Disponível em: <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814961/lei-12694-12-breves-comentarios>. Acesso em: 23/05/15

[40] Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14278&revista_caderno=3#_ftn9. Acesso em: 23/05/15

[41] Disponível em: <http://http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em: 23/05/15

[42] JOHN, Lucas, **O agente infiltrado à luz do direito processual penal brasileiro**, Monografia (graduação em direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. p. 26-7

[43] Como Romulo Andrade Moreira em **A nova lei de organização criminosa – Lei Nº. 12.850/2013**, 1ª ed., Porto Alegre. Ed. Lex Magister. 2013, p. 30-1

[44] Disponível em:

http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1427&revista_caderno=3#_ftn9. Acesso em: 23/05/15

[45] Revista Acadêmica, Vol. 86, Nº1, 2014 NOSSAS PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OUR FIRST THOUGHTS ON CRIMINAL ORGANIZATION Cezar Roberto Bitencourt

[46] MOREIRA, Romulo Andrade, entende em **A nova lei de organização criminosa – Lei Nº. 12.850/2013**, 1ª ed., Porto Alegre. Ed. Lex Magister. 2013, p. 30-1 que existe hoje no Ordenamento Jurídico pátrio dois conceitos de Organizações criminosas vigentes, como se pode verificar em: “Perceba-se que esta nova definição de organização criminosa difere, ainda que sutilmente, da primeira (prevista na Lei nº. 12.694/2012) em três aspectos, todos grifados por nós, o que nos leva a afirmar que hoje temos duas definições para organização criminosa: a primeira que permite ao Juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau e a segunda (Lei nº. 12.850/2013) que exige uma decisão monocrática”.

[47] Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>. Acesso em 08/05/2015

[48] GRECO FILHO, Vicente, *obra citada*, p. 16

[49] CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista, **Crime Organizado - Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13)**, 3ª ed, São Paulo, Editora JusPodivm, 2015, p. 17

[50] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 18

[51] NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**, 13ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 421

[52] AVENA, Noberto, **Processo Penal Esquematizado**, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014, p. 489

[53] REIS, Alexandre Cebrian Araújo e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Processual Penal Esquematizado**, coordenador: Pedro Lenza, 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 238

[54] AVENA, Noberto, **Processo Penal Esquematizado**, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014, p. 490

[55] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 26

[56] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 27

[57] Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/15/lei-12-8502013-e-nova-delacao-premiada/>. Acesso em 13/05/15

[58] Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115642. Acesso em 13/05/15

[59] LEITE, Marina Lenza Nunes, **Organizações Criminosas – Lei nº 12.850/13. Novas alterações ao ordenamento jurídico**. Monografia de direito. 2014

[60] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 23

[61] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 24

[62] PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 108

[63] Ibidem. p. 109

[64] Ibidem. p. 108

[65] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 16

[66] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 39

[67] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 16

[68] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2015

[69] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 04

[70] Ibidem. p. 07

[71] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 40

[72] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 23

[73] Ibidem. p. 49

[74] Ibidem. p. 18

[75] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 36/37

[76] Ibidem. p. 37

[77] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 44

[78] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2015

[79] PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 130

[80] PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 131

[81] Ibidem. p. 132

[82] ESTEFAM, André e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Penal Esquemático – Parte Geral**. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 281

[83] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 72

[84] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 65

[85] Idem

[86] Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/69368.pdf>. Acesso em 23/05/2015

[87] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 66

[88] Idem

[89] Ibidem. p. 67

[90] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 08

[91] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 08

[92] PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 109

[93] Disponível em: <http://http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/8236.pdf>. Acesso em 23/05/15

[94] Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/69368.pdf>. Acesso em 23/05/15

[95] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 11-12

[96] PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 110

[97] AVENA, Noberto, **Processo Penal Esquemático**, 6ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014. p. 992

[98] JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado). São Paulo. 2010. p. 97

[99] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 84

[100] PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 139

[101] A teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of poisonous tree doctrine) preconiza a imprestabilidade da prova em si mesma lícita, mas cuja obtenção tenha derivado de ação ilícita.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Processual Penal Esquemático**, coordenador: Pedro Lenza, 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 251

[102] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 42

[103] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 85

[104] PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 138

[105] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2011. p. 52-53

[106] Idem

[107] JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado). São Paulo. 2010. p. 123

[108] LIMA, Marco Aurélio Costa de. **Infiltração policial: pensando em um modelo**. Monografia (graduação em Estudos de Política e Estratégia). Rio de Janeiro. ESG. 2013. p. 31

[109] Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9B2F4AE7F668B8486F835BF74511E2E.tpdjo14v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006167520&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20131027. Acesso em 23/05/2015

[110] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 134

[111] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=5379990&tipo=51&nreg=200702099361&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090819&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 23/05/2015

[112] Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550473>. Acesso em: 26/05/2015

[113] SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional - Incluindo a Lei 12.850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas)**. 2ª Ed. Rev. Curitiba. Juruá. 2014. p. 292

[114] PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 137

[115] GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 41

[116] PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 138

[117] NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013 p. 75

[118] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro. Lumem Juris. 2011. p. 140

[119] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 23

[120] CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 50-51

[121] Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RHC_47188_e0087.pdf?Signature=%2FsNIDh9WX3dnYeOmxqZ0KO76D6A%3D&Expires=1433120391&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3641bbdb6f20786947fdbc33211f4b96. Acesso em: 30/05/2015

[122] JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado). São Paulo. 2010. p. 128

[123] Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>. Acesso em: 30/05/2015

DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO

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

Resumo: O presente trabalho busca efetuar pesquisa na área jurídica com o escopo de confrontar os posicionamentos divergentes acerca do direito real de habitação do companheiro, face aos princípios constitucionais e à antinomia verificada entre as normas do Código Civil de 2002 e a Lei 9.278/96. Como resultados alcançados, citamos a verificação da supremacia constitucional, e a desconexão da interpretação apenas conforme o Código Civil com a atual concepção de família trazida pelo texto da Carta Magna de 1988 e pelo próprio código.

Palavras-chave: Constituição. Família. Companheiro. Direito real de habitação.

Abstract: The present work seeks to carry out research in the legal area with the scope of confronting the divergent positions regarding the real right of housing of the companion, in face of the constitutional principles and the antinomy verified between the norms of the Civil Code of 2002 and Law 9.278/96. As results achieved, we cite the verification of constitutional supremacy, and the disconnection of interpretation only according to the Civil Code with the current conception of family brought by the text of the Constitution of 1988 and by the code itself.

Keywords: Constitution. Family. Companion. Real right of housing.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Resultados e Discussão; Conclusões; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito real de habitação do cônjuge é instituto previsto no artigo 1.831 do Código Civil de 2002, e visa, em síntese, garantir ao cônjuge supérstite o direito de continuar a residir no imóvel adquirido na constância do casamento. As disposições do atual Código não conferem referido direito ao companheiro, o que leva a inúmeras discussões acerca da interpretação legal, principalmente sobre a questão de se considerar revogada ou não a Lei 9.278/96, que estendeu a habitação ao companheiro. Formam-se, então, duas correntes de pensamento: a primeira entende que o Código Civil fora omissivo, permanecendo vigentes as normas da lei de 1996; a segunda, que o Código exauriu a regulamentação da

matéria, não abordando o companheiro como titular do direito real de habitação porque não o quis, e não por omissão.

As discussões ganham ainda maior abrangência quando se leva em consideração a nova concepção de família trazida pela Lex Fundamental de 1988 e a proteção conferida à união estável. Isso somado aos princípios da solidariedade, da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da assistência social e ao princípio da máxima efetividade da Constituição, o qual orienta o intérprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhes dê. É o que passamos a expor.

1. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Prima facie, importa trazer à baila a concepção de família à luz da Constituição de 1988. Quando da vigência do Código Civil de 1916, a família era tratada como instituição hierarquizada, devendo necessariamente advir da união matrimonial e sendo percebida como unidade produtiva e reprodutiva.

A *Lex Mater* de 1988 trouxe, em seu bojo, valores sociais, dentre eles a dignidade humana, a solidariedade social e a igualdade material. Em seu artigo 226, trata da família como a base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado, reconhecendo, ainda, a união estável e a entidade familiar monoparental. Trata, pois, da família como um tipo aberto, plural e indeterminado, baseado essencialmente nos valores do afeto e da ética. Consoante a lição dos ilustres autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, foi firmada uma verdadeira cláusula geral de inclusão, sendo o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais os encarregados da concretização dos tipos.

A família, então, passou a ser tratada como unidade sócio-afetiva, voltada à realização dos interesses existenciais e afetivos de seus integrantes, firmada nos princípios da multiplicidade das entidades familiares, da igualdade entre os filhos e entre homens e mulheres quanto aos direitos e deveres, do planejamento familiar e da paternidade responsável, da facilitação da dissolução do casamento, entre outros.

Outrossim, o exame do regramento jurídico da união estável deve se dar sob o prisma constitucional, focando a especial proteção que o Estado deve conferir à família, seja ela matrimonial ou não. Desta feita, há que se compatibilizar toda norma infraconstitucional com o texto da Lei Fundamental, no sentido de conferir aos componentes da união estável a proteção que lhes é garantida, não se justificando qualquer tratamento desigual e discriminatório.

Ora, se foi reconhecida na união sócio-afetiva a principal base fundadora da entidade familiar, não há que se tratar de forma diferente duas situações semelhantes, quais sejam, a família matrimonial e aquela formada pela união estável. Não se pode, diante da ordem constitucional vigente, lastreada na dignidade da pessoa humana e na isonomia substancial, conferir mais direitos aos componentes da família matrimonial, em virtude apenas de sua opção pela adoção da formalidade do casamento. Se é dever do Estado proteger os componentes da entidade familiar, e se nenhuma das espécies familiares é superior às demais, há que ser garantida a mesma proteção tanto ao cônjuge quanto ao companheiro, visto que ambos encontram-se na mesma situação fática de membros da unidade familiar. Não cabe, pois, ao legislador infraconstitucional distinguir aquilo que foi tratado como igual pelo constituinte.

Dessarte, impende-se submeter toda lei infraconstitucional (inclusive o Código Civil de 2002) ao crivo da Constituição, devendo-se estender toda e qualquer proteção conferida ao cônjuge aos companheiros, considerando como não-escritas as referências que tratem de forma diferente a união estável em relação ao casamento, como muito bem preleciona Maria Berenice Dias.

Isto posto, passemos à análise do direito real de habitação do companheiro, confrontando os dispositivos constitucionais e as divergências entre o Código Civil de 2002 e a Lei Nº 9.278/96.

O direito de habitação é instituto já bastante antigo. No direito romano, era previsto como o direito de residir gratuitamente na casa de outrem. O atual Código, em seu artigo 1.414, trata do direito de habitação como o direito real de usar gratuitamente casa alheia, com fins de garantir a moradia do titular e de sua família. É temporário, perdurando enquanto durar o termo do contrato, ou, se omissivo, enquanto viver o titular, não sendo possível sua transmissão. A destinação é exclusivamente para fins de habitação. Pode ser considerado como espécie de direito de uso, salientando que, por ser direito real, ainda que o bem seja alienado, o mesmo não se extingue, acompanhando a mudança de proprietário.

No âmbito do direito sucessório, o direito real de habitação fora previsto no Código Civil de 1916 a partir do advento da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962 - Estatuto da Mulher Casada. Referida previsão legal conferia o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, desde que o imóvel fosse o único bem dessa natureza a inventariar.

A lei 10.406 de 2002, que instituiu o presente Código Civil, em seu artigo 1831, estendeu a habitação a qualquer cônjuge, independente do regime de bens do casamento. No entanto, tal lei nada tratou a respeito do direito de habitação do companheiro, nem no artigo 1831, nem no artigo 1790, o qual outorga direitos sucessórios aos companheiros.

Ressalte-se que a Lei 9.278, de 10 de maio de 1.996, garantiu aos companheiros o direito real de habitação, por intermédio do parágrafo único de seu artigo 7º, *in verbis*:

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Há que se questionar, portanto, se, à luz do Novo Código Civil, a união estável gera direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.

Observa-se que a Lei 9.278/96 reconheceu que os bens imóveis adquiridos na constância da união estável, sem a utilização de economias anteriormente existentes, são frutos do esforço comum, motivo pelo qual entendeu justo garantir ao companheiro o direito cuja finalidade é resguardar a moradia daquele que, ao longo da vida, esforçou-se juntamente com o *de cujos* para a construção ou aquisição do imóvel residencial. Percebe-se, pois, o caráter eminentemente assistencial do instituto, que pretende evitar que o viúvo/viúva reste desamparado após a morte de seu cônjuge, "sem ter onde morar".

O grande impasse consiste em averiguar se o novo Código Civil revogou ou não a lei 9.278/96. A corrente doutrinária que defende a manutenção do direito real de habitação do companheiro supérstite baseia-se nos dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil, que regulam a vigência da lei.

Infere-se do artigo 2º da LICC que a revogação da lei pode ser total ou parcial, expressa ou tácita, e que "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior". No caso em comento, entende-se que o Código Civil, nos pontos que não derogou as normas da Lei 9.278/96, preservou sua vigência. Como o Código não negou

o direito real de habitação do companheiro, apenas omitindo-se a respeito, sustenta-se que a eficácia da regra que conferiu o direito real de habitação ao companheiro encontra-se preservada.

Observando, ainda, os artigos 4º e 5º da LICC, que determinam que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, e em face do artigo 6º da Constituição Federal, que aborda sobre a garantia dos direitos sociais e da assistência aos desamparados, torna-se imperioso fazer analogia com o artigo 1831 do CC, o qual confere direito real de habitação ao cônjuge, visto que o companheiro encontra-se na sua mesma situação fática.

Dentre os autores que compõem essa corrente doutrinária estão Maria Helena Diniz; Sílvio Venosa; Giselda Maria Fernandes Hironaka; Zeno Veloso; Euclides de Oliveira e Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

Nas Jornadas de Direito Civil de 2002, os doutrinadores corroboraram o entendimento supra, senão vejamos:

117 – Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.

De outro lado, Francisco Cahali defende a não manutenção do direito real de habitação, visto que o art. 1790 do CC regulou inteiramente a sucessão entre companheiros, não tendo havido omissão do legislador, mas sim a intenção de não conferir tal direito ao companheiro.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, não pretendemos esgotar a matéria nem estabelecer verdades absolutas, visto que não está elucidado o esclarecimento de todas as questões envolvendo o tema. Diante de tantos questionamentos, ficou demonstrado, com esta pesquisa, que há necessidade do legislador suprir a omissão normativa sobre o direito real de habitação, no âmbito do Código Civil vigente, já que, conforme as manifestações doutrinárias e as conclusões extraídas das normas jurídicas contidas no Código Civil revogado com as do Código Civil vigente, houve um retrocesso substancial nos direitos relativos ao

companheiro supérstite e um avanço expressivo nos direitos do cônjuge sobrevivente.

Ademais, é de bom alvitre reafirmar que o direito deve se adequar aos novos padrões sociais e evoluir com a sociedade, motivo pelo qual somos de opinião favorável ao reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro, por tudo que já foi discorrido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: NADER, Paulo. Curso de Direito Civil – Direito das sucessões. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro-Direito das Coisas*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro-Direito das Sucessões*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves & ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito das sucessões*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DESCENTRALIZAÇÃO PRODUTIVA: CONTEXTO HISTÓRICO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

ROBERTO CHAGAS CHEBEL: pós-graduado em Gestão Pública pela UCDB. Graduado em Matemática pela Uniderp. Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba-MS. Servidor Público do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região.

RESUMO: Diante da entrada em vigor da Lei n. 13.647, de 13 de julho de 2017, que alterou sensivelmente as regras relativas a descentralização produtiva no tocante ao instituto da Terceirização, tornou-se necessário analisar as alterações e o impacto na doutrina. Neste sentido, o objetivo do presente artigo é analisar brevemente as mudanças, o alcance, assim como a repercussão da terceirização nas relações de trabalho, utilizando-se, para isso, das normas em vigor, das doutrinas acerca deste tema demasiadamente controvertido. Outrossim, será feita a reflexão acerca da sua compatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil assim como das normas internacionais sobre os Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais, inclusive os Direitos Humanos Trabalhistas, os documentos internacionais como as Convenções e Declarações Internacionais do Trabalho (OIT) ratificados pelo Brasil. Após breve reflexão, serão oferecidos os impactos das novas regras da terceirização sob a ótica dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, da não discriminação, dentre outros.

Palavras chave: Terceirização. Dignidade da pessoa humana, Convenções e Declarações Internacionais do Trabalho (OIT).

ABSTRACT: *Before the entry into force of Law no. 13,647 of July 13, 2017, which significantly altered the rules regarding productive decentralization regarding the Outsourcing Institute, it became necessary to analyze the changes and the impact on doctrine. In this sense, the purpose of the present article is to briefly analyze the changes, the scope, as well as the repercussion of outsourcing in the labor relations, using, for that, of the norms in force, of the doctrines about this subject too controversial. In addition, consideration will be given to its compatibility with the Constitution of the Federative Republic of Brazil as well as international norms on Human, Economic, Social and Cultural Rights, including Human Rights Labor,*

international documents such as International Conventions and Declarations. (ILO) ratified by Brazil. After a brief reflection, the impacts of the new outsourcing rules will be offered from the point of view of the constitutional principles of human dignity, of valuing work and employment, of individual and social well-being, of non-discrimination, among others.

Key Words: *Outsourcing. Dignity of the human person, International Labor Conventions and Declarations (ILO).*

INTRODUÇÃO

Com a aprovação das Leis n. 13.429, de 31 de março de 2017, assim como da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, vieram à tona grandes impactos no cenário jurídico brasileiro, alterando significativamente as regras do trabalho terceirizado. Dentre as inovações trazidas destacam-se o fim das horas *in itinere*, a desnecessidade do pagamento do tempo em que o trabalhador fica no trabalho para descanso, estudo, alimentação, troca de uniforme e outras atividades, pois estas não mais se incluem na jornada de trabalho; o tabelamento dos valores da indenização por danos morais, agora chamado de dano extrapatrimonial, com base no salário mínimo. Porém a mudança a ser tratada nesta pesquisa vai além destas mudanças citadas anteriormente, pois afetará diretamente a relação de trabalho e emprego. Isso se deve ao fato da amplitude trazida pela Reforma Trabalhista, que possibilitou contratação de terceirizados de forma indiscriminada.

O marco inicial que possibilitou a contratação de terceirizados para desempenhar atividades-fim aconteceu por meio da aprovação do Projeto de Lei 4.330/2004 e tornou-se a Lei Nº 13.429 de 31 de março de 2017, que alterou os dispositivos da Lei N. 6.019, de 3 de janeiro de 1974. O intuito, segundo o governo era de atualizar a norma e acompanhar o desenvolvimento das relações de trabalho surgidas ao longo do tempo, porém corre-se o risco de iniciar o fenômeno da *pejotização*^[1] no Brasil, que poderá trazer enormes prejuízos ao trabalhador.

Outrossim, o presente artigo traz uma dimensão da terceirização na iniciativa privada, comparando as alterações com o que dizem os tratados

internacionais, assim como aos princípios balizadores do trabalho constantes na Constituição Federal de 1988.

São tratados alguns pontos nos quais há uma colisão entre o que se espera em uma relação com contrato de emprego ou trabalho, assim como as consequências que as Leis que tratam da terceirização poderão trazer, sobretudo quando se fala no possível fim do contrato de trabalho por tempo indeterminado, redução de salários e direitos, precarização do trabalho, aumento da jornada, fragilização da organização sindical dentre outras.

Neste sentido, o objetivo da pesquisa foi analisar brevemente as mudanças, o alcance, assim como a repercussão da terceirização nas relações de trabalho, utilizando a pesquisa bibliográfica das normas em vigor, das doutrinas acerca deste tema demasiadamente controvertido, bem como da Carta Magna de 1988.

1 A Contextualização da Terceirização no Brasil

No mundo, após a queda do pensamento liberal, iniciou-se o chamado Estado Social, no século XIX que deu início ao surgimento dos direitos constitucionais de 2ª dimensão onde o capital e o trabalho passaram a ocupar o mesmo patamar, ou seja, deu-se ao trabalho e sobretudo ao trabalhador a proteção necessária para que deixasse de ser a parte explorada. No Brasil, após a entrada em vigor da Constituição de 1988, que sucedeu a Ditadura Militar, o legislador, pensando em proteger a classe menos privilegiada, faz diversas promessas com cunho social, ou seja, inicia-se o Estado do Bem-estar-social, porém é válido lembrar que o mundo já caminhava em sentido contrário, ou seja, nas grandes potências do mundo já havia um retorno a um estado neoliberal.

A Carta Magna de 1934 passou a tratar os direitos dos trabalhadores, o sistema de garantias e o valor do trabalho humano de forma especial, consagrando alguns direitos como o da isonomia, quando preceitua que homens e mulheres são iguais perante a lei, do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, assim como reconhece o trabalho como um direito social. Em se tratando dos princípios, indica a prevalência dos direitos humanos, assim como protege amplamente o salário quando proíbe a sua irredutibilidade tornando crime sua retenção, assim como dá garantia a um salário nunca inferior ao mínimo. (BRASIL, 1934).

Os **trabalhadores, apesar de possuírem alguns direitos**, eram vistos muito mais sob o ponto de vista produtivo, manejado pelos empresários como melhor lhes convinha. Com a edição da Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943 Consolidação da Leis Trabalhistas, assim como da Constituição Federal de 1934, criou-se entre os empregados e empregadores uma relação bilateral onde os dois lados fossem dotados de direitos e obrigações, ou seja, a CLT trouxe consigo alguns princípios de proteção do trabalhador pelo fato de ser hipossuficiente em relação ao empregador. (ROOCO, 2017). O trabalhador deixa de ser a parte explorada e passa a ter maior importância na relação juslaboral, ou seja, torna-se um sujeito de direito.

Portanto, o instituto da terceirização no Brasil nos dias atuais será tratado com base no contexto apresentado em confronto com as normas internacionais do trabalho, assim como a mínimo exigido pela CF/88 na proteção dos princípios conquistados pelo trabalhador.

1.1 Ruptura ao Estado Social e início da terceirização no Brasil

Segundo Leite (2017) a terceirização pode ser definida como a contratação de serviços por meio de empresa intermediária (interposta), onde há a figura da prestadora, que possui os trabalhadores e os disponibiliza a uma tomadora de serviço e complementa, ao dizer que a palavra terceirizar advém da palavra inglesa *outsourcing*, síntese da frase *outside resource using* (que significa uso de recursos externos). Para Lima (2018, p. 55), a terceirização, com interesse econômico-empresarial possui alguns pontos positivos como a abertura de oportunidades de emprego, a melhoria na qualidade do serviço, o aumento da lucratividade em virtude da maior produtividade, assim como permite que as tomadoras terceirizando o serviços foquem no seu objeto principal.

No Brasil, a despeito da ausência de lei que tratasse especificamente sobre a terceirização, o instituto fora manejado, conforme Leite (2017, p. 340), com fundamento em alguns dos seguintes diplomas legais:

Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943 Consolidação da Leis Trabalhistas, sobretudo no art. 455, caput que preceitua: “Nos contratos de sub-empregado responderá o sub-empregado pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos

empregados o direito de reclamação contra o empregador principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro”;

Parágrafo único. Ao empregador principal fica ressalvado, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o sub-empregador e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974 que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências, institui o trabalho temporário nas empresas urbanas como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”(art. 2º);

Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

O instituto da terceirização no Brasil era tratado com fundamento na jurisprudência do TST, sumulado no supramencionado enunciado 33, nos termos da Súmula 331 do TST, ou seja, não existia um diploma legal para balizar tal prática.

Neste mesmo raciocínio e em razão da não existência no ordenamento jurídico de lei específica que tratasse da terceirização, por meio do enunciado 256 da Súmula do TST, era admitida a terceirização nos casos da Lei 6019/74 e 7102/83 conforme segue:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo

empregatício diretamente com o tomador dos serviços.
(Enunciado da Súmula N. 256 do TST - cancelada)

Utilizando-se do enunciado da Súmula supracitada, o TST só admitia a possibilidade de terceirização em duas situações, porém a corte maior trabalhista após solicitação do Ministério do Trabalho e Emprego fez uma ampla revisão cancelando a Súmula 256 e editando a de n. 331:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
(nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas

condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida respnsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (Enunciado da Súmula N. 331 do TST)

O assunto acerca da terceirização - tratado anteriormente por Súmulas do TST - tomou corpo no Brasil em 2015 devido ao momento de grande crise econômica onde a inflação oficial chegou a casa de 10,67%, e tornou a figura do empregado um vilão, atribuindo a ele um alto custo, tanto salarial como os relacionados aos encargos, o que já é sabido e que impediria a atividade empresarial de crescer frente a concorrência local, assim como no mercado internacional.

Somadas a instabilidade econômica, a concorrência, o desenvolvimento tecnológico, o desafio de combater o desemprego e o subemprego, com vistas a se adaptar às novas formas de organização da produção, culminou-se na necessidade de flexibilização das relações de trabalho, dando origem a uma reforma trabalhista ampla, principalmente com relação à terceirização.

Conforme DELGADO (2011, p. 99) "(...), essa renovação tecnológica intensa eliminava as antes impermeáveis barreiras do espaço e do tempo, extremando a competição capitalista no plano das diversas regiões do globo".

Porém, para o ramo empresarial, grande interessado no aumento de atividades abarcadas pela terceirização, a importância está na agregação de valores na medida em que incorpora bens e serviços de terceiros que possuem *expertise* na área, ou seja, quem realizará o serviço em tese teria mais capacidade que a tomadora. Desta forma, a produtividade tende a aumentar

quando cada prestadora de serviço especializada realiza o que sabe fazer de melhor, assim o faz com melhor qualidade.

Pode-se dizer também que é uma forma de flexibilização do trabalho, pois mediante a transferência de parte da produção a terceiro, uma organização empresarial consegue concentrar-se nas atividades essenciais, buscando maior lucratividade, potencializando o planejamento e otimização operacional, com o fim de aumentar a lucratividade, não se dispersando em serviços múltiplos, como por exemplo cuidar da frota de carros, da limpeza, da alimentação e etc.

Pelo exposto anteriormente tem-se a ideia que a terceirização trará mais eficiência em razão da contratação de pessoas com melhor qualificação, que acarretará na modernização, trazendo maior competitividade. Com o aumento da produtividade, por exemplo, a tomadora poderá lucrar mais e conseqüentemente aumentar seu valor de mercado, tornando-se mais eficiente e competitiva.

Com relação à economia, tem-se a ideia que haverá uma redução nos custos da atividade, porém não com relação ao salário que se paga ao terceirizado - pois a prestadora de serviço também precisa auferir lucro neste tipo de negócio - mas no sentido de melhorar sua mão-de-obra contratando pessoas qualificadas para desempenharem atividades importantes, mesmo as tidas como atividades-fim, incluídas pela Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017).

1.2 Lei n.º 13.429 de 2017, a chamada Lei da Terceirização

Diante do caos e da instabilidade política, o Brasil foi tomado por um sentimento de que eram necessárias várias reformas, dentre elas a Tributária, a do Direito Penal, da Previdência, assim como a Trabalhista, única a sair do papel.

Deste modo, o então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, coloca em pauta a votação do Projeto de Lei n. 4302/98, aprovado no dia 22 de março de 2017 e convertida em Lei sob o n. 13.429/2017, que traz diversas alterações, das quais serão elencadas aqui as mais relevantes.

Possibilidade de prestação de serviços terceirizados para o desempenho de atividades determinadas e específicas, ou seja, não deixa claro se haveria a autorização ou não de trabalhadores para o desempenho de atividade-fim (Art. 4º-A); redução de requisitos para o funcionamento da empresa terceirizada (prova

da inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, registro na Junta Comercial e Capital Social de acordo com o número de empregados (Art. 4º - B; a possibilidade da quarteirização, ou seja, a terceirizada poderá subcontratar outra empresa (Inciso 1ª do Art. 4º - A); a falta do tratamento adequado acerca da isonomia de direitos como atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados entre os trabalhadores da terceirizada e da empresa tomadora (§ 4º do art 5º - A); falta de restrição com relação a quem pode ser contratante de serviços terceirizados (Art 5º - A) (BRASIL, 2017).

Porém, ainda não se sabia, sobretudo antes da aprovação da Lei 13647/2017 se seria possível utilizar-se do instituto da terceirização na atividade-fim, sendo que ainda gerava dúvida era com relação ao conceito de atividade-fim que era encontrado por via de exclusão, ou seja, seria considerado atividade-fim aquilo que não for determinado ou fixado como atividade-meio.

1.3 Lei 13.467/2017 a terceirização trabalhista “sem peias”

A expressão "sem peias" utilizada pelo Eminentíssimo Ministro do TST Maurício Godinho Delgado releva que a Lei 13.467, sancionada em 31.3.2017 modificou ainda mais o instituto da terceirização no Brasil (GODINHO, 2017).

Vale destacar, porém, que após a entrada em vigor das Leis 13.429/2017 e Lei 13.467/2017 passou a regular tanto a terceirização do trabalho temporário, questão que merece maior destaque foi tratado por meio da inclusão do § 1ª do Art. 4º - C da CLT:

Art. 4º-C - § 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, **se assim entenderem**, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. (g.n.) (BRASIL, 2017)

Segundo a redação não há mais que se falar em isonomia salarial entre os trabalhadores com vínculo direto com a tomadora e os terceirizados, pois a expressão “se assim entenderem” deixa claro que não há mais obrigatoriedade de remunerar as duas categorias com o mesmo salário. Em breve trabalhadores que

desempenhando o mesmo trabalho, com a mesma eficiência, no mesmo local, receberão salário diferente.

Outro ponto fulcral inserido pela Lei n 13.467/2017 foi a autorização de contratação de terceirizados para o desempenho de atividades-fim pela tomadora de forma indiscriminada e irrestrita, declarado constitucional pelo STF, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 324 cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso.

Outro ponto importante é o fato da Terceirizada não ser mais obrigada a ter registro no Ministério do Trabalho e Emprego, ou seja, basta ter o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ e o registro na junta comercial, assim como o capital social que deve ser proporcional ao número de empregados.

Um ponto relativamente positivo foi a proibição imposta ao empregador que dispensa o trabalhador para contratá-lo como pessoa jurídica pelo prazo de 18 meses, conforme o texto do Art. 5º- C da CLT:

Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.(Brasil, 2017)

Após a apresentação do caminho percorrido pela terceirização no Brasil, desde a época em que era proibida, momento em que a jurisprudência passou a autorizar de forma tímida, normas legais e suas alterações, iniciaremos o ponto mais importante deste artigo, o qual, trataremos dos impactos e suas consequências.

Trataremos, contudo, da terceirização à luz da Constituição Federal de 1988, das Normas e Tratados Internacionais de Direitos Humanos e da Organização Internacional do Trabalho.

2 A Constituição Federal, os tratados internacionais e princípios constitucionais

2.1 Tratados internacionais afetados pela terceirização

Paralelamente aos parâmetros constitucionais encontram-se os de ordem internacional decorrentes de Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho - OIT e Declarações Internacionais de Direitos Humanos subscritas pelo Brasil destaca-se a Declarações e Convenções da Organização das Nações Unidas - ONU sobre direitos humanos, econômicos, sociais, culturais, inclusive os de caráter trabalhista.

A Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em 1948, tem o seguinte preâmbulo.

(...) Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande parte das pessoas, a injustiça, a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que a paz e a harmonia universais são postas em risco, e considerando que é urgente melhorar essas condições(...)

(...) à afirmação do princípio "a trabalho igual, salário igual"(...). (OIT, 1948)

É oportuno, porém, ressaltar que em 1998 a OIT sintetizou, conforme a declaração de 1988 os princípios basilares do Direito do Trabalho, por meio de oito de suas convenções internacionais, sendo que apenas a de número 87 não foi ratificada pelo Brasil. Em 1999 a OIT firmou a "Agenda do Trabalho Decente" onde foram tratados os assuntos pilares dos direitos fundamentais, do emprego, da proteção e do diálogo social.

De pronto, é evidente que a terceirização do trabalho seguiu este terrível caminho, onde a harmonia entre as pessoas dentro do ambiente de trabalho tenderá a diminuir progressivamente, e isso se dará em razão, também, da desigualdade entre o trabalhador da tomadora e o terceirizado no tocante ao salário, o que irá de encontro ao inciso XXIII do art. 7^a da CF, que diz, (...) a "igual remuneração por igual trabalho(...)", pois é evidente que haverá uma diferença considerável entre os dois salários.

Utilizando-se do que diz a Convenção Internacional do Trabalho n. 111, que trata da discriminação entre homens e mulheres, porém trazendo para a dinâmica do trabalho terceirizado, haverá uma evidente discriminação entre trabalhadores também do mesmo sexo:

Para os fins da presente convenção:

a) o termo "remuneração" compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou " in natura " pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último;

b) a expressão "igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor", se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo. (OIT, 1960)

O que a terceirização faz é diferenciar as pessoas, assim como rotular aquele que é terceirizado do que não é, ou seja, pessoas que trabalham uma ao lado da outra e possuem similaridade com relação ao trabalho serão tratados de forma diferente começando pelo tratamento, salário, passando pela parte da saúde e segurança do trabalho. Portanto, o reflexo de todo esse desrespeito ao trabalhador o desvaloriza afetando sua saúde e segurança, indo de encontro aos seus direitos humanos.

Quanto a valorização do trabalho e do emprego a questão remuneratória está longe de ser equitativa. Vejamos o que o art. 23 do Tratado Universal de Direitos do Homem diz: "Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social."

Outrossim, utilizando-se desse tema, já sabatinado pelo STF por meio do julgamento do RE. N. 466.343, portanto fazendo parte da jurisprudência, lembramos o que disse o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes:

“O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna”. (PEREZ, 2014)

Reconheceu-se o status suprallegal - acima de todas as normas legais e abaixo apenas da Constituição Federal - aos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos, por meio da decisão que recepciona no ordenamento jurídico brasileiro. Um exemplo disso foi o Pacto de São José da Costa Rica, que por ter sido recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro fez com que a prisão civil do depositário infiel deixasse de ser aplicada no Brasil.

Utilizando-se das palavras proferidas pelo Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do ADI-MC n. 1.675, que também entende que as normas concernentes aos direitos humanos compreendem os direitos e garantias constitucionais e conseqüentemente fazem parte do rol de normas suprallegais:

(...) Duas decisões do Supremo Tribunal, contudo – malgrado para concluir pela hierarquia infraconstitucional dos tratados nelas considerados – permitem antever, a contrário sensu, com relação às convenções pré-constitucionais atinentes a direitos e garantias fundamentais uma clara abertura à tendência contemplativa de atribuir status constitucional às normas internacionais de outorga e proteção dos direitos humanos(...) onde se repeliu a revogação do Pacto de São José das leis permissivas da prisão civil do depositário infiel(...)

(...) Donde ser lícito inferir – como, de resto, ficou explícito em alguns votos – que, ao contrário- as convenções sobre direitos fundamentais incorporados ao direito brasileiro antes da Constituição de 1988 foram por ela constitucionalizados(...)

(...) “parece inquestionável - e sobre isso não houve controvérsia na Adin 1480 - que os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no artigo 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídos no âmbito normativo do artigo 5º, parágrafo 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil” (STF, Ministro Sepúlveda Pertence, 1997)

Por meio deste raciocínio do Eminentíssimo Ministro, pelo fato dos enunciados no artigo 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídos no âmbito normativo do artigo 5º, os mesmos não poderiam tratar a terceirização com tanta discriminação e descaso, chocando com direitos construídos por décadas, com vistas a proteger o trabalhador, parte hipossuficiente e atacando seus direitos humanos, nem tampouco tirar direitos consagrados pelos tratados internacionais, aos quais o Brasil é signatário.

Com relação a Norma Internacional especificamente no Tratado Universal de Direitos do Homem em seu preâmbulo diz “dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, assim como no art. 1ª que diz “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

As normas para o trabalho terceirizado estão também na contramão do art. 1ª, I da Convenção n. 122, que trata da proteção e criação do emprego, aprovada e ratificada pelo Brasil:

Com vista a estimular o crescimento e desenvolvimento econômico, elevar os níveis de vida, corresponder às necessidades de mão-de-obra e resolver o problema do desemprego e do subemprego, cada Membro deverá declarar e aplicar, como objetivo essencial, uma política ativa com vista a promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido.(OIT, 1964)

Por certo, no Brasil os maiores desafios são a criação do próprio emprego, bandeira defendida pelo legislador para justificar a reforma trabalhista, contudo,

o resultado não foi como o esperado. Segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio da pesquisa Pnad Contínua o número de empregados com carteira assinada somou 32,8 milhões, redução de 483 mil pessoas em relação ao mesmo trimestre do ano passado, e de 351 mil pessoas no confronto com o trimestre de dezembro a fevereiro (BRITO, 2018). Porém, mesmo que sejam criados novos postos de trabalho, não se pode perder de vista que paralelamente a eles, deve-se atender precipuamente as normas e garantam a segurança, saúde e que não haja discriminação.

2.2 Princípios constitucionais do trabalho afetados pela terceirização

Os princípios de proteção da pessoa humana e do trabalho são parte importante da Constituição Federativa do Brasil, pois, o legislador de forma muito inteligente fez constar na Carta Maior diversos dispositivos que assegurassem constitucionalmente alguns direitos do trabalhador.

Para o tópico serão utilizados os Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho do eminente Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, sobretudo os que se relacionam com o instituto da terceirização no Brasil. Isso não quer dizer que os outros não sejam importantes. (Delgado, 2017)

2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio é inerente a pessoa humana e traduz o seu valor diante da sociedade, independentemente dos bens materiais que possui. São qualidades da pessoa, que são intangíveis, ou seja, abrange sua personalidade, sua individualidade, sua honra, liberdade, segurança, bem-estar social, intimidade dentre outros.

É o princípio fundamental do Direito Contemporâneo e inerente a um país democrático. Este princípio abre o texto constitucional, porém é encontrado em diversos momentos para expressar outras formas de dignidade da pessoa humana.

Iniciando no art. 1º, I que perpassa pelo art. 3º, art.170, assim como pelo art. 193 onde incorpora a dignidade da pessoa humana no núcleo entendido tanto

como um fundamento, um princípio, assim como um objetivo, ou seja, vai de uma visão individualista a uma social, comunitária e que afirma ainda mais a dignidade da pessoa humana como o centro (BRASIL, 1988.)

Portando, as normas referentes a terceirização vigentes no ordenamento jurídico brasileiro atacam essa dignidade não só na pessoa em si, mas quando inserida em um meio social, ou seja, não mais se isola o homem como um ser estritamente individual, mas social.

2.4 Princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica

Neste princípio a centralidade da relação de trabalho estará na pessoa e não na empresa e no capital. Vale dizer que o homem, na sua simplicidade independente de sua riqueza, é importante. O documento internacional denominado Declaração da Filadélfia afasta definitivamente a ideia de que o trabalho é uma mercadoria. Para a OIT a centralidade não é e nem pode ser o trabalho ou a mercadoria pura e simplesmente, mas sim o homem, que com a seu esforço contribui para o desenvolvimento.

A reforma trabalhista, que busca resolver um problema econômico do país, precariza o trabalho e sobretudo o trabalhador, partes mais importantes da relação de emprego e trabalho.

2.5 Princípio da valorização do trabalho e do emprego

A valorização do trabalho e do emprego é um princípio inerente ao estado democrático de direito, pois faz com que o ser humano afirme-se como pessoa humana, ou seja, sai do plano individual e parte para o social e sobretudo o familiar.

Este não está ligado ao acúmulo de riqueza, mas sobretudo está ligado umbilicalmente ao fato de garantir o mínimo social.

Conforme o art. 3º, pode-se dizer que a erradicação da pobreza perpassa necessariamente pela condição de que todos precisam trabalhar para garantir o mínimo social.

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, ou seja, o que os artigos 6º e 7º da CF/88 (BRASIL, 1988).

Porém, sabe-se que não basta trabalhar, mas sim ter oportunidade de crescer na empresa e galgar novas funções, cargos e desafios, contudo, algo que tornar-se-á mais raro em razão da grande rotatividade de terceirizados.

Com menos intervencionismo do Estado-Social, o indivíduo estará à mercê das grandes empresas que visam apenas o lucro, ou seja, não se preocupam com o cidadão e sua dignidade.

2.6 Princípio da não discriminação

Este princípio diz respeito a necessidade de tratamento de todos os trabalhadores que desempenham mesma função, no mesmo local, para o mesmo empregador, ressalvadas as especificidades previstas em lei, deste que não ofenda a CF/88.

Todavia, a expressão "*poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante*" do novel texto legal, em seu art. 4º-C deixa claro que acabou a obrigatoriedade do trabalhador terceirizado receber o mesmo salário do empregado da empresa tomadora (BRASIL, 2017).

Portanto, o texto dá liberdade ao empregador para estabelecer critério remuneratório diverso, violando a isonomia salarial, a despeito de laborarem sob as mesmas condições.

2.7 Princípio da vedação do retrocesso social

O presente princípio faz com que o Estado proíba ou crie meios para que normas e institutos que estingam direitos sejam abolidas. Contudo, o Legislador ao elaborar e aprovar a Lei n. 13.467/2017 não observou este princípio constitucional.(BRASIL, 2017).

Esta vedação tem no seu pano de fundo o Direito Internacional, normas, leis, tratados e etc, todos de caráter internacional, mais especificamente o Direito Internacional do Trabalho.

Segundo REIS (2010, p. 126) as condições mínimas de trabalho firmadas pelo plano internacional inserem-se no quadro de prerrogativas da pessoa humana por força de sua dignidade própria, integrando o rol de direitos humanos, em sua dimensão econômica e social.

Pode-se concluir que o Brasil deve pautar-se no que diz as normas internacionais de direito do trabalho, porém é um princípio que precisa de um olhar mais fino, ou seja, está dentro de outros princípios como o da dignidade da pessoa humana; da valorização do trabalho e do emprego; do bem-estar individual e social; da justiça social; da subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

O presente princípio está presente nas Convenções da OIT de números: 11, 87, 98, 135, 141 e 151) e deveriam ser atendidas pelo Brasil.

2.8 Princípio da irredutibilidade salarial

O presente princípio advém do próprio texto constitucional, art. 7º, VI, e traz a dimensão de que o salário é intangível, pois possui caráter alimentar e tem o objetivo de atender o trabalhador nas necessidades essenciais como moradia, saúde, transporte, alimentação, educação e assim por diante. Porém este princípio não pertence apenas ao Direito do Trabalho, mas a todo um universo jurídico externo à relação de trabalho.

Com a utilização cada dia mais frequente do instituto da terceirização, haverá uma queda no salário ocasionada pela inserção de trabalhadores terceirizados no ambiente das empresas, baixando ainda mais a média de salários e fazendo com que toda o valor do trabalho seja mitigado.

2.9 Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Utilizando-se do texto em sua literalidade, conforme abaixo, o art. 444 da CLT com vistas ao sentido etimológico da palavra renúncia seria quando uma pessoa ou parte da relação de trabalho abre mão de algo que teoricamente é sua

de direito, contudo, dentro da norma juslaboral essa palavra assume um papel muito maior, pois por diversas vezes mesmo que o trabalhador ou empregado abra mão há que se falar em renúncia de direitos indisponíveis, pois nesses casos não caberá a ele fazer.

2.10 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

Os contratos de trabalho, em regra são em regra por tempo indeterminado, contudo, desde o fim da estabilidade decenal por meio da Lei 5.107 de setembro de 1966, que criou o regime do FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - esta realidade tem sido alterada, pois o direito dos trabalhadores com mais de 10 anos não poderem ser dispensados, salvo por justa causa, passou a ser mitigado (BRASIL, 1966).

Porém o empregador manteve-se cauteloso com relação a dispensa sem justa causa, diante das consequências previstas na CF em seu artigo art. 7º, I, XXI da CF/88.

Assim sendo, a nova regulamentação da Lei N. 6019/72 traz a possibilidade de contratação de trabalhadores terceirizados indiscriminadamente, inclusive na atividade-fim, onde corre-se o risco de haver um grande número de dispensas em razão da possibilidade de contratação por meio de uma tomadora de serviço (BRASIL, 1972).

3 DESCENTRALIZAÇÃO PRODUTIVA

A descentralização da produção por meio do instituto da trouxe para a relação de trabalho, sobretudo para o trabalhador situações graves com vistas a sua dignidade, ou seja, afetando diretamente a vida do trabalhador (BRASIL, 2017).

Em evento na ANAMATRA, o ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) Maurício Godinho Delgado teceu os seguintes comentários acerca do Projeto de Lei nº 4.330/2004, que regulamenta terceirização no Brasil e de suas ameaças ao Direito e a Justiça do Trabalho.

"Eu nunca vi um projeto de precarização do trabalho como esse, de tamanha perversidade, que pisa nas pessoas e desrespeita quem vive do trabalho(...)

(...) É como se o brasileiro fosse o problema do Brasil. Trata-se de uma visão retrógrada, com saudade do século XIX e inveja da realidade asiática. É como se o trabalhador fosse uma matéria-prima que tem de ser mais barata, opinou. (...) o projeto de lei também vai de encontro com os princípios da [Constituição Federal](#), que colocou o Direito do Trabalho como o ápice do Estado Democrático de Direito. A [Constituição Federal](#) será mentirosa se a [CLT](#) for vazia. (...) a proposta legislativa inverte também a própria lógica da terceirização, que é a de ser uma exceção, conforme prevê a Súmula 331 do TST, que permite a prática apenas na atividade meio da empresa. A terceirização, ao reverso do que o projeto faz, tem de ser restrita. E ela já é uma epidemia.

(...) O projeto vai afetar o bom funcionamento da economia, pois 60% do PIB brasileiro deriva da renda das pessoas físicas e das famílias. Não é só salário, é renda. (...) o próprio sistema de saúde pública será afetado, pois as empresas de terceirização, em regra, têm menos cuidados com a saúde a segurança do trabalhador.

(...) O desafio é muito grande, mas tenho convicção de que podemos sim convencer a sociedade política de que se trata de um equívoco grave e que vai na antítese do trabalho do Parlamento brasileiro. (JUSBRASIL, 2013)

Algumas consequências negativas imediatas surgirão, como por exemplo: A elevação da rotatividade de mão de obra, onde o trabalhador não mais terá uma identificação com uma empresa específica, causando assim uma queda na sua autoestima pelo medo de perder o trabalho.

Esvazia-se o poder que o trabalhador tinha de mobilizar-se por meio do seu sindicato, que diga-se de passagem dentro de uma empresa que eminentemente utiliza-se de trabalhadores terceirizados fica totalmente diluído.

Em parte do voto do RE 958252 a Eminente Ministra do STF Rosa Weber no foi bastante clara em afirmar que para que possam manter o mesmo nível salarial os trabalhadores precisaram trabalhar mais tempo, e sem poder descansar

passarão a produzir menos e com menor qualidade, indo contra os objetivos da terceirização, expandindo a condição de precariedade.

"Na atual tendência observada pela economia brasileira, a liberalização da terceirização em atividades-fim, longe de interferir na curva de emprego, tenderá a nivelar por baixo nosso mercado de trabalho, expandindo a condição de precariedade hoje presente nos 26,4% de postos de trabalho terceirizados para a totalidade dos empregos formais" (BARBIÉRI e OLIVEIRA, 2018)

Caso não possam trabalhar por mais tempo, por certo que terão uma redução salarial, diminuindo assim as suas condições de vida, afetando o mínimo existencial, ou seja, desvalorização do trabalho, salário baixo, desemprego temporário farão com que mais pessoas entre em condições de miserabilidade.

Surgirão outras consequências como o aumento de acidentes de trabalho em razão do aumento da jornada de trabalho, falta de treinamento, pois a empresa prestadora de serviço não se preocupará em treinar os trabalhadores para disponibilizá-los a tomadora. Tudo isso gerará um adoecimento que refletirá diretamente na Previdência Social, que precisarão emitir frequentes licenças e aposentadorias precoces.

Outrossim, muitas pessoas passarão a ficar aquém da linha da pobreza fazendo com que também o IDH (Índice do Desenvolvimento Humano) da população diminua demasiadamente, afetando diretamente o crescimento do país.

Quanto à possibilidade de terceirização da atividade-fim da empresa, fica difícil visualizar como isso poderia acontecer. Pode-se pensar nesta possibilidade abstratamente, porém na prática quando se tratar de atividade principal da empresa, dificilmente não haverá a existência dos requisitos da pessoalidade e da subordinação em todas as suas formas, tão comuns em uma relação de emprego.

No tocante a isonomia salarial, surgirá uma discrepância entre o salário dos trabalhadores da empresa e os trabalhadores terceirizados, pois esses com toda

certeza terão menores salários, mesmo que em alguns casos tenham um desempenho ainda melhor.

Sem falar na possibilidade de subcontratação que vai dificultar ainda mais a verificação pelo juízo trabalhista de quem é a responsabilidade pelas verbas, pois haverá um efeito cascata entre empresas.

CONCLUSÃO

Contudo, após a entrada em vigor da reforma trabalhista – Lei 13.467/2017 os princípios constitucionais do trabalho passaram a correr grande risco, dada a diminuição do intervencionismo do Estado-Social. Poder-se dizer a CLT criou um princípio muito perigoso, que poderia se chamado de Princípio da Proteção ao Empregador, diante da retirada de diversos direitos do trabalhador com vistas a atacar a sua dignidade, assim como a garantia do mínimo social existencial. Essa reforma trabalhista tão ampla, feita a toque de caixa, é uma resposta à crise sim, porém com o viés capitalista voltado para o empresariado, pois partiu de uma reforma pontual de mais ou menos dez artigos passou a mais de cem, literalmente do dia para a noite.

É notório que o país enfrenta grande crise, mas proveniente da falta de ética, da demasiada corrupção institucional, o que acarreta em uma economia frágil que trás como pano de fundo o alto índice de desemprego, contudo, não se pode demonizar o trabalhador, que além de ser a parte frágil do sistema é aquele que com o seu trabalho gera lucro e desenvolvimento ao país.

O último golpe dado pelo judiciário contra o trabalhador foi sem sombra de dúvida a declaração de constitucionalidade da terceirização da atividade-fim.

Para os ministros que defedem terceirização irrestrita estão os argumentos como o princípio constitucional da livre iniciativa, de que atividade-meio e atividade-fim se confundem, assim como a afirmação de que o Brasil não pode ficar aquém do mundo globalizado, ou seja, e liberar a terceirização não significa precarizar as relações de trabalho nem desproteger os trabalhadores, e ao final jogam ao judiciário a árdua missão de combater os eventuais abusos ou fraudes.

Evidentemente a terceirização indiscriminada não se coaduna com os princípios constitucionais do trabalho, com os Tratados Internacionais do Trabalho

e dos Direitos Humanos, e para confirmar esse pensamento serão utilizados algumas reflexões daqueles Ministros do STF que foram contra a constitucionalidade da atividade-fim - que se posicionaram contra, no sentido de que a livre iniciativa não pode ficar acima de outros princípios, como o da valorização do trabalho, assim como a necessidade de o Estado Democrático de direito ter a responsabilidade de assentar na sólida proteção do trabalhador, assim como em razão de ter no Brasil uma escassez de trabalho, é mais importante será mantê-los.

REFERÊNCIAS

BRASIL - 1934. [Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil \(de 16 de julho de 1934\)](#). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL - 1943. [Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943](#): Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1 maio. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm

BRASIL – 1966. Lei N. 5.107, de 13 de setembro de 1966: Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5107impressao.htm

BRASIL - 1974. Leis e Decretos. Lei n. 6019 de 03 de janeiro de 1974: dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Brasília, DF, 03 jan. 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03.leis/L6019.htm.

BRASIL - 1983. Leis e Decretos. Lei n. 7102 de 20 de junho de 1983: dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília, DF, 03 jan. 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03.leis/L7102.htm.

BRASIL – 1988. Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil de 1988: Brasília, DF, 22 de setembro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRITO. Marta Cavallini e Carlos. Desemprego fica em 12,7% em maio e atinge 13,2 milhões de pessoas, diz IBGE. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-sobe-para-127-em-maio-e-atinge-132-milhoes-de-pessoas-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BARBIÉRI , Luiz Felipe e OLIVEIRA Mariana. STF decide que é constitucional emprego de terceirizados na atividade-fim das empresas. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/30/maioria-do-stf-vota-a-favor-de-autorizar-terceirizacao-da-atividades-fim.ghtml>>. Acesso em: 1 de set. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso do direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.p.99.

DELGADO, Gabriela Neves. AMORIN, Helder Santos. Os limites constitucionais da terceirização. São Paulo: LTr, 2014. p.48.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE. Departamento intersindical de estatística e estudos socioeconômicos. Nota técnica. Impactos da Lei 13.429/2017 (antigo PL 4.302/1998) para os trabalhadores Contrato de trabalho temporário e terceirização. Disponível em . Acesso em 16.8.2018.

JUSBRASIL. Maurício Godinho afirma que regulamentação da terceirização vai esvaziar o papel da Justiça do Trabalho. Disponível em <<https://anamatra.jusbrasil.com.br/noticias/100694679/mauricio-godinho-afirma-que-regulamentacao-da-terceirizacao-vai-esvaziar-o-papel-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em 16 ago. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva 2017. p.337.

LEITE, C.H.B.,ob. Cit., p.340.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. Terceirização Total: Entenda Ponto por Ponto. São Paulo: LTr, 2018.

REIS, Daniela Murada. O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p.126.

TST. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n° 256. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256.

TST. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n° 331. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331

VASCONCELOS, Armando Cruz. Nova Lei da Terceirização: O que mudou?. *Revista LTr*. São Paulo, v.81, jul. 2017.

ROCCO, A. Rangel Rosso Nelson; ROCCO, Rangel Rosso Nelson. Da precarização da relação do trabalho por meio da terceirização – violação do mínimo existência social. *Revista LTr*. São Paulo, v.81, ago. 2017.

PEREZ, Daniela. A justiça constitucional e o uso do Direito Comparado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29612/a-justica-constitucional-e-o-uso-do-direito-comparado>. Acesso em: 15 de ago. de 2018.

OIT. Disponível em . Acesso em 15 ago. 2018.

JUSBRASIL. Maurício Godinho afirma que regulamentação da terceirização vai esvaziar o papel da Justiça do Trabalho. Disponível em <<https://anamatra.jusbrasil.com.br/noticias/100694679/mauricio-godinho-afirma-que-regulamentacao-da-terceirizacao-vai-esvaziar-o-papel-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em 16 ago. 2018.

NOTA:

[1] Contratação de serviços pessoais, exercidos por pessoas físicas, de modo subordinado, não eventual e oneroso, realizada por meio de pessoa jurídica constituída especialmente para esse fim, na tentativa de disfarçar eventuais relações.

VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COM A MANUTENÇÃO DO CONDENADO EM REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO

GUILHERME DIAS DOS SANTOS: Graduando do Curso de Direito pela Universidade Brasil - UNIBRASIL.

ANDRÉ P. VIANA^[1]

(Orientador)

RESUMO: A Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal baseada em diretrizes fundamentadas no RE 641.320, visa garantir ao sentenciado a correta execução penal, como forma de diminuir às prisões em regime prisional mais gravoso, a fim de que se evite violação a princípios constitucionais. A presente pesquisa busca apontar como método eficaz de prevenção de aprisionamentos desnecessários e irregulares ante a natureza da pena aplicada ao caso concreto, uma vez que a inclusão do apenado em regime prisional oposto, além de violar os princípios da individualização da pena e da legalidade garantidos pela Constituição Federal como direitos fundamentais do cidadão, causa ao sistema prisional alterações significativas quanto à superlotação. Diante do prejuízo ao condenado da manutenção em regime prisional diverso do determinado em lei, esse tema foi escolhido com o propósito de solucionar esse problema, apresentando de maneira clara e fundamentada em leis, principalmente na Súmula Vinculante nº56 do STF, que sua aplicabilidade é medida que se impõe. Sendo assim, serão anexados a este trabalho, dados retirados do Departamento Penitenciário Nacional a fim de evidenciar a gravidade da violação às normas supramencionadas, atribuindo maior preferência aos estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo.

Palavras-Chave: Penitenciária. Súmula. Gravidade. Prisão. Semiaberto.

ABSTRACT: The Boundary Precedent 56 of the Federal Supreme Court based on directives based on RE 641,320, aims to guarantee the sentenced person the correct penal execution, as a way to reduce prisons in a more burdensome prison system, in order to avoid violation of constitutional principles. The present research seeks to point out as an effective method of preventing unnecessary and irregular imprisonment in face of the nature of the sentence applied to the concrete case, since the inclusion of the victim in an opposite prison regime, in addition to violating the principles of the individualization of punishment and

legality guaranteed by the Federal Constitution as fundamental rights of the citizen, causes the prison system significant changes in terms of overcrowding. Faced with the prejudice to the prisoner of prison maintenance other than that determined by law, this topic was chosen with the purpose of solving this problem, presenting in a clear and grounded manner in laws, especially in Binding Summary 56 of the STF, that its applicability is measured which is imposed. Accordingly, data from the National Penitentiary Department will be annexed to this work, in order to highlight the seriousness of the violation of the aforementioned norms, giving greater preference to the states of Rio de Janeiro, Minas Gerais and São Paulo.

Keywords: Penitentiary. Summary. Gravity. Prison. Semi open.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Regimes de Cumprimento de Pena Privativa de Liberdade no Brasil; 1.1 Regime Fechado; 1.2 Regime Semiaberto; 1.3 Regime Aberto; 2. Manutenção do Condenado em Regime Prisional Diverso; 2.1 Súmula Vinculante nº 56; 2.1.1 Saída Antecipada; 2.1.2. Liberdade Eletrônica Monitorada; 3. Posicionamento dos Tribunais; 4. Violação a Princípios Constitucionais; 4.1 Princípio da Individualização da Pena; 4.2. Princípio da Legalidade; 4.3. Constrangimento Ilegal; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro possui um índice muito grande de superlotação e que a manutenção do condenado em regime prisional diverso e mais gravoso do determinado em sentença condenatória seria prejudicial e aumentaria o número de aprisionamentos.

Através de estudos, medidas podem ser adotadas com a finalidade de evitar o encarceramento e diminuir o índice de prisões, uma vez que há a possibilidade com base no RE n. 641.320, de penas alternativas à prisão, como monitoramento eletrônico e prisão domiciliar a depender do caso.

O encarceramento em massa que assola o sistema prisional brasileiro deve ser exposto para apresentar as precariedades das prisões irregulares quanto ao regime legalmente atribuído ao caso em concreto, sendo uma forma de atentar o Poder Judiciário para as ilegalidades que estão sendo realizadas no que tange a execução da pena pelo condenado, justificando a escolha por esse tema, uma vez que a violação não é apenas à norma legal prevista em Súmula Vinculante do STF,

mas à norma constitucional, violando preceitos de direito fundamental do ser humano como a individualização da pena e da legalidade, onde a execução penal se tornou instrumento de livre convencimento do magistrado, deixando este de observar o previsto em lei.

Gerar na sociedade, principalmente entre os operadores do direito o desejo de justiça, não vilipendiando a dignidade daqueles que se encontram encarcerados é medida a ser alcançada através da aplicação correta dos institutos penais, mantendo intacto e sem qualquer violação os dispostos na Constituição Federal no que se refere aos princípios da legalidade e individualização da pena, oportunizando àqueles que cometeram delitos com penas passíveis de progressões ou penas alternativas, usufruir desses benefícios determinados pela Lei de Execuções Penais.

Além do mais, com a correta aplicação das disposições legais vigentes acerca do assunto ora debatido, visando prevenir o constrangimento ilegal praticado pelo Estado em face do condenado, uma vez que manter o acusado custodiado em regime prisional diverso do determinado por lei, seria imoral às nuances da dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, o doutrinador Márcio André Lopes Cavalcante, disserta:

Vale ressaltar que não é possível "relativizar" esse direito do condenado com base em argumentos ligados à manutenção da segurança pública. A proteção à integridade da pessoa e ao seu patrimônio contra agressões injustas está na raiz da própria ideia de Estado Constitucional. A execução de penas corporais em nome da segurança pública só se justifica se for feita com observância da estrita legalidade. Permitir que o Estado execute a pena de forma excessiva é negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados (art. 1º, III, da CF/88). Por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito (art. 5º, XLIX, da CF/88). [2]

Ainda, no ano de 2016, a até então ministra Carmen Lúcia, durante palestra ministrada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, dissertando sobre o tema prisões no Brasil, apresentou a seguinte frase: "Todo ser humano é maior do que

o seu erro.”, de grande repercussão, assegurando ainda que o condenado não deixa de perder sua dignidade ao se submeter ao cumprimento da pena.

Não é de hoje que se observa grande carência de unidades prisionais destinadas a presos em regime semiaberto no Brasil, ocorre que com essa insuficiência, os condenados que arcam com essa inércia do Estado.

Por fim, há necessidade da aplicação de medidas alternativas ao aprisionamento daquele que esteja vinculado ao regime semiaberto, como forma de não só aplicar a lei, mas de beneficiar àquele que esteja cumprindo pena, garantindo assim, que sua dignidade não seja violada.

1. REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO

BRASIL

Durante a Idade Média nos mosteiros, as penas de prisão eram impostas aos monges e clérigos quando estes se tornavam faltosos perante Deus. O doutrinador Manoel Pedro Pimentel dissertou acerca do assunto em um de seus livros:

Como punição impostas aos monges e clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus.^[3]

No Brasil, para se determinar o regime prisional ao qual o condenado deverá cumprir a pena, devem-se levar em consideração diversos fatores, conforme lição de Rui Stoco: *“o legislador estabeleceu a quantidade da pena como principal critério orientador do regime prisional”*.^[4]

Nos termos do artigo 32 do Código Penal, as penas se dividem em:

Art. 32 - As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

Nos moldes do que dispõe o artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal: *“Inc. XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: Privação ou restrição de liberdade”;*

Ainda, *“Inc. XLVIII- a pena será cumprida em estabelecimento distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”*.

A Lei de Execução Penal nº 7.210/84, dispõe sobre a execução das penas privativas de liberdade, sendo:

Art. 105- Transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Ainda,

Art. 110- o Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

O artigo 33 do qual a Lei de Execução Penal faz referência acima, determina qual regime prisional o condenado cumprirá de acordo com a pena aplicada na sentença penal condenatória.

Ressalta-se por oportuno, que o juiz ao aplicar a pena ao condenado deverá observar diversos critérios, objetivos e subjetivos para a somatória da pena, sendo aqueles previstos no artigo 59 do Código Penal (33, §3º CP), baseando-se na culpabilidade, nos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

As penas se distinguem em reclusão e detenção. A primeira diz respeito àquelas que deverão ser cumpridas em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já as penas de detenção em regime semiaberto e aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado.

Vale lembrar o disposto na Lei 8.072/90, no que tange a manutenção do condenado a crimes hediondos ou equiparados em regime *integralmente fechado*, conforme redação do artigo 2º, §1ª:

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

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

Ocorre que em julgamento do HC 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, de que foi relator o Min. Marco Aurélio, O Plenário declarou inconstitucional o referido inciso, por violação ao princípio da individualização da pena previsto na Constituição Federal, sendo que posteriormente foi editada nova redação ao referido inciso com a expressão "*inicialmente fechado*".

Além do mais, ao dar nova redação ao §1º, do artigo 2º da Lei 8072/90, o legislador possibilitou a aplicação da progressão de regimes a sentenciados nessa espécie de crimes.

Com redação dada pela Lei 11.464/07^a progressão para os crimes hediondos e equiparados, tiveram o seguinte teor;

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

A progressão de regime para os demais crimes encontra respaldo junto a Lei de Execução Penal, mais especificamente nos moldes do artigo 112:

Art. 112- A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

E, nos termos do §2º, do artigo 33 do Código Penal: "As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado".

Segundo o dicionário português, progressão significa "*progresso ou avanço; desenvolvimento continuado e progressivo; que tende a progredir*"^[5].

Já, segundo o Conselho Nacional de Justiça, progressão de regime de cumprimento de pena é "*dar a oportunidade ao preso de, gradativamente, voltar a conviver em sociedade*".^[6]

Ou seja, a progressão de regime é um benefício concedido ao condenado para que este passe a cumprir o restante de sua pena em regime mais brando, após o cumprimento de determinados requisitos para sua concessão, requisitos objetivos, como a fração de pena (1/6 ou 2/5, bem como em caso de reincidência por crime hediondo 3/5) e, subjetivos (bom comportamento carcerário relatado pelo Diretor Prisional).

Por outro lado, existe a regressão de regime, ou seja, a volta do preso para regime mais severo por ter cometido alguma falta grave. A regressão encontra respaldo na Lei de Execução Penal nº 7210/84, sendo de competência do juiz de

execução penal aplicar tal penalidade ao condenado, nos moldes do artigo 66, inciso III, alínea "b".

1.1 REGIME FECHADO

Nos moldes do artigo 33, §1, alínea "a" do Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

Ainda nos termos do artigo 33 do Código Penal, mais especificamente no §2, alínea "a":

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

Para a imposição de regime inicial fechado, deve-se levar em consideração a pena aplicada ao caso em concreto, uma vez que durante a aplicação do quantum, o juiz prolator da sentença penal condenatória não poderá, em nenhuma hipótese, considerar a gravidade em abstrato do crime praticado, uma vez que não constitui medida idônea para a imposição de regime prisional mais severo, conforme dispõe a Súmula 718 do STF "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

Ainda, nos termos da Súmula 719 DO STF, para a imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

O STJ, durante a redação da Súmula 440, assegurou que "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

Sendo assim, para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena FECHADO, deve-se ater a critérios superiores à pena, como a real gravidade do delito e do condenado, às circunstâncias judiciais favoráveis, tendo em vista o que dispõe a Súmula 269 do STJ, podendo fixar o regime semiaberto a reincidentes condenados à penas igual ou inferior à 04 (quatro) anos.

O cumprimento do regime fechado dá-se em estabelecimentos prisionais de segurança máxima ou média, por exemplo, as penitenciárias, segundo art. 87: *A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado*^[7].

1.2 REGIME SEMIABERTO

Deve-se cumprir a pena de reclusão em regime semiaberto em colônia agrícola, industrial ou similar, nos moldes do artigo 91 da Lei de Execução Penal, bem como nos termos do artigo 33, §1º, alínea "b" do Código Penal.

Ainda, insta acrescentar, que a pena é crucial para a determinação do regime prisional que deverá ser executado, sendo que para o semiaberto, a pena deverá ser de superior a 04 (quatro) anos e inferior a 08 (oito) anos, segundo o parágrafo §2º, alínea "b" do artigo 33, do Código Penal.

No que tange a realização de exame criminológico no sentenciado que sobrevier condenação no regime semiaberto, a sua obrigatoriedade é inexistente, uma vez que o teor do parágrafo único do artigo 8 da Lei de Execução Penal, emprega a palavra "poderá", tornando assim, facultativa sua consumação.

Durante a execução da pena em regime semiaberto, o condenado poderá frequentar a cursos, bem como a trabalhar, seja no próprio estabelecimento prisional ou em locais externos. Essa possibilidade de desenvolvimento pessoal e profissional do sentenciado ocorre justamente para proporcionar a ele a sensação de estar reingressando à sociedade, assegurando o retorno de sua honra e moral, preenchendo a finalidade dada a ressocialização do egresso.

O Superior Tribunal de Justiça, durante voto no Habeas Corpus nº 92.320^[8], julgado em 11/03/2008, entendeu que é possível a concessão de trabalho externo ao condenado em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de um sexto da pena ou de qualquer outro lapso temporal, após análise criteriosa, pelo Juízo da Execução, das condições pessoais do preso, podendo até mesmo essa concessão do trabalho ser deferida pelo juiz no momento da prolação da sentença penal condenatória.

Além disso, a frequência a cursos profissionalizantes também é concedida àquele que demonstrar condições pessoais.

As saídas temporárias, popularmente conhecidas como “saidinhas” não poderão ser concedidas aos condenados em regime semiaberto sem a manifestação positiva do Representante do Ministério Público, bem como avaliação do Juízo da Execução sobre tal possibilidade, sob pena de indevida delegação do exame do pleito à autoridade penitenciária, caso apenas o Departamento Penitenciário decida sobre a concessão.

Por fim, vale frisar sobre a possibilidade de progressão de regime semiaberto, que já tenho cumprido parte da pena, terá o direito de ser encaminhado ao regime aberto. Sobre o tema, o RHC 2.443 do STJ determinou: *“condenado a regime semiaberto que já cumpriu mais da metade da pena em regime fechado- já tendo, portanto, direito ao aberto- não pode ser mantido em regime fechado, sob o pretexto oficial de que não há vaga no albergue.*

1.3 REGIME ABERTO

Nos termos do artigo 36 do Código Penal, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado nesse regime estará fora do estabelecimento prisional, sem vigilância, podendo trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Segundo a Lei de Execução Penal, mais especificamente no que dispõe o artigo 93, o condenado a esse regime prisional deverá ser recolhido às casas de albergado .

Ocorre que há grande escassez de casas de albergado no Brasil e, diante dessa ausência os condenados são submetidos às prisões domiciliares, uma vez que a inercia do Estado não pode ter por vítima o sentenciado.

Ressalta-se, por oportuno que o regime aberto é pouco interpretado pela sociedade, sendo que é considerada uma forma de impunidade do criminoso, uma vez que este permanece em liberdade durante a execução de sua pena.

Ocorre que com essa preocupação da sociedade, considerando que o regime aberto é uma modalidade de impunidade do condenado, o Poder Judiciário a fim de reverter essa posição, mantém os sentenciados em regime prisional diverso do determinado em sentença penal condenatória, apenas para dar resposta a sociedade de uma falha governamental.

Essa manutenção do condenado em regime diverso do determinado em lei, seria afronta não apenas a dispostos legais e constitucionais, mas também para a

liberdade, dignidade da pessoa do preso e, princípios norteadores de um direito que deveria ser utilizado para assegurar a ressocialização do mesmo.

2. MANUTENÇÃO DO CONDENADO EM REGIME PRISIONAL DIVERSO

O Brasil é o terceiro País com o maior número de pessoas encarceradas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Segundo dados do INFOPEN, atualizados até junho de 2016, a população carcerária brasileira atinge 726.712 mil presos. No que tange a população carcerária por estado da federação, os estados de São Paulo atinge o índice de 240.061, Rio de Janeiro 50.219 e Minas Gerais 68.354 pessoas presas.

No País, ainda segundo dados do INFOPEN, atualizados até 2016, a população prisional quanto aos regimes prisionais atingiram o seguinte índice de 38%, ou seja, 276.151 pessoas condenadas em regime fechado, 15%, equivalente à 109.007 pessoas cumprindo o regime semiaberto, 6% ou 43.603 pessoas no regime aberto, além de 40%, que aguardam condenação, ou seja, 290.685 detidos.

O Estado do Rio de Janeiro possui 93.892 indivíduos em regime fechado, 25.072 em regime semiaberto e 873 em regime aberto. Já, o Estado de Minas Gerais comporta 55.231 pessoas em regime fechado, 17.442 em regime semiaberto e 3.617 cumprindo o regime aberto. E, o Estado de São Paulo atinge o índice de 146.61 pessoas cumprindo pena no regime fechado, 16.352 no regime semiaberto e sem estimativa de pessoas executando pena no regime aberto.

Quanto as prisões relacionadas ao regime semiaberto, o Brasil possui 113 estabelecimentos prisionais para tal finalidade. Sendo que no Estado do Rio de Janeiro possui 8 prisões para tal fim, no Estado de São Paulo 17 e em Minas Gerais 5.

Os 113 estabelecimentos prisionais localizados no Brasil, possui 65.580 vagas segundo informações retiradas do relatório do INFOPEN do ano de 2016, sendo que encontram-se presos no regime semiaberto 111.176 pessoas.^[9]

Além do mais, no Estado do Rio de Janeiro existe um déficit de 5.014 vagas, sendo que os estabelecimentos prisionais possuem 6.748 vagas apenas. Já no Estado de São Paulo o déficit alcança 12.821, comparado ao número de vagas de 23.829. e, em Minas Gerais há 6.764 vagas e um déficit de 4.289.

Evidente a falha do Estado quanto à ausência de vagas em diferentes tipos de regimes prisionais, o que de maneira exagerada aumenta o índice de superlotação violando os princípios basilares da Lei de Execução Penal, quanto à

humanização e ressocialização do preso, colocando em risco a dignidade da pessoa humana.

Existem 45.596 pessoas a mais cumprindo pena no regime semiaberto, sendo que a maioria delas cumprem essa pena em regime prisional diverso do determinado na sentença penal condenatória referente a pena aplicada ao crime cometido.

A falta de vagas no sistema prisional brasileiro quanto ao regime semiaberto está longe de ser solucionado, uma vez que a resistência do Estado em assumir o erro de que existe a necessidade de novas construções de estabelecimentos prisionais em momento algum é colocada em cheque a fim de que se resolva tal pendência.

“A ausência de vagas em estabelecimentos penais constitui omissão do Estado, e que o condenado não pode ter sua pena e regime modificados para pior em razão de tal incúria”, posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal^[10].

A ausência de vagas em estabelecimento adequado evidencia a desídia do Estado-Administrador, e o ônus que daí decorre não pode ser debitado ao condenado, que tem o direito líquido e certo de resgatar sua conta penal conforme o provimento jurisdicional; a pendência deve ser solucionada a seu favor.^[11]

Segundo o Ministro Celso de Mello:

O caso revela o papel lamentável do Estado, que atua como um protagonista do drama penitenciário na medida em que, por omissão, incide em frontal descumprimento de normas legais fundadas na lei de execução penal que impõem às unidades federadas a viabilização de estabelecimentos adequados à execução da pena.

Destaca-se que o objetivo principal da Lei de Execução Penal não está sendo atingido, uma vez que o cumprimento de pena relativo ao regime semiaberto está longe de alcançar a ressocialização do condenado.

2.1 SÚMULA VINCULANTE Nº 56

A Súmula Vinculante nº 56 do STF dispõe:

Súmula Vinculante nº 56: a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/05/2016 (repercussão geral), (Informativo 825).

STF. Plenário. Aprovada em 29/06/2016.

A manutenção do condenado em regime prisional diverso, ou seja, mais gravoso para cumprimento de pena decorrente da ausência de estabelecimento prisional apropriado, constitui garantia para a sociedade, uma vez que o condenado, sujeito passivo da situação vive na vulnerabilidade de seus direitos.

O Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, determina:

Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Ainda, *"a manutenção do condenado em regime mais gravoso seria um excesso de execução, violando o seu direito".*

A proposta dada pelo relator para diminuir os índices de manutenções de presos em regime prisional diverso do determinado em sentença penal condenatória ocorrerá nas hipóteses de aplicar medidas menos prejudiciais, mas capazes de prevenir o crime e suficientes para manter o caráter de rejeição de suas atitudes criminosas.

Para que sejam adotadas essas medidas, deve-se ter a adesão do condenado, se sujeitando às medidas impostas e devidamente fiscalizadas pelo Estado, sob a pena de sofrer regressão de regimes ou manutenção à regime mais gravoso caso descumpra o determinado.

2.1.1 SAÍDA ANTECIPADA

A primeira medida proposta pelo Relator no julgamento do Recurso Extraordinário 641.320, diz respeito às saídas antecipadas daqueles que já estejam cumprindo pena no regime semiaberto, surgindo a possibilidade de antecipar sua saída.

Aos condenados em regime semiaberto deverão ser colocados em liberdade eletronicamente monitorada, já os condenados em regime aberto deverão ter suas penas substituídas por alternativas ou estudo.

Os condenados apenas serão beneficiados com a saída antecipada se preencherem os requisitos objetivos e estiverem mais próximos de cumprirem os requisitos objetivos para sua concessão, sendo assim, não há de se falar em aplicação a todo e qualquer condenado à saída temporária que estiver cumprindo pena em regime diverso do determinado em sentença penal condenatória.

Além do mais, no voto do ministro relativo ao Recurso Extraordinário, surge a possibilidade de criação de Cadastro Nacional de Presos, possibilitando a conferência e seleção dos condenados que poderão fazer jus à saída antecipada.

2.1.2 LIBERDADE ELETRÔNICA MONITORADA

Sabe-se que as únicas previsões legais acerca do tema se encontram na LEP e no artigo 317 do Código de Processo Penal.

O Art. 117 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), restringe a aplicabilidade da liberdade eletrônica à requisitos humanitários, ou seja, quando o condenado necessita de amparo, seja pela idade ou pela saúde e, até mesmo quando é o único responsável por terceiros, menores ou deficientes físicos e/ou mentais.

Existem várias considerações a serem feitas acerca da liberdade eletrônica monitorada, uma delas é sua aplicabilidade isolada, sendo que ao invés de beneficiar o condenado agiria contra os princípios da execução penal, principalmente o da RESSOCIALIZAÇÃO.

Portanto, ao se falar em aplicação do benefício de liberdade monitorada eletronicamente, deve-se aplicar medidas cumulativas, como a oportunidade de o mesmo sair para trabalhar, importante para garantir sua manutenção econômica fora do sistema prisional.

Além disso, a ausência de centrais de monitoramento desses sentenciados que cumprem pena em regime domiciliar é escassa, sendo assim, junto da

apresentação do voto sobre sua aplicabilidade, houve a proposta de estruturação de centrais para acompanhamento de tal medida.

Por fim, com a elaboração de medidas alternativas ao encarceramento pelo Recurso Extraordinário 641.320, pode-se ter o benefício da liberdade monitorada como forma de evitar o aprisionamento de qualquer condenado em regime prisional diverso e mais gravoso do aplicado em sentença condenatória, possibilitando que o mesmo não apenas cumpra sua pena em prisão domiciliar, mas fique eletronicamente monitorado, obrigando-o a trabalhar e, se possível, estudar, recolhendo-se ao seu domicílio em momentos oportunos.

3. POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS

O desembargador Nelson Fonseca em julgamento de um HC no ano de 1991 apresentou seu posicionamento quanto à ausência de vagas no sistema prisional:

A falta de vagas ou inexistência de estabelecimento adequado para cumprimento do regime prisional inicial imposto na sentença não constitui motivo a autorizar o juiz da execução efetuar mudança para regime mais rigoroso, pois a negligência do Poder Executivo em providenciar infraestrutura do sistema penitenciário não pode recair sobre o condenado.^[12]

Em julgamento do HC 73-SP, pelo Ministro José Dantas e, do HC 87.985/SP, julgado em 2007, pelo Ministro Celso de Mello: "na falta de vaga em colônia penal agrícola admite-se excepcionalmente o recolhimento domiciliar, e que a falta de vaga no regime semiaberto justifica que se aguarde vaga no aberto".

Além disso, "o réu condenado em regime prisional semi-aberto não pode cumprir pena em regime fechado"^[13]

Ainda, em 2011, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski decidiu:

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. DESCONTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I – Consignado no título executivo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II – Ante a falta de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto, deve o

recorrente aguardar a abertura da vaga em regime aberto.
III – Ordem concedida[14].

Já o Ministro Marco Aurélio, em julgamento do HC 107810 em 17 de abril de 2012:

Ementa: PENA – EXECUÇÃO – REGIME. Ante a falência do sistema penitenciário a inviabilizar o cumprimento da pena no regime menos gravoso a que tem jus o reeducando, o réu, impõe-se o implemento da denominada prisão domiciliar.[15]

Recentemente:

EMENTA: DIREITO PENAL. RECLAMAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 56 CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE. LIMINAR DEFERIDA. 1. A súmula vinculante 56 teve por objetivo evitar que o condenado cumprisse pena em regime mais gravoso do que o determinado na sentença ou do que o autorizado por lei. 2. A prisão domiciliar é medida adequada a ser adotada pelo Juízo diante da constatação de que o condenado preenche os requisitos para a progressão de regime, mas está impossibilitado de fazê-lo apenas pela falta de estabelecimento adequado.[16]

E,

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.[17]

Verifica-se que não é de hoje a preocupação com a ausência de vagas para cumprimento de pena em regime semiaberto no Brasil. Elencamos decisões e posicionamentos de Ministros em votos de Habeas Corpus desde o ano de 1991 para comprovar a deficiência do Estado em se aparelhar e aplicar corretamente a

execução da pena ao condenado, sem que influencie em sua dignidade, violando princípios morais e constitucionais do cidadão.

4. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Brasil possui uma gama de princípios que devem ser resguardados para a correta evolução e desenvolvimento do ser humano, seja ele cumpridor de suas obrigações ou não, bem como àqueles que se encontram vulneráveis ante a prática de crimes. Ocorre que com a ocorrência de determinados crimes, sejam eles repugnantes ou não, a sociedade junto da mídia passa a enxergar o criminoso como uma figura monstruosa, esquecendo-se de que é ser humano, cidadão detentor de direitos e obrigações.

Com essa nova imagem gerada pela sociedade, o Poder Judiciário influenciado pelo repúdio, aplica penas que muitas das vezes são incoerentes e desproporcionais ao crime cometido, violando assim determinados princípios constitucional e moralmente resguardados.

No caso da manutenção do condenado em regime prisional diverso do determinado em sentença penal condenatória, pode-se observar a violação aos princípios da individualização da pena, legalidade e a ocorrência do constrangimento ilegal que abaixo serão esmiuçados.

4.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A proposta de Súmula Vinculante 57 tem a seguinte redação:

O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução.

A individualização divide-se em três etapas. A primeira diz respeito a individualização legislativa, determinando qual conduta tipifica crime, sua pena deduzido em patamar mínimo e máximo, condizente com a gravidade do delito praticado como já apresentou SILVA, Igor Luis Pereira em **Princípios Penais**, no ano de 2012[18]. Já a segunda etapa, conhecida como judiciária, de acordo com Luisi (1997, p. 37):

[...] tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstos na lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar seu quantitativo entre o

máximo e o mínimo fixado para cada tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução. [19]

E, por fim, a individualização executória, referente ao método punitivo aplicado pelo Juiz da Vara de Execução Criminal. Nogueira (1993, p. 3):

A execução é a mais importante fase do direito punitivo, pois de nada adianta a condenação sem que haja a execução da pena imposta. Daí o objetivo da execução penal, que é justamente tornar exequível ou efetiva a sentença criminal, que impôs ao condenado determinada sanção pelo crime praticado. [20]

O princípio da individualização da pena impede que o condenado cumpra pena em regime prisional mais gravoso, uma vez que nos moldes do que prevê o artigo 33 do Código Penal, são distinguidas a quantidade de pena e o regime prisional equivalente a tal condenação.

Ressalta-se, por oportuno, que o desrespeito a esses artigos não viola apenas o princípio da individualização da pena, mas também à dignidade da pessoa detida, uma vez que o excesso de punição é prejudicial ao objetivo final da execução penal, qual seja a ressocialização.

Além disso, tal princípio possibilita ao condenado que após o cumprimento de determinada fração de pena cumulada com o bom comportamento carcerário relatado pelo Direito Prisional, progredir de regime e/ou lhe seja concedido benefícios, como liberdade condicional, entre outros.

Durante o voto do Recurso Extraordinário 641.320, o Ministro Gilmar Mendes apresentou: *Logo, assiste ao condenado o direito a ser inserido em um regime inicial compatível com o título condenatório e a progredir de regime de acordo com seus méritos.*

Por fim, evidente a violação do princípio da individualização da pena quanto à manutenção do condenado em regime prisional diverso do determinado em lei, uma vez que o condenado, nos termos da legislação vigente possui o direito de usufruir de garantias e benefícios concedidos a ele no decorrer do cumprimento da pena e, com a manutenção do condenado em regime oposto e mais severo daquele legalmente atribuído ao caso, o mesmo deixa de ter sua pena individualizada, mas sim agravada pela inércia do Estado em garantir o regular cumprimento e verificação de um sistema prisional apto a ressocializar.

4.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Durante o voto do Recurso Extraordinário 641.320, o Relator Ministro Gilmar Mendes discorreu: "*A manutenção do condenado em regime mais gravoso seria um excesso de execução, violando o seu direito*".

O princípio da legalidade encontra respaldo na Constituição Federal, mais precisamente nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX: "*não há crime sem lei anterior que defina, nem pena sem prévia cominação legal*", bem como nos moldes do artigo 1º do Código Penal, possuindo o mesmo teor.

A manutenção do condenado em regime prisional diverso do determinado em sentença penal condenatória viola diretamente o princípio da legalidade, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro, prevê em seus artigos referentes às penas, a possibilidade de progressões, regressões, quantidade de pena e regime específico para cumprimento.

Ocorre que com a manutenção do condenado em regime mais gravoso, a legalidade prevista nos artigos acima citados é violada, haja vista a ausência de norma legal possibilitando o encaminhamento do preso à cumprimento de pena em regime mais severo.

4.3 CONSTRANGIMENTO ILEGAL

O constrangimento ilegal possui previsão nos termos do artigo 146 do Código Penal com a seguinte redação: *constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda*.

Ocorre que, no caso em apreço estamos diante de uma coação exercida por parte do Estado, onde o sujeito passivo é o condenado, ou seja, aquele que está cumprindo pena em regime prisional diverso do determinado em sentença penal condenatória.

Sabe-se que o Estado tem o dever de punir, aplicando corretamente o disposto em lei para fazer JUSTIÇA de forma proporcional ao crime cometido, uma vez que a finalidade da punição no âmbito da execução criminal é a ressocialização do preso, não retirando sua dignidade nem infringindo princípios morais e legais garantidos ao mesmo.

Verifica-se que esse Estado que possui o dever de punir de maneira humanizada àquele que cometeu qualquer ato ilícito, é o mesmo que viola

preceitos constitucionais, impellido apenas pelo desejo de punição a fim de dar resposta à sociedade.

Essa matéria é pacífica no âmbito das Cortes Superiores, cujos entendimentos se resumem no seguinte:

Habeas corpus. 2. Ausência de vaga em estabelecimento prisional. Cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o fixado na sentença. Constrangimento ilegal configurado. Superação da Súmula 691. 3. Ordem concedida.[\[21\]](#)

Ainda,

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. PACIENTE PRESO EM REGIME FECHADO, MAS CONDENADO EM REGIME SEMI-ABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. NECESSIDADE DE REMOÇÃO PARA ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL COM O DETERMINADO NO DECISUM. COMARCA QUE NÃO POSSUI CASA DE ALBERGADO. PACIENTE QUE ATÉ SUA REMOÇÃO DEVE CUMPRIR SUA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA.[\[22\]](#)

O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não destoa do Superior Tribunal de Justiça.

Em 1996, durante julgamento de um Habeas Corpus, o relator e juiz Márcio Bártoli expôs:

Constitui constrangimento ilegal o fato de se submeter o condenado a regime prisional mais rigoroso do que o imposto na sentença em virtude da inexistência de vaga no estabelecimento designado para o cumprimento da sanção, pois a negligência do Estado, consistente em não investir na construção dos equipamentos e serviços prisionais necessários, não pode agravar a situação do sentenciado.[\[23\]](#)

Diante do que foi ressaltado acerca do constrangimento ilegal, não há nenhuma legislação que possa contrariar o direito líquido e certo do sentenciado, porque o cumprimento de pena em regime prisional não contido na r. sentença constitui infringência à clausula pétrea da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Ante aos dados apresentados acima, conclui-se que a manutenção do condenado em regime prisional diverso do determinado em sentença penal condenatória, seria uma forma do Estado “culpar” o sentenciado por sua própria inércia, uma vez que a falha do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo em face da situação do sistema prisional brasileiro, não pode ser utilizada para penalizar àquele que está vulnerável a seu poder.

Ainda, vale ressaltar, que o Brasil ocupa a posição do 3º País com a maior população carcerária e, ao encaminhar o condenado a regime mais gravoso daquele baseado em sua pena, seria uma forma de agravar a situação do sistema prisional, sendo que a superlotação já é um problema nacional de grande repercussão e pouca solução.

Consigna-se, por oportuno, que o a superlotação não é único problema que o Estado porta, no caso em apreço podemos citar a infringência do Poder no que tange a violação de normas constitucionais e legais, bem como a princípios relativos à dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que o Código Penal é expresso quando o assunto é PENA, sendo que de forma clara apresenta quais são os regimes, as penas e quantidade, requisitos objetivos e subjetivos para aplicação da mesma, benefícios, possibilidade de progressão, bem como regressão.

Diante de previsão legal expressa referente às penas e diversidade de regimes quanto ao seu quantum, deve-se o Judiciário ater para evitar a violação do princípio da legalidade, uma vez que aplicar o que não encontra expresso em lei, viola diretamente a licitude das leis.

Ademais, determinar o cumprimento de pena em regime diverso daquele condizente ao quantum de pena aplicado ao caso, seria afrontar ao princípio da individualização de pena. Sabe-se que houve declaração de inconstitucionalidade ao regime de cumprimento de pena integralmente no fechado, referente ao crime de tráfico de drogas, uma vez que afrontaria a individualização da pena, sendo que o sentenciado poderia ter a possibilidade, se preenchidos os requisitos, de progredir de regime prisional.

Virar as costas para a Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal seria afrontar a diretamente a Justiça, uma vez que é dotada de legalidade, preservando a dignidade daquele que se encontra cumprindo pena.

Além do mais, requisitos foram apresentados no Recurso Extraordinário 641.320 do Ministro Relator Gilmar Mendes, como medidas alternativas à prisão, devendo estas, serem cumpridas a fim de diminuir o índice de prisões ilegais e descumprimento de preceitos constitucionais e legais.

Sendo assim, o presente artigo visa apresentar as medidas alternativas à prisão em regime prisional diverso, como forma de evitar o encarceramento em massa que assola o sistema prisional brasileiro, mas também como método eficaz de aplicar a lei e garantir àquele que se encontra cumprindo pena o básico para sua ressocialização, preservando a dignidade, a moral e a integridade psíquica e física do sentenciado.

Por fim, busca-se com o estudo atentar o Poder Judiciário para a correta aplicação da lei, utilizando-se da Súmula Vinculante 56 do STF como forma de garantir ao sentenciado o regime prisional proporcional e condizente ao crime praticado, deixando de agir por mera resposta à sociedade e ante a inércia na construção e manutenção de um sistema prisional indigno de ressocializar.

REFERÊNCIAS

- Artigo Jurídico. **STF concede prisão domiciliar por falta de estabelecimento penal adequado para o cumprimento da pena.** Disponível em: <https://artigojuridico.com.br/2017/05/09/stf-concede-prisao-domiciliar-por-falta-de-estabelecimento-penal-adequado-para-o-cumprimento-da-pena/> . Acesso em: 15 de nov. 2018.

- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

-BRASIL. **Código Penal.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm . Acesso em 15 de nov. 2018.

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15 de nov. 2018.

-BRASIL. **Rcl 24840 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO**, julgado em 10/08/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 12/08/2016 PUBLIC 15/08/2016.

- BRASIL. **RE 641320**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Acesso em: 15 de nov. 2018.

- BRASIL. **STF, HC 87985/SP, 2ªT., rel. Min. Celso de Mello**, j. 20-3-2007, m.v., *Informativo do STF* n. 460.

- BRASIL. **STF - HC: 107810 PR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO**, Data de Julgamento: 17/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-085 DIVULG 02-05-2012 PUBLIC 03-05-2012.

- BRASIL- **STF - HC: 109244 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI**, Data de Julgamento: 22/11/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011.

-BRASIL. **STF - HC: 110892 MG, Relator: Min. GILMAR MENDES**, Data de Julgamento: 20/03/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-097 DIVULG 17-05-2012 PUBLIC 18-05-2012.

- BRASIL. **STJ, HC 4.505-SP, 6ª T., rel. Min. Adhemar Maciel**, j. em 11-6-1996, v.u., DJU 5-8-1996, p.26418.

- BRASIL. **Súmula Vinculante nº 56**. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em 20 de out. de 2016. Acesso em: 15 de nov. 2018.

- BRASIL. **TACrimSO, Ap. 1.083.985/9**, 13ªCâm., rel. Juiz Rui Stoco, j. em 17-2-1998, v.u.

-BRASIL. **TACrimSP, HC 256.032/0**, 10ª Câ., rel. Juiz Márcio Bártoli, j. em 8-5-1996.

-BRASIL. **Tese definida no RE 580.252, rel. min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P, j. 16-2-2017, DJE 204 de 11-9-2017, Tema 365.**

- BRASIL. **TJSP, Ag. 101.138/3**, 1ª CCrim. de Férias, rel. Des. Néilson Fonseca, j. em 30-1-1991, v.u., RT 672/312.

-BRASIL. **TJ-PR - HC: 3017992 PR 0301799-2, Relator: Luiz Osorio Moraes Panza**, Data de Julgamento: 21/07/2005, 5ª Câmara Criminal

- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmula Vinculante nº 56 Comentada. **Direito Processual penal - Execução Penal - Falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto e cumprimento da pena**, out. 2016. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2016/08/sumula-vinculante-56-comentada.html>>. Acesso em: 15 de nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- **O que é progressão de regime de cumprimento de pena?** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62390-o-que-e-progressao-de-regime-de-cumprimento-> Acesso em: 24 de dez. 2018.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS- **Significado de Progressão**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/progressao/> . Acesso em: 24 de dez. 2018.

- DIZER O DIREITO: Súmula Vinculante nº 56 Comentada. **Falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto e cumprimento da pena**, out. 2016. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2016/08/sumula-vinculante-56-comentada.html>>. Acesso em: 15 de nov. 2018.

- **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS- ATUALIZAÇÃO DE JUNHO DE 2016**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf . Acesso em: 15 de nov. 2018.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MARCÃO, Renato. **CURSO DE EXECUÇÃO PENAL**. Ed. Saraiva, 7ª Edição, 2009. p.132.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994

-NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal - Parte Geral : Parte Especial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- PIMENTEL, Manoel Pedro. Ob. cit. P. 134. V. ainda, PIMENTEL, Manoel Pedro, **Sistemas penitenciários**, T 639/265-274.

Relatório INFOPEN, jun/2016- **QUANTIDADE DE VAGAS E PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE POR TIPO DE REGIME OU NATUREZA DA PRISÃO**. p.23. Disponível em: Acesso em 26 de dez. 2018.

-SILVA, Igor Luis Pereira e. **PRINCÍPIOS PENAIS**. Salvador: Jus Podium, 2012.

NOTAS:

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

[2] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmula Vinculante nº 56 Comentada. Direito Processual penal - Execução Penal - Falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto e cumprimento da pena, out. 2016. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/08/sumula-vinculante-56-comentada.html>>. Acesso em: 24 de dez. 2018.

[3] PIMENTEL, Manoel Pedro. Ob. cit. P. 134. V. ainda, PIMENTEL, Manoel Pedro, **Sistemas penitenciários**, T 639/265-274.

[4] TACrimSO, Ap. 1.083.985/9, 13ªCâm., rel. Juiz Rui Stoco, j. em 17-2-1998, v.u.

[5] DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS- Significado de Progressão. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/progressao/> . Acesso em: 24 de dez. 2018.

[6] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- O que é progressão de regime de cumprimento de pena? Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62390-o-que-e-progressao-de-regime-de-cumprimento-> Acesso em: 24 de dez. 2018.

[7] Art. 87 da LEP.

[8] DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 9ª Ed.2016. Ed. Saraiva. p.208.

[9] Relatório INFOPEN, jun/2016- QUANTIDADE DE VAGAS E PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE POR TIPO DE REGIME OU NATUREZA DA PRISÃO. p.23. Disponível em: Acesso em 26 de dez. 2018.

[10] STF, HC 87985/SP, 2ªT., rel. Min. Celso de Mello, j. 20-3-2007, m.v., *Informativo do STF* n. 460.

[11] MARCÃO, Renato. CURSO DE EXECUÇÃO PENAL. Ed. Saraiva, 7ª Edição, 2009. p.132.

[12] TJSP, Ag. 101.138/3, 1ª CCrim. de Férias, rel. Des. Néelson Fonseca, j. em 30-1-1991, v.u., RT 672/312.

[13] STJ, HC 4.505-SP, 6ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 11-6-1996, v.u., DJU 5-8-1996, p.26418.

[14] STF - HC: 109244 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 22/11/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011.

[15] STF - HC: 107810 PR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-085 DIVULG 02-05-2012 PUBLIC 03-05-2012.

[16] Rcl 24840 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 10/08/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 12/08/2016 PUBLIC 15/08/2016.

[17] *Tese definida no **RE 580.252**, rel. min. **Teori Zavascki**, red. p/ o ac. min. **Gilmar Mendes**, P, j. 16-2-2017, DJE 204 de 11-9-2017, **Tema 365**.*

[18] SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podium, 2012.

[19] LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991.

[20] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à Lei de Execução Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

[21] STF - HC: 110892 MG, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-097 DIVULG 17-05-2012 PUBLIC 18-05-2012.

[22] TJ-PR - HC: 3017992 PR 0301799-2, Relator: Luiz Osorio Moraes Panza, Data de Julgamento: 21/07/2005, 5ª Câmara Criminal

[23] TACrimSP, HC 256.032/0,,m10ª Câ., rel. Juiz Márcio Bártoli, j. em 8-5-1996.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE SETENTA ANOS

LUCIANO GARCIA SANTOS: Advogado. Servidor Público Federal. Especialista em Direito Público pela UNYLEYA. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Planalto do Distrito Federal (UNIPLAN)

CONCEIÇÃO REJANE MIRANDA DA CRUZ

(Orientadora)

RESUMO: O atual ordenamento jurídico brasileiro modificou o conceito de família, onde se entende que este está intimamente ligado ao de afeição. Diante disso, a autonomia privada para contrair e desfazer matrimônio restou muito mais fácil que nos últimos anos. Ocorre que apesar de o conceito de família e casamento tenha evoluído, ainda há discriminação quando os idosos pretendem contrair matrimônio e formar uma íntima relação afetiva. Dentre os vários desrespeitos com seus direitos, se encontra a obrigatoriedade destes contraírem casamento com o regime de separação de bens, quando um dos nubentes contarem com idade igual ou superior a setenta anos. Diante disto indaga-se: é constitucional o regime de separação obrigatório de bens para pessoas maiores de setenta anos? Este estudo foi concebido para proporcionar ao leitor um entendimento em relação ao regime de separação legal de bens, mencionando para tanto, conceitos e teorias de vários juristas com a finalidade de demonstrar que este regime de bens não guarda relação com o atual ordenamento jurídico constitucional.

Palavras Chaves: Casamento. Dignidade da Pessoa Humana. Idosos. Inconstitucionalidade. Regime de Separação Obrigatório de bens.

ABSTRACT: The current Brazilian legal system has modified the concept of family, where it is understood that it is closely linked to that of affection. Faced with this, private autonomy to contract and undo marriage has remained much easier than in recent years. It happens that although the concept of family and marriage has evolved, there is still discrimination when the elderly intend to contract marriage and form an intimate affective relationship. Among the various disrespections with

their rights, it is the obligation of these to contract marriage with the separation of property regime, when one of the spouses have an age equal or superior to seventy years. In view of this, we ask ourselves: is the regime of compulsory separation of assets for persons over seventy years old constitutional? This study was designed to provide the reader with an understanding of the legal separation of property system, mentioning the concepts and theories of several jurists for the purpose of demonstrating that this property regime is not related to the current constitutional legal order.

Keywords: Marriage. Dignity of human person. Seniors. Unconstitutionality. Compulsory Separation of Goods.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DOS DIREITOS DOS IDOSOS. 1.1. DO DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1.2. DO DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO. 1.3. DO DIREITO À LIBERDADE. 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1. CONCEITO JURÍDICO DE CASAMENTO. 2.2. DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO. 2.3. CAUSAS SUSPENSIVAS E IMPEDITIVAS. 3. DOS REGIMES DE BENS PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL. 3.1. CONCEITO E PRINCÍPIOS NORTEADORES SOBRE REGIME DE BENS. 3.2. DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. 3.3. DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. 3.4. DO REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUÊSTOS. 3.5. DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. 4. DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA OU LEGAL DE BENS. 4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 4.2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS PARA IDOSOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a questão da inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para maiores de setenta anos, com enfoque principal na problemática jurídica de o dispositivo previsto no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil ferir o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo desta forma inconstitucional.

Este estudo não pretende trazer conceitos novos, e nem o poderia, pois este tema é recorrente, seja na jurisprudência, seja na doutrina, seja em trabalhos

científicos, seja no próprio Legislativo. Destarte a preocupação deste assunto se justifica como forma de contribuição ao estudo do Direito, e também para demonstrar que a imposição do regime de separação de bens para pessoas idosas vai de encontro à Magna Carta da República.

Antes de abordar efetivamente do tema proposto pelo trabalho, tratou-se inicialmente de evidenciar os direitos inerentes aos idosos no atual ordenamento jurídico, dentre os quais se destacam o direito à dignidade da pessoa humana, à não discriminação e à liberdade.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, inerente a todo o ser humano, onde a Constituição Federal cuidou de tratar logo em seu primeiro artigo, demonstrando sua importância para o Legislador Constitucional. Da mesma forma o direito à não discriminação está inserido na Magna Carta da República, onde decorre o princípio da isonomia. Quanto à liberdade, este direito vai muito além da liberdade de ir e vir, contando com uma liberdade de pensamento e de autonomia. Todos estes direitos estão inseridos no Estatuto do Idoso, o qual inovou a ordem jurídica ao tratá-los como sujeitos vulneráveis.

Vencido esta parte inicial, onde o leitor terá uma noção maior dos direitos inerentes aos idosos e os efeitos práticos destes, o estudou buscou conceituar de forma sucinta o que é casamento e os regimes de bens.

Casamento é uma relação íntima de afeto regulado por um negócio jurídico solene, onde às partes têm autonomia de vontade, em regra, para regular dentre outras, o regime de bens que será utilizado pelos nubentes.

Verificado a capacidade para casamento e não havendo nenhuma causa suspensiva ou impeditiva matrimonial, os nubentes terão que escolher o regime de bens que irá regular a união, onde o Código Civil de 2002 previu serem basicamente quatro hipóteses, quais sejam: o regime de comunhão parcial de bens; o regime de comunhão universal de bens; o regime de participação final nos aquestos; e o regime de separação de bens.

O último capítulo deste trabalho reserva-se ao estudo do regime de separação obrigatório de bens, onde conforme irá se verificar, o Código Civil

tratou de três hipóteses, dentre estas pelo fato de um dos nubentes ser maior de setenta anos.

A norma que obriga os idosos a se casarem com um regime diferente do que estes possam querer é uma clara ofensa à dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia da vontade. O legislador infraconstitucional a justifica informando ser uma norma protetiva, o que é um absurdo, uma vez que isto acaba por gerar uma discriminação injustificada.

Para demonstrar a inconstitucionalidade do dispositivo, o presente estudo utilizou-se do método exploratório, onde se faz uso de pesquisas científicas sobre o assunto, tais como, Legislações, Doutrinas, Jurisprudências, Artigos Jurídicos, Informativos Eletrônicos, Projetos de Leis, dentre outros.

1. DOS DIREITOS DOS IDOSOS

1.1. DO DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um direito inerente a todos indistintamente, previsto na Constituição Federal, logo em seu artigo 1

º, inciso III, onde informa ser um fundamento da República Federativa do Brasil:

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Inicialmente, é importante frisar que não há um conceito jurídico pacífico sobre o tema, existindo diversas concepções doutrinárias. E não podia ser de outro modo, uma vez que a dignidade da pessoa humana é um direito conquistado através da história, o qual abrange princípios e garantias de vários

ramos dos direito, tendo vários significados e concepções através do tempo e da esfera jurídica estudada.

Em que pese tais afirmações, ainda sim é possível traçar características inerentes à dignidade humana, onde SILVA^[1] elucida serem basicamente, as seguintes:

(1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

(2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

(3) *Imprescritibilidade*. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;

(4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.

Ao conceituar a dignidade humana TARTUCE[2] é categórico ao afirmar que:

Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como sendo “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana” (A eficácia..., 2005, p. 124). A partir desse conceito, entendemos que a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa, na sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca. Em suma, a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade.

Como é possível verificar, a dignidade da pessoa humana, trata-se em realidade de um princípio fundamental que traz obrigações negativas e positivas para o Estado, conforme bem analisado por DIAS[3], onde informa que:

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741 de 2003), ao tratar sobre os direitos inerentes aos idosos, positiva de forma exemplar entre o rol exemplificativo do artigo 10, o direito à dignidade da pessoa humana, informando ser obrigação do Estado e dever de todos, assegurar tal direito:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

[...]

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Além disto, o Estatuto do idoso em seu artigo 2º informa que todo idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo assegurado em lei o exercício deste direito.

Diante disto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é o núcleo constitucional do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, sendo desta forma um limite ao poder do Estado, além de também obrigá-lo de garantir o exercício de tal direito fundamental, sendo um princípio utilizado nos vários ramos do direito, como o Direito de Família e o Direito dos Idosos, objeto do presente trabalho.

1.2. DO DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO

A Constituição Federal em seu art. 3º, inciso IV, informa que um dos objetivos da República é promover o bem de todos sem distinção de idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Este direito decorre do princípio da igualdade, previsto no o artigo 5º da Magna Carta, o qual informa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O Estatuto do disciplinando tal direito, informa em seu artigo 4º que:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão,

e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

A legislação vai além, tipificando qualquer forma de discriminação aos idosos em razão da idade, conforme preceitua o artigo 96 da Lei n. 10.741 de 2003:

Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade:

Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

O direito gera uma obrigação de todos em não discriminar o idoso simplesmente pela idade, negando-lhe o exercício regular de um direito. Decorre deste princípio, o da igualdade e o da isonomia, onde informa que se devem tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade.

Desta forma, é possível verificar que, apesar de haver limitações físicas por conta de uma idade avançada, o Estado não deve, apenas por estas limitações, discriminar os idosos, pois estes são capazes de direitos e deveres.

1.3. DO DIREITO À LIBERDADE

O direito à liberdade, também instituído na Magna Carta da República, vai muito além do direito de ir e vir da pessoa humana, estando intimamente ligado ao próprio princípio da igualdade constitucional, este regula a liberdade como pessoa humana.

DIAS^[4], ao tratar sobre o direito à liberdade informa que:

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual.

Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.

O Estatuto do Idoso também deu especial atenção a esse direito, regulando no §1º, do artigo 10, que:

[...]

§1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

Desta forma o direito à liberdade da pessoa idosa, visa garantir isonomia em relação a todos, estando este relacionado com o princípio da não discriminação supramencionado.

Posteriormente será verificado em capítulo próprio que, justamente pelo fato de todos os idosos terem garantidos os direitos à dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da liberdade que o regime de separação obrigatória de bens à maiores de setenta anos se mostra contrário a ordem constitucional vigente.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. CONCEITO JURÍDICO DE CASAMENTO

Inicialmente é importante mencionar que, traçar um conceito sobre casamento é algo extremamente controverso, uma vez que não há conceito legal sobre o tema, deixando a cargo da doutrina tal incumbência, onde não raro há divergências.

O Código Civil ao regular o Direito de Família, inicia-se tratando do Casamento, o qual apesar de ter disciplinado mais de cem artigos, ainda assim não trouxe um conceito normativo sobre o tema^[5]. DIAS, ao tratar sobre o assunto informa que o conceito de família trazido pela Lei Maria da Penha em seu artigo 5º, III, “relação íntima de afeto”, é o que melhor se adequaria a situação.

O conceito trazido por DIAS demonstra a evolução da definição de família e casamento enfrentado pelo Brasil nos últimos anos, onde os Doutrinadores Contemporâneos não mais inserem em seus conceitos a distinção de gênero.

TARTUCE^[6] compactua deste novo conceito de casamento, onde informa que:

Nota-se que, pela conceituação clássica, seguida em edições anteriores desta obra, o casamento exigiria diversidade de sexos. Todavia, desde 2011, com a decisão do STF sobre união homoafetiva, reconhece-se, no Brasil, o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou casamento homoafetivo. Nessa linha, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, ao final daquele mesmo ano, conforme acórdão assim publicado no seu Informativo n. 486:

Ademais quanto à natureza jurídica do casamento, existem três teorias que tentam justificá-las, onde TARTUCE^[7] informa serem:

a) Teoria institucionalista: para essa corrente, o casamento é uma instituição social. Essa concepção é defendida por Maria Helena Diniz, pois a ideia de matrimônio é oposta à de contrato (Curso..., 2005, p. 44). Haveria aqui uma forte carga moral e religiosa, que vem sendo superada pela doutrina e pela jurisprudência.

b) Teoria contratualista: o casamento constitui um contrato de natureza especial, e com regras próprias de formação. Parece(n)os que a essa corrente está filiado Silvio Rodrigues, que assim define o instituto: "Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem a mútua assistência" (Direito civil..., 2002, p. 19). É pertinente apontar que essa corrente é adotada pelo Código Civil português, que em seu art. 1.577.º traz a seguinte previsão: "Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".

c) Teoria mista ou eclética: segundo essa corrente, o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação, corrente esta que é defendida por Eduardo de Oliveira Leite (Direito civil..., 2005, p. 50), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Direito..., 2008, p. 10-11), Roberto Senise Lisboa (Manual..., 2004, v. 5, p. 82), Flávio Augusto Monteiro de Barros (Manual..., 2005, p. 25), entre outros autores.

Pela teoria mista, o casamento é observado como um negócio jurídico especial, regulado pelo direito de família, onde em sua formalização é um contrato especial e no conteúdo uma instituição.

Destarte, o casamento pode ser considerado uma relação íntima de afeto formalizado através de contrato especial do direito de família, o qual visa

instituir uma sociedade conjugal entre os nubentes e regular a disposição patrimonial perante terceiros.

2.2. DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

A capacidade para o casamento não se confunde com a capacidade civil plena, onde esta se inicia, em regra, com a maioridade civil aos dezoito anos, ao passo que aquela se inicia com a idade núbil, onde segundo o Código Civil, em seu artigo 1.517, é atingida, para o homem ou mulher, aos dezesseis anos.

É possível verificar que o atual Código Civil deu primazia à igualdade dos nubentes ao prever idade comum de dezesseis anos ao homem e à mulher para habilitação para o casamento, necessitando apenas, neste caso, de autorização, mediante instrumento público, dos pais ou de seus representantes legais, a não ser que já se encontrem emancipados.

É importante destacar que o regime de bens para os menores de 18 anos que necessitarem de suprimento judicial para o casamento, no caso, por exemplo, de um dos genitores não concordar com a união, será o da separação obrigatória de bens, conforme preceitua o artigo 1.641, inciso III. DIAS^[8], informa que tal imposição é totalmente desarrazoada:

Dos 16 até os 18 anos as pessoas são relativamente incapazes (CC 4.º) e precisam ser assistidas para os atos da vida civil. Até completarem a maioridade civil, é necessária autorização dos pais para casar (CC 1.634 III). Como é indispensável a concordância de ambos os genitores, se u m não anuir, é possível o suprimento judicial do consentimento (CC 1.517 parágrafo único, 1.519 e 1.631 parágrafo único).

Celebrado o casamento mediante autorização judicial, de modo absolutamente desarrazoado impõe a lei o regime da separação legal de bens (CC 1.641 III). Ora, se houve o suprimento do consentimento, é porque a negativa de autorização foi reconhecida como injustificável. Assim, não cabe penalizar os noivos pela resistência indevida de seus representantes.

Apesar de o código expressamente informar que a idade núbil para o casamento se dará aos 16 anos, existe uma exceção, prevista no artigo 1.520, o qual ainda muito se discute, o qual prescreve:

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Inicialmente, é importante destacar que o artigo em questão guarda bastante divergência na Doutrina, na Jurisprudência e no Legislativo.

Alguns doutrinadores, a exemplo de DIAS[9] e TARTUCE[10], vêm deliberando que após o advento da Lei Maria da Penha, que revogou as causas extintivas de punibilidade pelo casamento, e da Lei n. 12.015 de 2009, que criou o tipo penal do Estupro de Vulnerável, tal exceção do Código Civil estaria parcialmente revogado. Outros autores, a exemplo de FILHO e GAGLIANO[11], defende que o dispositivo deve ser observado de forma cuidadosa, pois “especificidades do caso concreto poderão determinar solução diversa”.

Outra novidade importante sobre a capacidade para o casamento é que, com o advento do Estatuto das pessoas com deficiência, a deficiência não mais afetará a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para o casamento e a união estável (art. 6º, inciso I, da Lei n. 13.146 de 2015).

Ademais, após completar a maioridade civil, não havendo causas impeditivas ou suspensivas, não há óbices para a habilitação do matrimônio, desta forma, é possível verificar que os maiores de setenta anos possuem plena capacidade civil e para o casamento, uma vez que o Código Civil não faz tal ressalva.

2.3. CAUSAS SUSPENSIVAS E IMPEDITIVAS

O Código Civil de 2002 tratou em seu artigo 1.521 e 1.523 das causas impeditivas e suspensivas matrimoniais, respectivamente.

Os impedimentos são tidos como causas de maior gravidade, ou seja, de ordem pública, onde tem suas hipóteses são taxativamente dispostas no artigo 1.521 do Código Civil, que informa:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Conforme preceitua o artigo 1.548, inciso II, do Código Civil, as hipóteses apontadas são causas de nulidade absoluta do casamento.

Quanto aos motivos de suspensão do casamento, estes estão previsto no artigo 1.523, onde elencam as seguintes causas:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Estas são causas de menor gravidade, onde são geralmente elencadas para que não haja confusão patrimonial após a celebração, sendo clara hipótese de ordem privada^[12].

Pelo claro interesse particular inerente às causas suspensivas, estas somente poderão ser opostas pelos parentes em linha reta e colateral até o 2º grau, não podendo ser oposto de ofício.

3. DOS REGIMES DE BENS PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL

3.1. CONCEITO E PRINCÍPIOS NORTEADORES SOBRE REGIME DE BENS

O casamento, por se tratar de um contrato especial do Direito de Família, traz diversos efeitos de cunho pessoal e afetivo, como as relações de parentesco, o poder familiar, os deveres de alimentos, dentre outros. Entretanto, também gera efeitos de cunho patrimonial e econômicos entre os cônjuges, relacionando-se, dentre outros, o regime de bens.

Desta forma, para o estudo proposto por este trabalho, faz-se importante conceituar o instituto do regime de bens, onde segundo GONÇAVELS[13]:

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

STOLZE[14] afirma que “por regime de bens, entenda-se o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, o estatuto patrimonial do casamento.”.

Diante disto, verificamos que o regime de bens são normas patrimoniais, escolhidas, em regra, previamente pelos cônjuges, que visam regular a administração, disponibilização e sucessão do patrimônio do casal.

DIAS[15], ao comentar sobre o assunto, informa que:

O regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento. Ou seja, não existe casamento sem regime de bens. É indispensável alguma espécie de regramento de ordem patrimonial.

Também se pode dizer indispensável o regime de bens para a própria união estável e outras formas de uniões, vistas anteriormente.

Destarte, é possível extrair deste conceito alguns princípios inerentes ao regime de bens, onde, segundo TARTUCE[16], estes são os principais:

a) Princípio da autonomia privada. Trata-se do direito dos cônjuges de regulamentar as questões patrimoniais, retirado do art. 1.639, caput, do CC, in verbis: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. O exercício da autonomia privada se dá pelo

pacto antenupcial, em regra, que não pode contrariar os preceitos de ordem pública. Sendo assim, podem os cônjuges escolher outro regime que não seja o regime legal (comunhão parcial de bens)? fazendo opção pela comunhão universal, pela participação final nos aquestos ou pela separação de bens. É possível, ainda, a criação de um regime misto, combinando as regras dos regimes previstos em lei. Nesse sentido, o Enunciado n. 331 do CJP/STJ, da IV Jornada de Direito Civil: "O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial". Destaque-se que o regime misto tem sido a opção de muitos casais na atualidade, principalmente compostos por profissionais liberais que efetivamente trabalham fora de casa, e que pretendem afastar uma indesejada comunhão de todos os bens havidos durante a união. Ilustrando, é possível convencionar uma comunhão parcial de bens em relação a imóveis e uma separação de bens quanto aos móveis (caso do dinheiro). Em acréscimo a tal convenção, é possível acertar que somente haverá comunicação de valores que forem depositados em determinada conta bancária conjunta do casal.

b) Princípio da indivisibilidade do regime de bens. Apesar de ser possível juridicamente a criação de outros regimes que não estejam previstos em lei, não é lícito fracionar os regimes em relação aos cônjuges. Em outras palavras, o regime é único para ambos os consortes, diante da isonomia constitucional entre marido e mulher.

c) Princípio da variedade de regime de bens. O CC/2002 consagra quatro possibilidades de regimes

de bens aos nubentes. No silêncio das partes, prevalecerá o regime da comunhão parcial, que é o regime legal ou supletório (art. 1.640, caput, do CC). O regime de bens adotado começa a vigorar desde a data do casamento (art. 1.639, § 1.º, do CC).

d) **Princípio da mutabilidade justificada.** Ao contrário da codificação anterior, o art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, possibilita a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os nubentes, apurada a procedência das razões invocadas e desde que ressalvados os direitos de terceiros.

O princípio da autonomia privada, conforme exposto pelo doutrinador, trata-se de um direito personalíssimo dos nubentes, onde se pode inclusive fundir ou criar outros tipos de regimes não previstos na Lei civil.

Quanto ao princípio, é uma forma de garantia e limite contra o princípio da autonomia privada, devendo os cônjuges ao criar outras formas de regimes, estipular que este será comum à ambos.

Os outros princípios (da variedade e da mutabilidade) trazem a ideia de que ao contrário do antigo código civil, os nubentes tem livre escolha do regime de bens que melhor se adéqua a sua realidade.

O Código Civil traz em seu texto quatro possibilidades de regimes de bens (sem prejuízo do princípio da mutabilidade), quais sejam o da comunhão parcial de bens; o da comunhão universal de bens; o da participação final nos aquestos; e o da separação total de bens.

3.2. DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O regime de comunhão parcial de bens é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, na omissão dos cônjuges será este o regime de bens adotado pelos nubentes, conforme preceitua o artigo 1.640 do Código Civil.

TARTUCE[17] conceitua este tipo de regime como sendo “regime legal ou supletório, que valerá e terá eficácia para o casamento se silentes os cônjuges ou se nulo ou mesmo ineficaz o pacto antenupcial”.

Neste tipo de regime, se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, excetos os bens elencados no art. 1.659 do Código Civil, os quais são considerados incomunicáveis.

O Código Civil estabelece que sejam incomunicáveis os bens:

I – Que cada cônjuge já possuía ao casar e aqueles havidos por doação ou sucessão, bem como os sub-rogados no seu lugar;

II - Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - As obrigações anteriores ao casamento, caso das dívidas pessoais que cada cônjuge já possuía ao casar;

IV - As obrigações decorrentes de ato ilícito, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Destas hipóteses, há divergência doutrinária[18] sobre o inciso VI, do art. 1.659, visto que, afirmam alguns autores que, ao retirar o salário do rol de bens comunicáveis, acaba-se por retirar o próprio propósito do regime de comunhão parcial de bens, uma vez que, os bens sub-rogados dos proventos do trabalho de cada cônjuge acabaria se enquadrando perfeitamente no inciso II do mesmo

artigo. Diante disto, muitos doutrinadores e juristas são adeptos da exclusão do referido inciso.

Ainda sobre o regime de comunhão parcial de bens, o artigo 1.660 do Código Civil, informa que são bens considerados aquestos, os seguintes:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Como se pode verificar, o inciso I do artigo 1.660, está em conflito com o supracitado inciso VI do artigo 1.659, ambos do Código Civil. TARTUCE^[19] informa que, pelo o que dispõe no diploma, se, por exemplo, um imóvel é adquirido em nome de apenas um dos cônjuges durante o casamento, deverá ser dividido igualmente entre ambos, independente do valor contribuído por cada nubente.

3.3. DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Até o advento da Lei do Divórcio, a Lei n. 6.515 de 1977, o regime de comunhão universal de bens era o regime legal no ordenamento jurídico brasileiro, onde, conforme dispunha no art. 258 do Código Civil de 1916, em seu texto original, que:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Por este motivo, não raro é encontramos casais que são regidos por este regime de bens, notadamente os das gerações anteriores.

A partir de 1977, passou-se a adotar o regime de comunhão parcial de bens como regra, sendo adotada a universal apenas com expressa manifestação de vontade dos cônjuges, mediante previsão de pacto antenupcial, o que continuou a vigorar com no Novo Código Civil.

Neste tipo de regime, há a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, conforme preceitua o artigo 1.667 do Código Civil de 2002.

Entretanto, o Código Civil traz em seu artigo 1.668 algumas situações em que, mesmo o regime sendo de comunhão universal de bens, o patrimônio dos cônjuges não irão se comunicar, quais sejam:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Com a dissolução da sociedade conjugal, e havendo a divisão dos ativos e passivos entre os cônjuges, cessa-se a responsabilidade de cada um para com os credores do outro, conforme preceitua o artigo 1.671 do Código Civil.

3.4. DO REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

Trata-se de um regime novo, o qual não havia previsão no Código Civil de 1.916, onde afirmam juristas que veio para substituir o regime dotal. Muitos doutrinadores entendem ser um regime próprio para empresários, onde os cônjuges podem administrar livremente o patrimônio, tendo que se verificarem os aquestos ao final da sociedade conjugal.

Ainda há divergência quanto a origem deste regime, BRANDÃO apud TARTUCE informa que^[20]:

[...]

para alguns, é húngara; para outros, alemã. Clóvis do Couto e Silva afirma que sua origem remonta ao direito franco e já podia encontrá-lo sob a denominação de *conlaboratio*

O Código Civil ao disciplinar sobre o regime de participação final dos aquestos informa que:

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

Como se pode observar da leitura do diploma normativo, neste regime os cônjuges tem liberdade em dispor o próprio patrimônio, ocorrendo uma eventual dissolução conjugal, será cabido a cada um dos consortes a participação nos aquestos. TARTUCE[21] ao comentar sobre este regime de bens, informa que:

Basicamente, durante o casamento há uma separação total de bens, e no caso de dissolução do casamento e da sociedade conjugal, algo próximo de uma comunhão parcial. Cada cônjuge terá direito a uma participação daqueles bens para os quais colaborou para a aquisição, devendo provar o esforço para tanto.

Nesta espécie de regime de bens, não há preocupação quanto ao bens antes e após o casamento, uma vez que durante a sociedade conjugal os bens do cônjuges são independentes, e somente após a dissolução do casamento é que se irá analisar o que se comunicará. Em outras palavras, interessa ao regime o momento da dissolução, quando confrontado com a união em si[22].

Com a dissolução da sociedade conjugal, o artigo 1.674 informa que:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

Alguns autores defendem que neste regime, os cônjuges transformam-se, em realidade, em sócios de ganhos futuros reais ou contábeis, o que acaba potencializando os litígios em contrapartida da dissolução consensual. Desta forma defendem que esta espécie de regime fosse retirado do ordenamento jurídico brasileiro[23].

Em verdade, o regime de participação final dos aquestos ainda traz muitas confusões, até mesmo no meio acadêmico, pelo fato de ter regras bastante complexas, o que serve de claro desestímulo ao seu uso na prática.

3.5. DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

O regime de separação de bens, no ordenamento jurídico brasileiro, é gênero, do qual existem duas espécies, quais sejam o regime de separação consensual de bens e o regime de separação obrigatória ou legal de bens.

Cuidaremos neste tópico de conceituar o regime de separação consensual de bens, deixando para capítulo próprio o estudo do regime de separação legal ou obrigatório.

Ao disciplinar o regime de separação de bens, o Código Civil dispôs de apenas dois artigos, onde informa que:

Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Como se verifica, nesta espécie de regime de bens, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, podendo cada um livremente alienar e gravar ônus real os seus bens[24]. Porém, apesar de o patrimônio não se comunicar, ambos os cônjuges devem contribuir com as despesas do casal, na proporção dos rendimentos, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Vale ressaltar que, mesmo havendo regra clara em contrário no pacto antenupcial, este não pode trazer situação de enorme desproporção, no sentido de que o cônjuge em pior condição financeira terá que arcar com todas as despesas da união, podendo ser alvo de nulidade tal cláusula da convenção antenupcial, conforme preceitua o art. 1.655 do Código Civil[25].

A doutrina ainda debate bastante sobre os efeitos sucessórios inerentes ao regime de separação obrigatório, onde DIAS[26] informa ainda sobre o regime que:

Os maiores questionamentos sobre o regime da separação de bens situam-se no âmbito do direito sucessório. O consorte sobrevivente pode ser **inventariante** quando do falecimento do outro (CPC 990 I). Como o cônjuge é **herdeiro necessário** (CC 1.845), faz jus à herança mesmo que tenha sido eleito o regime da separação de bens. Assim, na ausência de descendentes e ascendentes, o viúvo torna-se herdeiro. A mesma surpresa existe no que diz com o **direito de concorrência**. Como só é excluído no regime da separação obrigatória de bens, quando tal regime foi eleito por convenção o sobrevivente faz jus à fração do acervo sucessório (CC 1.829, I).

Desta forma, como se pode verificar, mesmo o regime sendo o de separação obrigatório, não ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal, o cônjuge sobrevivente faz jus a sua quota parte, por ser herdeiro necessário.

4. DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA OU LEGAL DE BENS

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As hipóteses do regime de separação obrigatório ou legal de bens estão previstas nos incisos do artigo 1.641 do Código Civil, quais sejam:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010).

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

O objetivo da norma é a proteção do patrimônio de determinadas pessoas. Entretanto muito se discute se realmente é necessária tal norma, uma vez que vai de encontro como o princípio da autonomia privada dos nubentes^[27].

O inciso I traz hipóteses em que há causas suspensivas, como é o caso, por exemplo, do divorciado que ainda não realizou a partilha. O inciso II, é o cerne desta estudo, que o caso dos maiores de setenta anos, onde será comentado em tópico próprio. O inciso III traz a hipótese dos que dependem de autorização judicial para se casar, como por exemplo, o menor de dezesseis anos.

Ademais, das mais variantes formas de estipulação de regime obrigatório de bens, o que se mostra mais desproporcional é a que impõe tal sanção aos maiores de setenta anos, em flagrante afronta à Constituição Federal e ao Estatuto do Idoso, conforme demonstraremos no tópico a seguir.

4.2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS PARA IDOSOS

O debate sobre a inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do Código Civil, vem sido enfrentado ao longo dos anos por diversos doutrinadores e juristas, tendo sido recorrente até mesmo no legislativo e judiciário.

Inicialmente é preciso entender como surgiu a questão da obrigatoriedade do regime de separação de bens pelo fator idade, e a evolução do tema ao longo da história do direito brasileiro.

O tema apareceu pela primeira vez no Código Civil de 1.916, onde previa o art. 258, inciso II, que:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

Como é possível verificar, foi utilizado o critério etário à época da edição da norma por haver uma clara preocupação com o casamento movido por fins unicamente patrimonialistas, a fim de evitar o chamado comumente pelo senso comum de “golpe do baú”.

Ainda na vigência do Código Civil de 1.916, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 377, onde informou que

Súmula 377

No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Diante disto é possível verificar que a partir desta Súmula, a obrigatoriedade da adoção do regime de separação total de bens prevista no art.

258 do Código Civil de 1.916 já era mitigada quando se comprovava o esforço comum.

Em 2002 o Novo Código Civil previa em seu art. 1.641, inciso II, que o regime seria obrigatoriamente o da separação de bens para homens e/ou mulheres acima de sessenta anos. A pequena modificação trazida pela nova Lei Civil tinha como fundamento o princípio da igualdade, demonstrando que não havia mais tratamento diferenciado entre os nubentes, porém tal modificação não sanava a sua inconstitucionalidade.

Tal dispositivo foi questionado na I Jornada do Direito Civil, em seu Enunciado n. 125, que diz:

125 - Proposição sobre o art. 1.641, inc. II:

Redação atual: "da pessoa maior de sessenta anos"

Proposta: Revogar o dispositivo.

Justificativa: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Entretanto, o texto Civil continuou com a redação até 2010, onde então foi alterada a idade para setenta anos, através da Lei n. 12.344 de 2010.

A deputada Solange do Amaral[28], autora do Projeto de Lei nº 108, de 2007, que originou a Lei nº 12.344, de 2010, justificou a alteração para setenta anos pelos seguintes motivos:

[...]

Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou profundas transformações no campo da medicina e da genética, o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma maior longevidade.

Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos.

Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos. Pelas razões expostas, e por entender que esta proposição consolidará uma situação fática vivenciada por todos os brasileiros, conto com o apoio de nossos Pares para a aprovação desta iniciativa.

Em que pese à tentativa de solucionar a problemática etária inserida no art. 1.641, inciso II, do Código Civil, tendo como justificativa que a expectativa de vida estaria superior a setenta anos, este fundamento não merece prosperar. Ocorre que tal norma civil em realidade não visa à proteção do idoso, visto que atualmente, em regra, a pessoa natural com idade superior a setenta anos tem total discernimento e plena capacidade para prática dos atos da vida civil.

Além disto, a Lei n. 10.741 de 2003, Estatuto do Idoso, informa que, nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de discriminação, sendo o envelhecimento um direito personalíssimo inerente à este, conforme preceitua o art. 8º do Estatuto do Idoso:

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Também informa o Código Civil de 2.002 em seu art. 1º, que toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, com exceções dos casos estipulados nos arts. 3º e 4º, os quais não abarcam a hipótese de incapacidade absoluta ou relativa pelo simples fato de estar em uma idade avançada.

Além disto, como visto anteriormente, é princípio inerente ao direito patrimonial dos nubentes, a autonomia privada quanto à estipulação do regime de bens inerente aos cônjuges, conforme preceitua o art. 1.639 do mesmo Diploma Normativo:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Desta forma, o art. 1.641, inciso II, do Código Civil é claramente inconstitucional, uma vez ir de encontro com os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proporcionalidade, previstos na Magna Carta, no Código Civil e no Estatuto do Idoso. Esse inclusive já foi o entendimento de diversos Tribunais conforme se verifica em[29]:

APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS - SENTENÇA QUE DECLAROU EXTINTO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - LEGITIMIDADE E INTERESSE PARA PLEITEAR A RESPECTIVA ALTERAÇÃO, QUE ENCONTRARIA RESPALDO NO ART. 1.639, § 2º, DO CC- MATRIMÔNIO CONTRAÍDO QUANDO OS INSURGENTES POSSUÍAM MAIS DE 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PRETENDIDA MODIFICAÇÃO PARA O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCLUSÃO DE QUE A IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS IDOSOS SE REVELA INCONSTITUCIONAL - AFRONTA

AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - LEGISLAÇÃO QUE, CONQUANTO REVESTIDA DE ALEGADO CARÁTER PROTECIONISTA, MOSTRA-SE DISCRIMINATÓRIA - TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE - MATURIDADE QUE, *PER SE*, NÃO ACARRETA PRESUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - NUBENTES PLENAMENTE CAPAZES PARA DISPOR DE SEU PATRIMÔNIO COMUM E PARTICULAR, ASSIM COMO PARA ELEGER O REGIME DE BENS QUE MELHOR ATENDER AOS INTERESSES POSTOS - NECESSIDADE DE INTERPRETAR A LEI DE MODO MAIS JUSTO E HUMANO, DE ACORDO COM OS ANSEIOS DA MODERNA SOCIEDADE, QUE NÃO MAIS SE IDENTIFICA COM O ARCAICO RIGORISMO QUE PREVALECIA POR OCASIÃO DA VIGÊNCIA DO [CC/1916](#), QUE AUTOMATICAMENTE LIMITAVA A VONTADE DOS NUBENTES SEXAGENÁRIOS E DAS NOIVAS QUINQUAGENÁRIAS - ENUNCIADO Nº 261, APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO O CASAMENTO É PRECEDIDO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006, QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO - CONSORTE MENTALMENTE SADIOS - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR INDEVIDAMENTE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, REVELA-SE IMPEDITIVA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - *DECISUM* CASSADO - REGIME DE BENS MODIFICADO PARA O DE COMUNHÃO UNIVERSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC - Apelação
Cível : AC 575350 SC 2011.057535-0)

No julgado o Desembargador Luiz Fernando Boller informou em seu voto que:

Em princípio, convém destacar que o inc. II do art. 1.641 do Código Civil, com a redação alterada pela Lei nº 12.344/10, disciplina que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos, disposição que fulminaria, de plano, a pretensão dos recorrentes.

Todavia, tenho para mim que a interpretação do aludido dispositivo não pode ser realizada isoladamente, sem se atentar para os princípios que norteiam a ordem constitucional vigente, sobretudo o da dignidade da pessoa humana.

O critério etário utilizado pelo legislador teve por finalidade precípua a proteção daquele que se presumiu encontrar-se em estado de vulnerabilidade, permitindo ser mais facilmente ludibriado em razão de eventual interesse de outrem em relação ao seu patrimônio particular.

Contudo, tal disposição legal implica discriminação ao presumir que o nubente maior de 70 (setenta) anos de idade não possui eficiente capacidade de discernimento, restrição que não pode ser admitida, por revelar-se contrária ao atual ordenamento.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais^[30], julgando o incidente de inconstitucionalidade n. 1.0702.09.649733-5/002 – Comarca de Uberlândia, no mesmo sentido, informa que:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS -

ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 -
INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA.

Em seu voto, o E. Desembargador José Antonino Baía Borges, é categórico ao afirmar que:

A escolha do regime de bens no casamento é um direito patrimonial, essencialmente disponível, por isso, a meu ver, desarrazoada e injustificável a interferência do Estado nesse tipo de relação privada.

A pessoa maior de sessenta anos é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, especialmente nos dias de hoje, diante do aumento da expectativa de vida.

A incoerência dessa norma fica ainda mais evidente se levarmos em conta que pessoas com idade superior a sessenta anos podem exercer cargos de grande importância para a nação, tais como Presidente da República, Presidente do Congresso Nacional, Juiz de Direito, Desembargador, Ministro de Corte Superior e, no entanto, não poderiam escolher o regime de bens do casamento.

Na mesma linha, a Jurisprudência de diversos Tribunais já reconheceram também a inconstitucionalidade em controle difuso, a saber:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. UNIÃO ESTÁVEL.
1) REGIME DE BENS. ART. 1.641, II, CC/02. INAPLICABILIDADE. Não se aplica à união estável o art. 1.641, II, CC/02, por afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e pelo descabimento de aplicação analógica para restringir direitos. O regime de bens na união estável é o da comunhão parcial, ainda que um dos companheiros tivesse mais de sessenta anos. 2) DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Ainda que a autora não tenha requerido o direito real de habitação, ele pode ser concedido

de ofício. 3) MEAÇÃO. SUB-ROGAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. A sub-rogação, para ser reconhecida, deve restar inequivocamente demonstrada. Inexistindo tal prova nos autos, concede-se o direito de meação à autora sobre o imóvel adquirido na vigência da união estável. Apelação da sucessão/ré desprovida. Recurso adesivo da autora provido.” (TJRS, Apelação Nº 70023452725, 8ª Câmara Cível, Rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 08/05/2008).

CIVIL. DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DOAÇÃO A CONSORTE. NUBENTE SEPTAGENÁRIO. FRAUDE AO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 258, § ÚNICO, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. NÃO VIGE MAIS TAL RESTRIÇÃO POIS INCOMPATÍVEL COM AS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DE TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE JURÍDICA E DA INTIMIDADE. RESPEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III E 5º, INCISOS I, X E LV DA CF/1888. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM TODOS OS SEUS TERMOS. 1. O referido artigo realça o caráter protetor do legislador, que pretende resguardar o nubente maior de sessenta anos, e com o advento da Lei nº 12.344, de 09/12/2010, tutelou os maiores de setenta anos de idade, de uma união fugaz e exclusivamente interesseira. Vale ressaltar também, que este dispositivo fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional. 2. Acerca da restrição apontada pelos apelantes, tem-se assentes que o artigo 258, inciso II do Código Civil de 1916 tem tido sua aplicação mitigada pela doutrina e jurisprudência, a considerarem que foi reproduzido pelo Código Civil de 2002 (artigo 1641, II). 3. A doação realizada a apelada, foi com relação à parte disponível do patrimônio do autor da herança, em observância ao direito à legítima dos autores, os herdeiros necessários, mesmo porque não se pode doar acima do disponível sem que prejudique dos herdeiros necessários, no caso, os ora apelantes. 4. Ademais,

tal limitação apontada pelo apelantes não pode superar a vontade do autor da doação, não podendo ser ignorada especialmente pelo fato de que o mesmo gozava plenamente, ao tempo da doação, de suas faculdades mentais, não havendo motivo para desconsiderar um ato da vontade deste de apenas deixar amparada a pessoa que lhe acompanhou nos seus últimos dias de vida. 5. Sentença confirmada 6. Apelação conhecida e improvida. (TJCE; Apelação nº 745-67.2004.8.06.0043/1; 5ª Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota; DJCE 30/09/2011; Pág. 54).

Inventário Arrolamento Sucessão do companheiro União estável iniciada quando o "de cujus" era maior de 60 anos Inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil Precedentes Ausência de herdeiros necessários Aplicação dos arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil, art. 2º, III, da Lei 8.971/94 e art. 226, § 3º, da Constituição Federal Impossibilidade de se aplicar o art. 1.790, III, do Código Civil, sob pena de retrocesso Companheira que tem direito à integralidade da herança Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0399286-78.2009.8.26.0577; 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; Rel. Des. Fábio Quadros; 19/09/2013)

Além disto, diversos doutrinadores, em suas obras, já entenderam pela inconstitucionalidade de tal dispositivo, a exemplo de Flavio Tartuce^[31], que diz:

Pois bem, vejamos a tese de inconstitucionalidade do inc. II do art. 1.641. De fato, há posicionamento convincente na doutrina segundo o qual essa previsão é inconstitucional. A essa conclusão chegaram os juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil, conforme o Enunciado n. 125 do CJF/STJ, que propõe a revogação da norma. Foram as suas justificativas, com as quais se concorda integralmente: "A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer

que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.

[...]

Na opinião do presente autor, o aumento da idade para os 70 anos, conforme a recente Lei 12.344/2010, não afastou o problema, mantendo-se a tese de inconstitucionalidade. Anote-se que o Projeto de Lei 6.960/2002, que posteriormente recebeu o número 699/2011, já pretendia efetuar esta alteração sob o argumento da “elevação da expectativa de vida da população brasileira”. Estando a limitação em qualquer patamar etário, a inconstitucionalidade persiste, especialmente pelo claro preconceito contra as pessoas de idade avançada.

Silmara Juny Chinelato^[32], citada por Carlos Roberto Gonçalves também informa que:

A questão foi bem enfocada por Silmara Juny Chinelato²⁸ • Na visão da mencionada civilista, inexistente razão científica para a restrição imposta no dispositivo em tela, pois pessoas com mais de 70 anos aportam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice, aduz - e com ela, infundadamente, a capacidade de raciocínio -, chega aos 70 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguida tanto em cada caso concreto como em ação direta de

inconstitucionalidade ... "A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado".

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona^[33] são categóricos ao afirmarem:

A segunda situação prevista na norma é absurda e, no nosso entender, de constitucionalidade duvidosa.

A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda aplicar o "golpe do baú" não convence.

E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros.

Não podemos extrair dessa norma uma interpretação conforme à Constituição.

Muito pelo contrário.

O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso.

Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade!

(GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. P 1.199)

Machado Costa^[34] em Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10.ed. Barueri-SP: Manole, 2017, comenta que:

Apesar de o legislador tentar querer proteger o patrimônio da pessoa maior de 70 anos, evitando o chamado "golpe do baú" (no caso do indivíduo inescrupuloso que quer se beneficiar do matrimônio com pessoa bem mais velha para lhe tomar os bens), na verdade se tem presente um fato *sui generis*, que é a submissão de uma pessoa que tem capacidade e discernimento a respeito da vida a uma situação constrangedora e restritiva de sua liberdade para o relacionamento. Por haver contraste desse inciso com o disposto no art. 5º, I, da Magna Carta, tem-se essa restrição como abertamente inconstitucional.

Caio Mário da Silva Pereira^[35], também comenta em sua obra tal situação, onde elucida que:

No entanto, esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade.

Como se pode observar, a Jurisprudência e a Doutrina são pacíficas no sentido de que tal dispositivo não guarda conformidade com a atual ordem constitucional. É imperioso mencionar que, até mesmo no Poder Legislativo, diversos Deputados e Senadores já reconheceram a inconstitucionalidade de tal dispositivo, propondo a alteração deste, a exemplo dos Projetos de Lei n. 4945/2005; 760/2015; e 2285/2007.

O Deputado Antônio Carlos Biscaia, na Justificativa do Projeto de Lei n. 4945/2005, foi categórico ao informar que

O inciso II do art. 1.641 é atentatório à dignidade humana dos mais velhos, que ficam impedidos de livremente escolher o regime de bens, ao se casarem, como punição pela renovação do amor. Esse dispositivo é incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV da Constituição Federal.

O Senador Davi Alcolumbre, no mesmo sentido, informa em sua Justificativa ao Projeto de Lei n. 760 de 2015, que:

A obrigatoriedade do regime de separação total de bens foi inserido no ordenamento infraconstitucional sob o argumento de proteger o idoso maior de setenta anos, entretanto, tal mandamento contraria a lógica e suprime direitos que a Carta Magna consagra a todo cidadão.

Diante de todo o exposto, não resta dúvidas que o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, é materialmente inconstitucional, uma vez ser clara a ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, devendo, por conseguinte ser revogado, conforme esforços de diversos Doutrinadores, Juristas, e Legisladores, através de Projetos de Leis em tramitação; uma vez não estar de acordo com o conceito e as ideias de Direito de Família Contemporâneo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste trabalho é possível verificar, que são garantidos aos idosos os direitos a dignidade da pessoa humana, onde é um direito fundamental inerente a toda pessoa; o direito a não discriminação, o qual se fundamenta no fato de que toda a sociedade deve trata-lo de forma isonômica levando em consideração ser uma pessoa capaz de direitos e obrigações; o direito a liberdade, que dispõe muito mais do que a liberdade de ir e vir, sendo claro que se deve respeitar sua liberdade de pensamento e manifestação; dentre outros.

Destarte, tendo os direitos dos idosos como fundamento é possível verificar que a pessoa idosa tem garantida sua vontade de contrair matrimônio.

O estudo tratou ainda de informar o conceito constitucional de casamento, onde a doutrina moderna informa ser um íntimo relacionamento de afeto, realizado através de um negócio jurídico especial, o conceito contemporâneo não mais faz a diferenciação de gêneros dos cônjuges, visto a possibilidade no atual ordenamento jurídico do casamento homoafetivo.

Além disto, foram tratadas através deste trabalho as causas impeditivas e suspensivas para contrair o matrimônio, onde, obviamente, não consta no Código Civil como causa impeditiva ou suspensiva o fator idade avançada. As hipóteses de impedimento de suspensão do casamento, previstos na Lei Civil são taxativamente elencadas, o que pode gerar a nulidade ou anulabilidade do matrimônio.

Elucida o presente estudo as formas de regime de bens adotadas no Direito brasileiro, as quais são basicamente quatro, quais sejam: o regime de comunhão parcial de bens; o regime de comunhão universal de bens; o regime de participação final nos aquestos; e o regime de separação de bens.

Como se pode verificar no estudo, o regime parcial de bens é a regra adotada no Brasil, porém dado o princípio da autonomia privada das partes, pode os nubentes convencionar entre si, o regime que melhor se adéqua a realidade do casal, devendo ser mediante pacto antenupcial.

O regime de separação de bens é subdividido em dois grupos, quais sejam o regime de separação convencional de bens e o regime de separação obrigatória de bens, objeto do estudo.

O regime convencional, como se pode inferir, é realizado de comum acordo dos nubentes, mediante pacto antenupcial, devendo desta forma não se comunicarem os bens contraídos durante a constância do casamento.

Porém o regime obrigatório é uma imposição legal, onde os nubentes não tem a opção de escolha, devendo utilizar este regime. As hipóteses previstas para a adoção deste regime pelo legislador infraconstitucional foram pelo fato de haver causas suspensivas para adquirir o matrimônio; pelo fato de faltar suprimento judicial; e por fim, pelo fato de um dos consortes ter idade igual ou superior a setenta anos.

A imposição legal de regime de separação pelo Código Civil tem caráter de norma protetiva, onde a intenção do legislador era, claramente, proteger o patrimônio da parte mais vulnerável, o idoso.

Entretanto, esta norma em realidade, acaba por discriminar a pessoa idosa, pois implicitamente induz que este não teria capacidade de adquirir um cônjuge que tivesse afeição, ou que soubesse como cuidar do próprio patrimônio.

Esta norma já estava prevista no antigo Código Civil que informava que seria de separação obrigatória de bens, os casamentos realizados quando o varão contasse com mais de sessenta anos e a mulher mais de cinquenta.

O Supremo Tribunal Federal, na época se manifestou, através de súmula, informando que, os bens do regime de separação obrigatório iriam se comunicar se estivessem adquiridos em comum esforço.

O estudo demonstrou por fim, que a norma impositiva do regime de separação obrigatório de bens é claramente inconstitucional, visto que na atual ordem constitucional objetivava-se o favorecimento da dignidade da pessoa humana, além de outras garantias constitucionais, como a não discriminação e a liberdade.

Diante do exposto conclui-se que o regime de separação obrigatório de bens, previsto no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil é inconstitucional tendo como fundamento o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o direito constitucional da não discriminação e da liberdade, devendo desta forma ser revogado sua disposição no Código Civil, uma vez ir de encontro com o atual conceito de família adotado pelo ordenamento jurídico constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Bruno Malta. **Da (in)convencionalidade da norma que estabelece o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4109, 1 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30371>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2018.

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

_____, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União de 05 de janeiro de 1916.

_____, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002.

_____, Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União de 03 de outubro de 2003.

_____, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 2.285, de 25 de outubro de 2007. Dispões sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E0C57324FCCE294AD8A8C8B96CB5D958.proposicoesWebExterno2?codteor=517043&filename=Tramitacao-PL+2285/2007>. Acesso em 26 de janeiro de 2018.

_____, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 108, de 12 de fevereiro de 2007. Altera o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=434685&filename=Tramitacao-PL+108/2007>. Acesso em 26 de janeiro de 2018.

_____, Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 760, de 18 de novembro de 2015. Altera as Leis nºs 10.406, 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para revogar a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos e limitar a autorização para a promoção da interdição até parentes consanguíneos de terceiro grau. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574504&disposition=inline>>. Acesso em 26 de janeiro de 2018.

CAVALCANTI, Amanda Maria de Moraes. **A inconstitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório em razão da idade.** Artigo Jurídico. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-inconstitucionalidade-do-regime-de-separacao-de-bens-obrigatorio-em-razao-da-idade,47509.html#_ftn50. Acesso em 29 de janeiro de 2018.

COSTA, Machado, organizador. CHINELLATO, Silmara Juny, coordenadora. **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10.ed. Barueri-SP: Manole, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER, Ricardo (Org.). **Código Civil para Concursos**. 5. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil; volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (Coleção esquematizado. Coordenador Pedro Lenza).

LOZZA, Cláudia. **A (in) constitucionalidade da obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos**. Monografia (graduação em direito) Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria: 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. V / Atual**. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STF. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO: MC Rcl 19552 SP – São Paulo 8620820-38.2015.1.00.0000. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 24 de fevereiro de 2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178747746/medida-cautelar-na-reclamacao-mc-rcl-19552-sp-sao-paulo-8620820-3820151000000>. Acesso em 29 de janeiro de 2018.

TJ. Recurso Especial: Resp 1171820 PR 2009/0241311-6. Relator: Ministro Sidnei Beneti. DJ: 27 de abril de 2011. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19106131/recurso-especial-resp-1171820-pr-2009-0241311-6?ref=juris-tabs>. Acesso em 29 de janeiro de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: Direito de Família**. 12. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: MÉTODO, 2017.

TJ-MG. Arg Inconstitucionalidade : ARG 10702096497335002 MG. Relator: José Antonino Baía Borges. DJ: 12 de Março de 2014. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg-inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg>. Acesso em 29 de janeiro de 2018.

TJ-SC. Apelação Cível: AC 575350 SC 2011.057535-0. Relator: Des. Luiz Fernando Boller. Data: 01/12/2011. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civel-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc/inteiro-teor-20879556?ref=juris-tabs>>. Acesso em 29 de janeiro de 2018.

NOTAS:

[1] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 181.

[2] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.18.

[3] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.45.

[4] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 46.

[5] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 146.

[6] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 41.

[7] Ibidem, p. 42 e 43.

[8] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 155.

[9] Ibidem.

[10] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 46.

[11] FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1115.

[12] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 50.

[13] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (Coleção esquematizado. Coordenador Pedro Lenza). p 623.

[14] GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. p 1.189.

[15] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.298.

[16] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 813 e 814.

[17] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 107.

[18] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 109.

[19] Ibidem.

[20] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 118

[21]. Ibidem, p. 117

[22] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 117.

[23] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 2.285, de 25 de outubro de 2007. Dispões sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E0C57324FCCE294AD8A8C8B96CB5D958.proposicoesWebExterno2?codteor=517043&filename=Tramitacao-PL+2285/2007>. Acesso em 26 de janeiro de 2018.

[24] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 325.

[25] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 121.

[26] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 326

[27] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 326.

[28] BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 108, de 12 de fevereiro de 2007. Altera o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=434685&filename=Tramitacao-PL+108/2007>. Acesso em 26 de janeiro de 2018.

[29] TJ-SC. Apelação Cível: AC 575350 SC 2011.057535-0. Relator: Des. Luiz Fernando Boller. Data: 01/12/2011. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civel-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc/inteiro-teor-20879556?ref=juris-tabs>>. Acesso em 29 de janeiro de 2018.

[30] TJ-MG. Arg Inconstitucionalidade : ARG 10702096497335002 MG. Relator: José Antonino Baía Borges. DJ: 12 de Março de 2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg->

inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg. Acesso em 29 de janeiro de 2018.

[31] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p 94 e 95.

[32] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (Coleção esquematizado. Coordenador Pedro Lenza). p. 642.

[33] FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil; volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1199.

[34] COSTA, Machado, organizador. CHINELLATO, Silmara Juny, coordenadora. **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10.ed. Barueri-SP: Manole, 2017. p. 1441.

[35] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. V / Atual**. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 244.

ANÁLISE SOBRE OS CRIMES DE DANO E RECEPÇÃO CONTRA O PATRIMÔNIO DO DISTRITO FEDERAL

PÂMELA RESENDE SILVA: Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Analista do Ministério Público da União/Direito.

RESUMO: O presente trabalho debruça-se sobre a celeuma vivida desde a publicação do Código Penal até o avanço da Lei nº 13.531, de 7 de dezembro de 2017, no que tange aos crimes de dano e receptação contra o patrimônio do Distrito Federal. A partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, busca-se fazer uma análise do papel do Distrito Federal dentro da Federação Brasileira, bem como da forma pela qual a doutrina e a jurisprudência pátria tentaram solucionar a lacuna normativa existente sobre a punição mais severa quanto aos crimes lesivos ao patrimônio distrital, antes do avanço da Lei nº 13.531, de 7 de dezembro de 2017.

Palavras-chave: Crimes. Dano. Receptação. Distrito Federal. Lacuna normativa. Lei nº 13.531/2017.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Federalismo Brasileiro. 3 Da Mora Legislativa até Lei nº 13.531/2017. 4 A Divergência entre o TJDF e o STJ. 5 Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo sobre os crimes patrimoniais praticados contra os bens pertencentes ao Distrito Federal mostra-se de extrema relevância social, uma vez que a população brasileira vive um momento de grande clamor pela proteção e bom uso do patrimônio público.

A celeuma jurídica a ser discutida no presente trabalho envolve o longo período de mora legislativa para sanar lacuna existente no Código Penal. Antes da entrada em vigor da Lei nº 13.531, de 7 de dezembro de 2017, a qual equiparou o tratamento jurídico dado aos bens da União, do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, havia uma evidente disparidade de tratamento dada aos bens pertencentes aos referidos entes federados, especialmente, no que se refere ao patrimônio do Distrito Federal.

O trabalho foi desenvolvido com base em pesquisa histórica, bibliográfica e jurisprudencial sobre o assunto para verificar como a comunidade jurídica lidou com o tema durante o período de mora legislativa.

1 O FEDERALISMO BRASILEIRO

A Constituição Federal deixa expresso, logo em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.

Vê-se, portanto, que o Estado Brasileiro adota como modelo a forma federativa de estado, mais precisamente o modelo centrífugo de federalismo, no qual um Estado, aprioristicamente unitário, fragmenta-se em outros entes, mantendo, contudo, a maior parte do poder concentrado no ente central, no caso do Brasil, a União. Nas palavras do autor Gilmar Mendes:

O modo como se repartem as competências indica que tipo de federalismo é adotado em cada país. A concentração de competências no ente central aponta para um modelo centralizador chamado centrípeto[1].

O federalismo é a forma de Estado constitucionalmente adotada no país desde a [Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891](#) até o texto atual da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

Da leitura do texto constitucional, pode-se dizer, portanto, que a Federação Brasileira é composta de quatro entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ressalte-se que todos os entes federados possuem natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público interno, conforme preleciona o art. 41 do Código Civil[2]. Ademais, segundo preleciona o art. 98[3] do mesmo Código Civil, são públicos todos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno.

Assim sendo, em que pese as críticas feitas à excessiva concentração de poder na União, é fato que o patrimônio pertencente a qualquer dos entes federados tem natureza jurídica de bem público e, por conseguinte, merece proteção legal equivalente.

2 DA MORA LEGISLATIVA ATÉ LEI Nº 13.531/2017

Apesar de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico levar à conclusão acima debatida – de que todo o patrimônio público merece proteção equivalente – é cediço que o legislador brasileiro, durante muito tempo, esteve em mora quanto a essa proteção. Na redação original, a literalidade dos artigos 163, parágrafo único, inciso III, e 180, § 6º, ambos do Código Penal, não elencava a violação ao patrimônio distrital como merecedora de penas mais gravosas, conforme se depreende do texto não compilado da legislação, *in verbis*.

Dano

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

I - com violência à pessoa ou grave ameaça;

II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave

III - contra o patrimônio da União, Estado, ou de Município;

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)

III - contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos; (Redação dada pela Lei nº 13.531, de 2017)

IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Receptação

Art. 180. Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa fé, a adquira, receba ou oculte: (Redação dada pela Lei nº 2.505, de 1955)

Pena - reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros). (Redação dada pela Lei nº 2.505, de 1955)

Receptação culposa

§ 1º Adquirir ou receber coisa que por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumi-se obtida por meio criminoso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, de trezentos mil réis a dez contos de réis, ou ambas as penas.

§ 2º A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

§ 3º No caso do § 1º, se o criminoso é primário, o juiz pode, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

3º No caso do § 1º, se o criminoso é primário pode o juiz, tendo em consideração circunstâncias, deixar de aplicar a pena. No caso de receptação dolosa, cabe o disposto no § 2º do art. 155. (Redação dada pela Lei nº 2.505, de 1955)

§ 4º No caso dos bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista adquiridos dolosamente: (Incluído pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)

Pena: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e multa de 1 (um) a 5 (cinco) salários-mínimos do maior vigente no País. (Incluído pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Receptação qualificada (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 4º - A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.

§ 6º - Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 6º Tratando-se de bens do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.531, de 2017) (destaques acrescentados)

Um dos fatos que denotam maior estranheza na omissão do ente distrital é a presença dos municípios no rol legal desde a redação originária do Código Penal. Especialmente, porque a municipalidade foi alçada ao *status* de ente federado apenas com a Constituição de 1988, o que inclusive foi objeto de severas críticas por parte da doutrina, que não entende que os municípios possuem as

características necessárias para integrar uma federação na qualidade de ente autônomo. Nesse sentido, colaciona-se a lição de José Afonso da Silva^[4]:

A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é "entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo". *Data venia*, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. (...) Em que muda a federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios. Não é uma união de Municípios que forma a federação.

Desta feita, é incompreensível o fato de o legislador ter se recordado dos municípios e se olvidado do Distrito Federal.

Outro dado que torna ainda menos compreensível o lapso legislativo, é o fato de que os referidos dispositivos passaram por alterações prévias à Lei nº 13.531/2017 e, em nenhuma delas, se acrescentou o Distrito Federal ao rol legal, embora tenha havido o acréscimo das concessionárias de serviço público.

Apenas com o Projeto de Lei nº 3763/2004 da Câmara dos Deputados, o legislador pareceu se atentar à necessidade de saneamento da lacuna legislativa, o próprio parecer da Comissão de Constituição e Justiça admitiu a necessidade de dar maior clareza ao texto de lei, *in verbis*:

Quanto ao mérito é de toda oportunidade a apresentação do Projeto de Lei. Estão incluídos no gravame penal os bens dominiais, como também os de uso comum do povo e de uso especial e os bens de entidades que desempenham atividades públicas e atividades de interesse público. O Distrito Federal é pessoa jurídica de Direito Público, integrando-se no pacto federativo, donde a natureza pública de seus bens e patrimônio. Ainda que a doutrina e jurisprudência tenham já se manifestado nesse sentido, por

certo a aprovação do Projeto de Lei tornará mais clara e completa à disposição de Lei Penal[5].

Ocorre que a publicação da Lei nº 13.531/2017, embora tenha sanado um vício há muito apontado pelos operadores do direito, sobretudo no Distrito Federal, não teve o condão de solver a controvérsia jurídica existente até 8 de dezembro de 2017.

3 DO POSICIONAMENTO DO TJDFE E DO STJ SOBRE O TEMA

Como dito, embora a Lei nº 13.531/2017 tenha corrigido uma celeuma, há muito existente, e harmonizado a legislação, os debates sobre os fatos ocorridos antes da inovação legal foram bastante acalorados e têm potencial para continuar gerando polêmica.

O e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), durante um longo período, de forma majoritária, entendeu ser apropriado dar ampliação extensiva à norma penal, garantindo uma maior proteção ao patrimônio distrital. Nesse sentido, a corrente prevalente no âmbito do TJDFT foi no sentido de que, sendo o Distrito Federal ente federado tal qual os municípios, os estados e a União, admitir-se-ia uma interpretação extensiva dos dispositivos legais.

Ressalte-se que, além da sanção mais severa, também era objeto de preocupação do Tribunal, especialmente no que tange ao crime de dano, a natureza jurídica da ação penal, tendo em vista que o dano simples é crime de ação penal privada, o que excluiria o Ministério Público como legitimado a intentar ação penal nos atos praticados contra o patrimônio do Distrito Federal.

Desta forma, no âmbito da Justiça do Distrito Federal, por diversas vezes, aplicou-se o artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal aos crimes de dano contra o patrimônio distrital. O principal argumento do e. TJDFT era o de que não tratar-se-ia de analogia *in malam partem*, mas de mera interpretação extensiva da norma penal, o que seria admitido na ordem jurídica nacional. Nessa direção, Cezar Roberto Bittencourt[6] preleciona que:

A analogia não se confunde com a interpretação extensiva. (...) A analogia, convém registrar desde logo, não

é propriamente forma de interpretação, mas de aplicação da norma legal. (...) Com a analogia se procura aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela se busca colmatar uma lacuna da lei. (...) Nessa hipótese, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação. A finalidade da interpretação é encontrar a 'vontade' da lei, ao passo que o objetivo da analogia, contrariamente, é suprir essa 'vontade', o que convenhamos, só pode ocorrer em circunstâncias carentes de tal vontade. Em síntese, a analogia supre uma lacuna do texto legal, ao passo que a interpretação extensiva procura harmonizar o texto legal com sua finalidade, isto é, com a chamada *volunta legis*. (destaques originais)

Nesse sentido colaciona-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE DESACATO E DANO QUALIFICADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ESTADO DE ÂNIMO E EMBRIAGUEZ DO ACUSADO. IRRELEVÂNCIA. CONDOTA CONSCIENTE E VOLUNTÁRIA. TIPICIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA DANO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

(...).

4.A despeito da ausência de previsão expressa do Distrito Federal no rol dos entes de Direito Público elencados no art. 163, parágrafo único, inciso III, do CP, é possível sua consideração, para efeito de tipificação do crime de dano qualificado, por meio de interpretação extensiva. Tal exegese não implica *analogia in malam partem*, pois esta pressupõe ausência completa de disciplina legal do tema, ao contrário da interpretação extensiva, que extrai da norma legislada seu

verdadeiro sentido, sua teleologia, retificando assim o déficit legislativo.

5. Recurso conhecido e desprovido [7]. (destaques originais)

As turmas recursais do e. TJDFT também se posicionaram no mesmo sentido:

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. CRIME DE DANO QUALIFICADO E DESACATO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL QUALIFICADO NA HIPÓTESE DE DANO AO PATRIMÔNIO DO DISTRITO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA NORMA - ART. 163, § ÚNICO, III, DO CP. PENA SUPERIOR A 2 (DOIS ANOS). RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO. RECURSO CONHECIDO. DECISÃO ANULADA. REDISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO CRIMINAL.

1. Não havendo dúvidas da existência de indícios suficientes de autoria e materialidade para o crime de dano ao patrimônio de uma Delegacia de Polícia do DF, a conduta típica amolda-se ao crime previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal (dano qualificado), a ser processado por meio de ação penal pública incondicionada.

2. Não obstante o Distrito Federal não constar do rol de entes indicados no art. 163, parágrafo único, III, do CPC, trata-se de ente da Federação que merece idêntico tratamento legal e, dessa forma, o seu patrimônio possui tutela penal equivalente aos demais, de acordo com a interpretação extensiva da referida norma.

3. Tendo em vista que a pena cominada para o crime de dano qualificado é de 6 meses a 3 anos de detenção, o referido crime não pode ser considerado como de menor potencial ofensivo, pois ultrapassa o limite de competência

dos Juizados Especiais de 02 (dois) anos fixado no art. 61 da Lei nº 9.099/95.

4.Recurso conhecido. Reconhecida, de ofício, a preliminar de incompetência absoluta dos Juizados Especiais para o processamento e julgamento da ação penal que contempla crime de dano contra o patrimônio do Distrito Federal. Redistribuição dos autos a uma das Varas Criminais da Circunscrição Judiciária de Planaltina. Anulada a decisão que rejeitou o recebimento da denúncia.

5.Sem custas e honorários, em razão da atuação recursal do MPDFT.[\[8\]](#)

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em sentido oposto, dando uma interpretação literal ao dispositivo entendeu pela impossibilidade de se aplicar a qualificadora aos crimes de dano praticados contra o patrimônio distrital, por se tratar de analogia em prejuízo do réu, consoante o *Habeas Corpus* nº 154.051, o qual inclusive ressalva a natureza privada da ação, de modo que competiria ao próprio Distrito Federal, através de sua procuradoria:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. DANO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. IMPROVIDO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. LEI N.º 5.346/67. INCLUÍDAS AS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. LEGISLADOR NÃO AS CONSIDEROU ABRANGIDAS PELO ENTE UNIÃO DESCRITO NO TIPO. DISTRITO FEDERAL NÃO ELENCADE NO ROL. ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*. VEDADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. DANO SIMPLES. POSSIBILIDADE. PRAZO DECADENCIAL EXAURIDO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. A norma criminal insculpida no artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal foi acrescida pela Lei n.º 5.346/67, a fim de incluir a empresa concessionária de serviços públicos e a sociedade de economia mista, findando a discussão anterior acerca de se o dano cometido contra esses entes estaria abrangido neste tipo, ao tratar do evento danoso contra o patrimônio da União.

6. De se notar que o Distrito Federal é um ente federativo, regido por lei orgânica, lhe sendo atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (artigo 32, caput, e § 1.º, da Constituição Federal).

7. *In casu*, existe manifesta ilegalidade pois, não se descurando da mens legis, no tocante à proteção do patrimônio público, nem da discrepância em considerar o prejuízo aos bens distritais menos gravoso do que o causado aos demais entes elencados no dispositivo criminal, verifica-se que é inadmissível fazer-se interpretação analógica *in malam partem*, vedada em Direito Penal, com o escopo de incluir o Distrito Federal no rol previsto no delito de dano qualificado.

8. Caberia para a conduta descrita na exordial acusatória em análise a imputação relativa ao dano simples, previsto no caput do artigo 163 do Código Penal, mediante queixa-crime apresentada pela Procuradoria do Distrito Federal, inviável no presente caso, visto que entre a data do fato até o presente momento, operou-se o prazo decadencial, fulminando essa possibilidade, pelo advento da extinção da punibilidade (Artigo 107, inciso IV, do Código Penal).

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de anular a ação penal desde o oferecimento da denúncia, inclusive; e, em ato contínuo, reconhecer a extinção da punibilidade do fato.^[9] (destaques acrescidos)

Não obstante, verifica-se que, mesmo após a decisão do e. STJ, o e. TJDFT permaneceu aplicando a interpretação já elencada, conforme se depreende da própria data dos julgados colacionados. Assim sendo, mesmo após a manifestação do STJ, o tema que permanecia controvertido no âmbito dos tribunais.

Ocorre que, antes que a discussão se alongasse, o legislador pátrio, finalmente, supriu a lacuna existente através da Lei nº 13.531/2017.

No entanto, é de se ressaltar que os posicionamentos mais recentes do e. TJDFT têm convergido com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em muito, impulsionados pela novidade legislativa, nesse sentido, destaque-se o recente julgado da 2ª Turma Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. DANO QUALIFICADO. PRELIMINAR DE OFÍCIO. PATRIMÔNIO DO DISTRITO FEDERAL. FATO ANTERIOR À LEI Nº 13.531/2017. DESCLASSIFICAÇÃO. DANOSIMPLES. AÇÃO PENAL PRIVADA. NULIDADE. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACOLHIDA. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. INERENTE AO TIPO. CONSEQUÊNCIAS. COLISÃO EM OUTROS VEÍCULOS. DANO A TERCEIROS. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. PERÍODO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Considerando que o patrimônio do Distrito Federal foi incluso no rol dos bens protegidos pelo inciso III do parágrafo único do artigo 163 do Código Penal somente pela Lei nº 13.531, de 7 de dezembro de 2017, e que, antes disso, a jurisprudência consolidada no STJ entendia que o dano ao patrimônio distrital não configurava o crime de dano qualificado, deve a conduta ser desclassificada para forma simples.
(...)

6. Preliminar acolhida, de ofício, para declarar a nulidade do processo quanto ao crime de dano. No mérito, recurso

parcialmente provido quanto ao crime de embriaguez ao volante.^[10]

Apesar disso, a controvérsia permanecerá quanto aos fatos ocorridos antes da referida lei, considerando que o texto normativo ainda é recente, de modo que é necessário aguardar o posicionamento consolidado dos tribunais sobre o tema.

CONCLUSÃO

A partir dos temas debatidos é possível se depreender que a intenção do legislador, desde a redação originária do Código Penal, foi a de tratar com maior rigor os crimes patrimoniais contra bens públicos. Assim, é difícil crer que o legislador tenha tido a intenção de proteger a União, os Estados e os Municípios, mas não se interessado em conferir essa proteção potencializada ao patrimônio do Distrito Federal. Caso não se tratasse, na hipótese, de legislação penal, bem provável que os tribunais superiores, dando uma interpretação sistemática e teleológica ao ordenamento jurídico, estendessem as consequências jurídicas dos dispositivos legais às condutas praticadas contra o patrimônio distrital, o que também fundamenta o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Não obstante, o manejo Direito Penal exige especial cautela por parte do operador do direito, uma vez que a tutela do direito de liberdade está submetida a princípios constitucionais protetivos, dentre os quais se destaca o princípio da reserva legal elencado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Assim, seguindo o consenso doutrinário de que na seara criminal não é admitida a analogia *in malam partem*. O Superior Tribunal de Justiça, contrariando diversos precedentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, entendeu por bem afastar a aplicação analógica do artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, antes do avanço da Lei nº 13.531/2017. O posicionamento da Corte Cidadã é condizente com a proteção conferida ao cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Contudo, o implemento da legislação que equiparou as condutas também está em consonância com ditames constitucionais, sobretudo com o princípio da isonomia, o qual exige que situações equivalentes tenham o mesmo tratamento

legal, permanecendo, sem embargo, a controvérsia quanto aos fatos anteriores à norma.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3763/2004*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=92F62A4938F958636CB0A9B084A84807.proposicoesWebExterno1?codteor=257050&filename=Tramitacao-PL+3763/2004> Acesso em: 28 fev. 2019.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Método, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* 154051/DF, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. j. 27/05/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Apelação Criminal*: 20120111325284APR. Terceira Turma Criminal. Rel. Desembargador Jesuino Rissato. J. 01/07/2015.

_____. *Apelação Criminal no Juizado Especial* 20130510104152APJ. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Rel. Juiz Robson Barbosa de Azevedo. j. 12/08/2015.

_____. *Apelação Criminal* 20170110235183APR, 2ª Turma Criminal, Rel: Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos j. 30/11/2018.

UNIÃO. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

[1] BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 944.

[2] Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005); V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

[3] Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

[4] SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 105.

[5] CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3763/2004*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=92F62A4938F958636CB0A9B084A84807.proposicoesWebExterno1?codteor=257050&filename=Tramitacao-PL+3763/2004> Acesso em: 28 fev. 2019.

[6] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2007. p. 155/156. vol. 1.

[7] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Apelação Criminal: 20120111325284APR. Terceira Turma Criminal. Rel. Desembargador Jesuino Rissato. J. 01/07/2015.*

[8] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Apelação Criminal no Juizado Especial 20130510104152APJ. Terceira Turma Recursal dos*

Juizados Especiais do Distrito Federal. Rel. Juiz Robson Barbosa de Azevedo. J. 12/08/2015.

[9] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus: HC 154051/DF 2009/0226277-8, 6ª Turma, Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. j. 27/05/2013

[10] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Criminal 20170110235183APR, 2ª Turma Criminal, Rel: Des. Silvanio Barbosa dos Santos j. 30/11/2018.

NOTAS HISTÓRICAS DO DIREITO E PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL NO BRASIL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO FUNDIÁRIA DO PERÍODO COLONIAL AO PERÍODO REPUBLICANO

RUBEM RIBEIRO DE CARVALHO: Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins - UFT, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Tocantins - UNITINS, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Tocantins - UNITINS, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha, Juiz de Direito no Estado do Tocantins - Titular do 2º Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Palmas, Juiz Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins - 2016-2018 e 2018-2020, Professor de Pós-Graduação em Direito na Escola Superior da Magistratura Tocantinense - ESMAT.

Resumo: Diante das diversas alterações legais do sistema de registro de imóveis e do seu papel com instrumento de garantia da propriedade privada, o presente artigo traça, por meio de notas sobre a história do direito e proteção da propriedade imóvel no Brasil, como se deu a construção histórica do atual sistema de registros de imóveis, a fim de subsidiar novas reflexões sobre a necessidade de alterações do atual sistema e a construção de uma nova ordem legal e procedimental sobre o tema.

Palavras-chave: Propriedade Privada. Propriedade Imóvel. História do Direito da Propriedade Privada. Registro de Imóveis. Legislação Fundiária.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO E PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL NO BRASIL. 2.1 PERÍODO COLONIAL. 2.2 PERÍODO IMPERIAL. 2.3 PERÍODO REPUBLICANO. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A compreensão do atual estado do direito à propriedade imóvel no Brasil deve partir do conhecimento histórico sobre como se deu a sua constituição no plano legal desde o período colonial até o atual período republicano, pois, como se sabe, a legislação regente sobre a matéria resulta de contextos que ligam no tempo modelos econômicos, políticas públicas e práticas culturais, entre outras singularidades próprias das relações sociais.

Certamente um dos maiores expoentes do Direito Brasileiro e profundo conhecedor do regime normativo e histórico das terras no Brasil, o Professor Rui Cirne de Lima iniciou uma das principais obras acerca do tema revelando-nos que “a história territorial do Brasil começa em Portugal” (Lima, 2002, p. 13). Conforme Lima (2002, p. 13), naquele pequeno Reino são encontradas as origens remotas do regime de terras brasileiro, que regula este vasto e intricado território, cujo domínio outrora pertenceu inteiramente à Coroa Portuguesa, mas que gradualmente e ao longo dos séculos transferiu-se ao Império, à República e também ao domínio privado.

Assim, o objetivo do presente artigo, baseando-se nos fatos históricos jurídicos tratados por Rui Cirne de Lima, é apresentar por meio de notas históricas sobre a evolução da legislação fundiária a partir da colonização até a República, alcançando-se, após, a legislação atual.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO E PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL NO BRASIL

2.1 PERÍODO COLONIAL

Um sistema jurídico de transcrição do título da propriedade imóvel surgiu diante da necessidade de se prestar maior garantia ao comércio por meio da hipoteca e decorreu da Lei n.º 1.237 de 24 de setembro de 1864, conforme se verá adiante.

Um longo período decorreu para se alcançar tal sistema, e no início, passado o período pré-colonial, a Coroa Portuguesa cedeu a posse de quinze capitanias hereditárias a nobres portugueses que se denominavam capitães donatários. Os instrumentos legais de transferência eram a carta de doação de terras e a carta foral.

A posse hereditária era atribuída ao nobre donatário, que não poderia vendê-la e cuja administração era repassada a seus descendentes após a sua morte. A carta foral estabelecia os direitos e deveres do capitão donatário, entre os quais criar vilarejos, doar terras, denominadas sesmarias, desempenhar o papel de autoridade judicial e administrativa, escravizar índios, receber a 20ª parte do lucro sobre o comércio do pau-brasil, repassar ao Rei de Portugal 10% da receita com o comércio dos produtos da terra e um quinto dos metais preciosos encontrados na capitania hereditária.

Todavia a transferência não era definitiva e as terras não cultivadas retornavam ao domínio do Rei de Portugal, conforme o sistema legal estabelecido por Portugal através da Lei D. Fernando I do ano de 1375 (Lei das Sesmarias), que foi incorporada nas ordenações Afonsinas de 1446, Manoelinas de 1511-12 e Filipinas de 1603.

Diversos fatores dificultaram a colonização do vasto território através do sistema de capitanias hereditárias e sesmarias o que contribuiu para a ocupação das terras por posseiros, os quais cumpriam o principal requisito para o recebimento da sesmaria, qual seja o cultivo, mas que não possuíam a transmissão legal da propriedade. Decorrente das dificuldades enfrentadas, efetivou-se a suspensão das sesmarias em 17 de julho de 1822, por ato do Imperador D. Pedro I:

Houve S.M.I. por bem resolver a consulta que subiu a sua augusta presença com data de 8 de julho do ano próximo passado, pela maneira seguinte: Fique o suplicante na posse das terras que tem cultivado, e suspendam-se todas as sesmarias até a convocação de assembleia geral constituinte. (SALOMÃO, 2009, p. 13).

2.2 PERÍODO IMPERIAL

Proclamada a independência, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 nada tratou acerca do regime de sesmarias, regulamentando no tocante à propriedade, a previsão de indenização em hipótese de desapropriação, garantindo o direito à propriedade e abolindo o confisco¹¹.

No período inicial do império permaneceu a ocupação da propriedade territorial sem regulamentação jurídica por três décadas, até que o Imperador D. Pedro II, buscando estabilizar as relações fundiárias no território brasileiro, promulgasse a Lei n.º 601 de 1850, conhecida como Lei de Terras, cujo ordenamento somente foi regulamentado pelo Decreto 1318, de 30 de janeiro de 1854.

Hely Lopes Meirelles (2014) traçando uma retrospectiva sobre a falta de sistematização da legislação e de atos sobre as terras, apresenta a seguinte digressão:

A legislação pertinente até a Lei das Terras – Lei 601, de 18.9.1850 – era a seguinte: Ordem de 27.12.1665, estabeleceu um foro para o concessionário, além do dízimo; Carta Régia de 7.12.1667, limitou a extensão das sesmarias; Carta Régia de 23.11.1698, declarou imprescindível a confirmação das concessões de sesmarias; Carta Régia de 3.3.1704, exigiu a demarcação judicial das terras concedidas; Decreto de 20.10.1753, proibiu a confirmação das concessões de sesmarias sem prévia medição e demarcação; Provisão de 11.3.1754, regulou a concessão de terras cortadas por rios caudalosos, reservando uma faixa para fins de utilidade pública; Carta Régia de 13.3.1797, proibiu a concessão de terras junto às costas marítimas e às margens dos rios que as banham; Alvará de 5.10.1797, consolidou as disposições até então vigentes; Alvará de 25.1.1807, proibiu se passasse carta de concessão de sesmaria sem prévia medição judicial julgada por sentença; Decreto de 2.7.1808, estabeleceu a obrigatoriedade da confirmação das concessões de sesmarias pela Mesa de Desembargo do Paço e assinatura real; Resolução de 17.7.1822, suspendeu as concessões; Provisão de 22.10.1822, manteve a suspensão anterior até que sobre o assunto se manifestasse a Constituinte.

Este novo ordenamento jurídico estabelecido então em meados do Império e impulsionado pela necessidade de minimizar as perdas que se vislumbrava com

o fim do tráfico de escravos, através da expansão territorial rural por aqueles que possuíam condição financeira para adquirir a propriedade^[2] (CALDEIRA, 1995, p. 92), criou o registro paroquial^[3]. Porém, referido registro, distante da criação jurídica do registro imobiliário da transmissão de propriedade, não estabelecia direito de propriedade algum ao possuidor, se a posse decorrente da concessão de sesmaria ou de ocupação primária não fosse submetida ao crivo administrativo das Repartições Provinciais para revalidação, ou para legitimação na hipótese de posse de fato, na forma dos artigos 4º, 5º e 11, da Lei n.º 601-1850^[4].

O registro paroquial resumiu-se, portanto, a um registro estatístico, não decorrendo deste o direito de propriedade. Todavia, o objetivo econômico era estabelecer a aquisição da propriedade pela compra e venda. Teixeira de Freitas assim escreveu sobre o registro paroquial:

A revalidação e legitimação, das posses de terras, nos termos da legislação das terras devolutas e públicas, não é uma obrigação dos possuidores, a cujo cumprimento possam ser compelidos judicialmente ou administrativamente. É um direito, que lhe foi facultado, e de que podem usar, se quiserem. Não usando, deixando de proceder à respectiva medição nos prazo marcados, incorrem no comisso do Art. 8º da Lei de 18 de setembro de 1850.

[...]

Com esse registro (o Paroquial) nada se predis põe, como pensão alguns, para o cadastro da propriedade de imóvel, base do regime hypothecario germânico. Teremos uma simples descrição estatística, mas não uma exacta conta corrente de toda a propriedade imóvel do paiz, demonstrando sua legitimidade, e todos os seus encargos. O systema cadastral é impossível entre nós. (FREITAS, 2003, p. 533-534).

Ainda acerca do registro levado a efeito pelo vigário da respectiva freguesia, por meio do qual o pároco não possuía atribuição, nem mesmo autorização legal para avaliar a legitimidade da posse, Francisco Morato discorreu:

É crença mui vulgarizada entre os que exercitam em divisões e demarcações de terras, que constituem títulos de jus in re os denominados registros dos vigários; pelo que, frequentemente se depara em autos papeis dessa natureza, em original ou certidões extrahidas dos livros recolhidos ao arquivo do Estado, opostos e prevalecendo contra documentos de valor indiscutível. Erro manifesto; o registro do vigário não confere jus in re nem direito nenhum.

[...]

Fazia-se o registro perante os vigários das freguezias dos immoveis, mediante simples declaração dos possuidores, escriptas em dous exemplares eguaes, datados e assinados por elles ou por aquelle que lavrasse os escriptos, caso soubessem escrever. (...) Não era licito aos vigários conhecer da procedência ou falsidade das declarações, e menos ainda impor multas. Si as declarações fossem deficientes ou pejadas se achassem de erros grosseiros, nem assim podiam recusa-las, cumpria-lhes advertir e instruir as partes e, si estas insistissem no registro, proceder a elle, a despeito de tudo. Contra o registro nenhuma reclamação se permittia, pelo motivo que a ninguém podia prejudicar senão à Nação e a Nação previamente se declarava contente com as terras que não tinham pretendentes. Compreende-se que registro assim feito, calcado em taes moldes, não podia conferir direito algum aos possuidores; e nenhum conferia, nos termos expressos do art. 94 do decreto n.º 1.318 de 1854. (MORATO, 1944, p. 145-147).

Percebe-se que a Lei de Terras buscando a regulação da situação fundiária do Império, trouxe importantes regramentos para consolidação da propriedade por quem detinha a posse e cultivava a terra.

No entanto, não garantiu uma forma segura de se externar o domínio, deixando de regular a publicidade da propriedade, o que gerava insegurança acerca da garantia da propriedade e ainda nas relações comerciais, na medida em

que estabelecia regras para a alienação e para a hipoteca do bem, conforme artigo 11 daquela lei, tratando que para tanto deveria o possuidor buscar o procedimento regido pelos artigos 4º e 5º da respectiva legislação, mas por outro lado não estabeleceu uma forma de se dar publicidade à transcrição do domínio em cadeia única de forma a impedir a negociação do mesmo imóvel rural com pessoas distintas, ocupantes das condições de comprador e vendedor.

Tudo isto gerava insegurança no comércio, notadamente para a garantia real dos pagamentos de créditos concedidos, garantia que se dava através da hipoteca.

Para resguardar a segurança comercial nas transações de crédito, retornando ao tema tratado no primeiro parágrafo, surgiu a lei n.º 1.237/1864, segurança que não foi alcançada também pela lei orçamentária n.º 317 de 21 de outubro de 1843 que instituiu o registro geral de hipotecas.^[5]

A Lei n.º 1237 de 1867, antes de garantir a segurança da propriedade, buscou a segurança comercial, criando, porém o primeiro sistema de registro da transmissão da propriedade imóvel no território brasileiro, regulamentado pelo Decreto 3453 de 1865.

A necessidade de garantia real para impulsionar o sistema financeiro de crédito no Império, fez com que o sistema financeiro pressionasse o governo para adoção da garantia do crédito imobiliário, permitindo aos credores tomarem conhecimento acerca de hipotecas já preexistentes sobre o bem dado em garantia pelo tomador do empréstimo, circunstância que o registro geral do art. 35 da Lei Orçamentária n.º 317 de 1843 não garantiu. A iniciativa permitiria empréstimos com juros inferiores aos praticados à época e prazos mais longos, fator importante para o desenvolvimento da economia agrícola do Brasil Império, cujo crédito ainda baseava-se na confiança pessoal sendo necessário aprofundar o uso do sistema da garantia real, aumentando assim a confiança dos credores, principalmente do sistema bancário de crédito.

Neste novo sistema jurídico foi criada a transcrição, ato necessário que se tornou obrigatório para que se operassem os efeitos da transmissão entre vivos por ato oneroso^[6].

Todavia a transcrição ainda não operava a garantia do domínio^[7], pois como dito anteriormente o objetivo deste sistema legal era a segurança comercial e não tinha como foco principal a segurança do direito da propriedade, apesar de uma complementar a outra necessariamente.

Estabeleceu-se uma segurança para o registro da transcrição, mas como forma de se firmar a certeza da relação comercial, qual seja o empréstimo, cuja hipoteca era a garantia real inscrita no documento de transcrição da transmissão por ato entre vivos, apesar do ato da transcrição em si não se firmar como momento de transmissão da propriedade privada, diversamente no que viria a ocorrer em 1917, com a vigência do Código Civil Brasileiro, mas servindo apenas, e tão somente, a dar publicidade à transmissão. Outro aspecto referia-se à individualização do imóvel que garantia a dívida, criando-se a certeza de que não havia outra hipoteca sobre aquele bem, ou acaso existisse, estabelecendo-se a ordem legal de garantia.

Dava-se neste aspecto a especialidade, um dos princípios norteadores do registro público de imóveis. Outro princípio observado pelo referido sistema legal implantado em 1864, foi da publicidade^[8], obrigando-se ao oficial a fornecer as certidões e informações necessárias acerca do registro da propriedade. Outro princípio atual, já elencado naquele sistema legal foi o da prioridade^[9], quando se estabeleceu a ordem da prenotação para os títulos levados a registro, através da anotação no livro de protocolo. Surgia assim o sistema de prenotação ainda utilizado no sistema atual.

A Lei das hipotecas, precursora do registro de imóveis, constituiu a propriedade imóvel, garantia real de crédito nas transações comerciais. A vedação da condição de prova do domínio à transcrição^[10], certamente ocorreu devido às incertezas quanto à propriedade rural e aos conflitos existentes sobre a relação fundiária na época. Como era incerto o domínio e as dimensões das propriedades, o parlamento, naquele momento histórico, decidiu não reconhecer que o registro da transcrição da escritura de compra e venda, por certo lavrada sem o conhecimento da cadeia dominial, constituir-se-ia prova cabal do domínio da terra. Isto é percebido pela conjuntura fundiária da época, assim como pelas declarações do então Ministro da Justiça, José Thomaz Nabuco de Araújo, autor do projeto da Lei n.º 1.237/1864, para quem a prova do domínio pela transcrição somente poderia ser infirmada após uma completa regularização fundiária que

individualizasse as propriedades imóveis rurais, estabelecendo-se os limites das respectivas áreas (FREITAS, 2003. 1867 p. CCIII).

Augusto Teixeira de Freitas ao elaborar a Consolidação das Leis Civis, em 1876, por autorização do Governo Imperial se contrapôs aos opositores do projeto e se manifestou em consonância com o mesmo, mas em relação ao discurso de Nabuco de Araújo, acrescenta que a comissão especial da câmara sugeriu que a transcrição deveria ter sido mais valorada:

Coube ao laborioso ministro da justiça o Sr. Nabuco de Araújo a glória de propagar no país as novas ideias que dominam a matéria das hipotecas em harmonia com os progressos da ciência. Seu relatório de 1854 lançou as primeiras sementes, fez compreender a urgência da reforma hipotecária, a necessidade de fundar o crédito territorial sobre a base da hipoteca. O pensamento cardeal do seu Projeto apresentado ao corpo legislativo na sessão de 25 de julho do mesmo ano foi a publicidade das hipotecas e com ela a de todas as transmissões de imóveis por título entre vivos, e constituições de direitos reais. Uma comissão especial da câmara dos deputados examinou esse projeto e seu parecer abundou nas mesmas ideias e até excedeu-as, opinando que a transcrição no registro público dos títulos de transmissão dos imóveis devia ter um valor ainda maior do que se lhe dera no projeto. (FREITAS, 2003. p. CXCIX.)

Para Lysippo Garcia, tratou-se de uma negativa de prova de direito, conforme leciona ao tratar do registro de imóveis:

como guzano, que coroe o tronco em que consegue aninha-se, ficou, em nosso sistema imobiliário, a corroer a consolidação da propriedade, o princípio, que negava à transcrição a força de provar o domínio... a Lei de 1864, assim como a de 1890, esquecendo que o fim visado era a segurança da propriedade imóvel e da garantia hipotecária, negou em absoluto à transcrição poder para provar os direitos que publicava. (GARCIA, 1922. p. 97)

Todavia o instituto, combatido por alguns à época, foi pouco utilizado, podendo extrair-se tal conjuntura do relato do Magistrado de Itajaí, Manuel Martins Torres, em 1876:

Em princípios de 1873, quando na forma do decreto 3.572 de 30 de dezembro de 1865, tivemos que organizar a estatística judiciária do ano anterior desta Comarca de Itajaí, oito anos depois da publicação da lei, deixamos de remeter o mapa relativo às transcrições de imóveis por não constar uma só do livro respectivo, que se achava em branco, quando pelos livros de notas, verificamos que desde a época da promulgação da lei até aquela data, muitos contratos de transmissões de imóveis entre vivos (além dos particulares) tiveram lugar. Faltando, portanto, a todos esses contratos a solenidade importante e garantidora da transcrição, de cuja data tais contratos, perfeitos e acabados entre as partes contratantes ou seus herdeiros, principiam a operar seus efeitos a respeito dos terceiros.

Procurei por todos os meios ao meu alcance tornar bem conhecida essa disposição e os inconvenientes que poderiam resultar de sua não observância. E hoje, felizmente, já consta do livro respectivo mais de cinquenta transcrições.

Sou informado de que em muitos municípios o livro n. 4 para esse fim destinado, ainda se acha em branco! [...] A lei vigora há onze anos mais ou menos; tempo mais que suficiente para ser bem conhecida e executada! (TORRES, 1876, p. VIII-X.)

Mesmo não conferindo valor de prova do domínio à transcrição, a referida lei estabeleceu que sem a observância do requisito da transcrição, o objeto da escritura, qual seja a transmissão da propriedade, não se operaria. Ou seja, não garantia o direito de propriedade, mas sem a observância do procedimento, então instituído, a transmissão também não se completava, pois deixou a tradição de ser o ato consumidor da compra e venda. Garantia por sua vez a hipoteca, visto que o adquirente ao registrar a escritura, obrigatoriamente tomaria conhecimento da referida garantia real, que prevaleceria em relação à propriedade. Se não levasse

a registro, não teria valor legal e também nesta hipótese, a hipoteca, mesmo não sendo de seu conhecimento, teria prevalência. Estava alcançado o objetivo da Lei n.º 1237 de 1864, qual seja a garantia da segurança comercial. Assim, a lei das hipotecas trouxe a certeza da garantia do crédito pela hipoteca, sem, contudo concorrer para a certeza do domínio, pois atestava tão somente a alienação.

2.3 PERÍODO REPUBLICANO

Passado o Império e proclamada a República, a Constituição de 1891, manteve em vigor parte da legislação então existente, e manteve as regras legais existentes acerca da transmissão e do registro de imóveis.

Nesta época já não mais se encontrava em vigor a Lei n.º 1.237/1864, revogada pelo Decreto 169-A de 19 de janeiro de 1890, aprovado, pois já no novo regime republicano, mas que não trouxe alteração substancial no sistema instituído pela lei das hipotecas, mantendo a exigência da transcrição da transmissão do domínio e a inscrição da hipoteca, excluindo o dispositivo que tratava da hipoteca do escravo, pois já se encontrava abolida a escravatura.

Naquele mesmo ano, não tendo sido alcançada a regularização da situação fundiária no país e reinando a incerteza acerca da propriedade territorial rural, foi instituído, pelos Decretos 451-B de 31 de maio e 955-A de 05 de novembro, o Registro Torrens.

Este sistema registral, implantado no governo provisório do Presidente Marechal Teodoro da Fonseca por ação de Rui Barbosa, Ministro da Fazenda, Campos Salles, Ministro da Justiça e Francisco Glycerio, Ministro da Agricultura e dos Transportes, é reproduzido a partir do sistema instituído na Austrália, em 1858 por Robert Richard Torrens, patronímico que dá origem ao título do sistema, cuja implantação teve por objetivo, segundo Lopes (1925, p. 15), "estabelecer um systema efficaz de publicidade imobiliária, e commercialisar a circulação dos títulos relativos ao domínio sobre a terra^[11]." Tratava-se de um sistema facultativo para a propriedade particular. Para a alienação de terras públicas o registro tornou-se obrigatório a partir de 31 de maio de 1890^[12].

Barbosa, Salles e Glycerio (1890, p. 12), expõem as vantagens do referido sistema apresentadas ao parlamento da época:

Reduzindo-o aos seus traços capitaes, o regimen proposto assignala-se caracteristicamente por estes predicados:

1º Faculdade aos proprietarios de aceitarem-no, ou permanecerem no direito commum;

2º Registro de todos os direitos, que gravarem o immovel, para a constituição delles entre as partes e a sua acção contra terceiros;

3º Garantia do Estado aos proprietarios inscriptos e, em consequencia, responsabilidade pecuniaria do Thesouro para com os prejudicados por erros na matricula, ou na entrega dos titulos;

4º Publicidade real, e não pessoal, isto é, instituição de um grande livro das terras, onde cada propriedade, em vez de cada proprietario, tenha aberta a sua conta;

5º Entrega a cada proprietario de um certificado com o valor do titulo, renovavel em cada transferencia da propriedade;

6º Facilidade aos proprietarios de constituirem emprestimos, mediante penhor do titulo, consignado em garantia ao mutuante;

7º Substituição da incerteza pela segurança, da obscuridade e do palavreado pela brevidade e pela clareza;

8º Reducção de avultados gastos a um desembolso minimo, e abreviação de mezes a dias no tempo despendido;

9º Protecção ás transacções sobre a propriedade territorial contra a generalidade das fraudes;

10º Restituição do seu valor natural aos titulos de propriedade, depreciados pela interdependencia das escripturas successivas de aquisição e transmissão.

O decreto, que ora vos apresentamos, delinea essa instituição, que o regulamento desenvolverá. (Barbosa, Salles e Glicerio, 1890, p. 12),

Neste sistema se estabeleceu a transcrição como prova do domínio e seu deferimento torna o registro livre de qualquer vício capaz de macular a propriedade.

Se ocorresse erro no processo de constituição do registro e no reconhecimento do domínio para este não haveria retrocesso, sendo na hipótese, paga indenização ao real proprietário, e para tanto se constituiu pelo referido decreto um fundo de garantia, que serviria também para indenizar o credor que se visse privado de uma garantia hipotecária. ^[13]

O decreto 451-B de 1890 foi revogado em 1991, pelo Decreto 11 de 18 de janeiro. Todavia, referido sistema de registro permanece existente em nosso ordenamento jurídico, tendo convivido com o sistema de registro de imóveis comum instituído pelo Código Civil de 1916, estando atualmente regulamentado pela Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973^[14], a mesma legislação que estabelece as regras atuais do sistema de registro de imóveis comum.

O sistema de registro de imóveis, amplamente difundido e utilizado nos tempos atuais, teve seu início com a vigência do Código Civil Brasileiro em 1º de janeiro de 1917^[15].

O Código Civil de então estabeleceu que a propriedade passava a ser adquirida pela transcrição do título de transferência no registro de imóveis^[16]. A presunção de propriedade é estabelecida de forma “juris tantum”, na medida em que o título carregado de vício permite que o terceiro prejudicado busque a anulação do registro^[17], observado nesta circunstância o princípio da legitimidade. Uma vez contestado o domínio caberia ao prejudicado provar a existência de vício que maculasse o registro pela falha do título de transmissão, estando o ato do registrador revestido de fé pública.

Outro aspecto importante tratado pelo legislador foi a previsão da inscrição de outros atos no registro do imóvel, permitindo um maior conhecimento da situação jurídica do imóvel, entre os quais os julgados das ações divisórias, as

sentenças proferidas em inventários e partilhas que promovessem a adjudicação do imóvel para pagamento de dívidas do espólio e as arrematações e adjudicações em hastas públicas^[18].

Para execução dos novos comandos legais instituídos no Código Civil de 1916, foi editado em 24 de dezembro de 1928, o Decreto n.º 18.542^[19], o qual trouxe novos requisitos para a escrituração pública e para os registros^[20], o que segundo pensamentos de jurista da época (LINS, 1930, p. 166), o tornaria inconstitucional por se tratar de um regulamento editado pelo Presidente da República. Por outro lado o Decreto n.º 4.827 de 1924 já obrigava a inscrição das penhoras e citações nas ações reais e reipersecutórias relativas a imóveis^[21].

Após a década de 1930, o Brasil passou por grande transformação política, econômica e social. Principalmente nos último 70 anos do século XX. Todavia, até a promulgação da Lei dos Registros Públicos de n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973, neste período houve pouca transformação da legislação regradora do registro de imóveis. Dois Decretos foram promulgados em 1939 e 1969: Decreto n.º 4.857 e Decreto Lei n.º 1000. Este último, buscando atualizar o anterior e unificar alterações outras ocorridas nas três décadas que os separam, objetivava a modernização do registro público e aprimorou, nas regras que jamais chegaram a vigor, a aplicação do princípio da especialidade, constituindo como requisito para a transcrição a menção ao estado civil e nacionalidade do comprador e do vendedor.

No transcorrer destas décadas, em que o país viveu intercaladamente períodos democráticos e de supressão de direitos com forte atuação do poder central na ordem econômica, a elite agrário-exportadora perdeu influência e a legislação regente da propriedade não sucumbia mais exclusivamente a seus interesses, apesar do Brasil continuar predominantemente rural nas décadas que se seguiram^[22].

Skidmore retrata bem a situação em que a dependência do café persiste após a primeira grande guerra, mas que esta vai cedendo espaço à industrialização e as mudanças decorrentes desta transformação econômica:

Embora a economia brasileira saísse dos anos de guerra com inflação alta, ela demonstrou ser notavelmente elástica na década de 1920. O país dependia pesadamente das

exportações de café, como antes da Primeira Guerra Mundial, mas felizmente os preços mundiais para as exportações brasileiras começaram a subir em 1923 e haviam mais do que dobrado em torno de 1925, nível esse que se manteve apenas com um ligeiro declínio até a crise de 1929. Esses preços elevados possibilitaram ao Brasil aumentar suas exportações em 150% entre 1922 e 1929, período no qual a indústria brasileira foi capaz de duplicar as importações de bens de capital (o elemento essencial para a industrialização subsequente). O que esses dados nos dizem é que o Brasil estava usando boa parte de seus ganhos com a exportação para financiar às importações necessárias à industrialização. Em outras palavras o Brasil estava diversificando sua economia afastando-se da dependência da agricultura. O rápido crescimento da indústria na década de 1920 criou a oportunidade para a organização mais efetiva dos sindicatos de trabalhadores urbanos. Na verdade, contudo, os sindicatos continuavam a ser fracos pelas razões já expostas – a pequena escala da maioria dos locais de trabalho, o suprimento excedente de trabalhadores e, mais notavelmente a interminável repressão da atividade pelos empregadores, polícia e governo. (SKIDMORE, 2003, p. 14-142)

Após sucessivos adiamentos da vigência do Decreto n.º 1000/1969, adveio a Lei n.º 6.015/1973, ordenamento jurídico que institui o sistema de registro de imóveis, que atualmente rege a relações da propriedade imóvel.

Naquele momento histórico era crescente o movimento pela revisão do tratamento da propriedade. Para tanto se buscava a reforma da legislação civil, estando em andamento estudos para um novo Código Civil, que diversamente do Código Civil de 1916, assentado em um pensamento dominado pelas oligarquias rurais, deveria enxergar na propriedade privada sua função social, cujo regramento tornaria a propriedade passível de limitações pelo Direito Público e pelo Direito Privado de maneira a atender também ao interesse coletivo.

A Lei de Registro de Público que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1976, após reforma no período da “vacatio legis”, concentrou a normatização sobre registro, inclusive o sistema de Registro Torrens, mantido apenas para o imóvel rural^[23].

Referida legislação revogou expressamente a Lei n.º 4.287 de 7 de março de 1924, os Decretos n.º 4.857 de 09 de novembro de 1939, 5.318 de 29 de fevereiro de 1940 e 5.553 de 06 de maio de 1940 e o Decreto-Lei n.º 1000 de 21 de outubro de 1969, não tendo este último entrado em vigor^[24]. Não houve revogação expressa do Decreto 451-B/1890 que instituiu o Registro Torrens. O artigo 310 que tratou expressamente das referidas revogações, foi alterado antes de sua vigência pela Lei n.º 6.064/1974, e em sua nova redação faz menção apenas a revogação das disposições contrárias^[25]. No entanto o referido Decreto 451-B/1890 somente foi revogado em 18 de janeiro de 1991 pelo Decreto n.º 11^[26].

A Lei n.º 6.015/1973 sofreu diversas alterações ao longo destas três décadas, e dentre as mais recentes está a modificação promovida pela Lei n.º

11.952 de 25 de junho de 2009^[27], cujo artigo 40, inseriu um quarto inciso no art. 250, da lei alterada, trazendo ao ordenamento jurídico a previsão de cancelamento do registro de título expedido para fins de regularização fundiária após a declaração da rescisão do título em procedimento administrativo próprio.

Este sistema conviveu com as regras do Código Civil de 1916 e após o ano de 2002 com as regras do vigente Código Civil.

O Código Civil atual, Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, surgiu dos pensamentos advindos das décadas do século XX, que se seguiram à promulgação do Código Civil de 1916, que buscavam conciliar o interesse particular e o coletivo. Como já exposto acima o pensamento predominante no final do século XIX e início do século XX, sofreu grande transformação pelos eventos que marcaram fortemente o século passado, entre eles as duas grandes guerras mundiais que alteraram substancialmente a formação geopolítica e econômica e do mundo, influenciando diretamente o pensamento dos juristas brasileiros, assim como da sociedade e por consequência do governo e do parlamento.

Dentre as mudanças buscadas pelas comissões de juristas da época, interessa observar a inclusão do artigo 429^[28], no anteprojeto elaborado por Orlando

Gomes que declarava nulo o registro se o título levado à transcrição fosse inválido, diferentemente da redação final constante no Código Civil aprovado, derivado de um novo anteprojeto, cujo artigo 1245, § 2º^[29] normatiza que enquanto não houver a decretação de invalidade do registro e seu respectivo cancelamento, por meio de ação própria, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel. Já o anteprojeto elaborado por Orlando Gomes normatizava que não seria necessária ação direta para invalidação de registro nulo^[30].

O Código Civil vigente buscou corrigir as falhas na sistemática de tratamento do registro imobiliário tratando da transferência da propriedade e da aquisição do domínio pelo registro, deixando, porém, a matéria atinente aos procedimentos para a legislação própria, Lei de Registro de Públicos, apesar de ainda trazer algumas previsões que poderiam perfeitamente ficar adstritas à Lei n.º 6.015/1973, como exemplo a possibilidade de retificação^[31]. O novo Código atualizou a terminologia do ato de transcrição definindo-o como registro de forma a manter coerência com a Lei de Registros Públicos que também utiliza tal terminologia^[32].

Alcançada razoavelmente a segurança do comércio e prestada maior garantia ao direito de propriedade, deve-se caminhar em direção à regularização da vasta área de terras ainda dependentes de regularização fundiária, dada a confusão entre terras devolutas e propriedades privadas na região da Amazônia legal, posses sem a existência de títulos que confirmam legalmente à propriedade àqueles que de fato a possuem, usufruem e produzem.

Novo instrumento ao alcance dos possuidores e do poder público para alcançar tamanho objetivo surge com a promulgação da Lei n.º 11.952 de 25 de junho de 2009^[33], que permitirá se bem utilizada, grandes avanços no terreno da regularização fundiária. Mas é necessário controle e atenção pelos agentes envolvidos para que referido instrumento não sirva à especulação da terra, afastando seus verdadeiros objetivos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas notas históricas sobre o direito privado da propriedade imóvel demonstra o quão importante é o conhecimento do desenvolvimento do direito pátrio sobre matérias específicas, no caso aqui sobre a garantia da propriedade

imóvel e a necessidade e importância da regularização fundiária para o desenvolvimento econômico no âmbito regional, mas, também, nacional.

Como se vê, muitas alterações, idas e vindas do sistema de registro de imóveis ocorreram no decorrer da história da propriedade privada de imóveis no Brasil. Esta, por sua vez, só demonstra que ainda há muito a se fazer no plano legal para que se consolide o sistema de registro e efetivamente se garanta o direito de propriedade. A mutação tecnológica e a necessidade de novos instrumentos de publicização dos títulos de propriedade se mostram urgentes.

Mas, como já dito, tal desenvolvimento depende de profundas reflexões sobre a construção do atual sistema e a projeção, a partir do seu real conhecimento, de uma nova realidade que se impõe e nos leva a uma nova dimensão de garantias, instrumentos de desburocratização do atual sistema de registros e de um novo sistema de registros que, de fato, cumpra com a sua função social e econômica.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui, SALLES, Manoel F. de Campos, GLICERIO, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto n. 451-B de 31 de maio de 1890**, Câmara dos Deputados, in: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-451-b-31-maio-1890-516631-norma-pe.html>.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá: empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

FREITAS, Augusto Teixeira. **Consolidação das leis civis**. Ed. Fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Coleção história do direito brasileiro. Direito Civil.

GARCIA, Lysippo. **O Registro de imóveis**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922.

LIMA, Rui Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 5ª Ed. Goiânia: Editora UFG, 2002.

LINS, Jair. **Razões e Pareceres**. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1930, Vol. 55.
LOPES, Américo; LOPES, Cícero. **Commentários, Notas e Formulários sobre o Registro Torrens**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1925.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MORATO, Francisco. **Da Prescrição nas ações divisórias**. 2. Ed. São Paulo: Livraria Acadêmica. Saraiva e Cia, 1944.

SALOMÃO, Luis Felipe, **Resp n.º 389372**, encontrado em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5390545&num_registro=200101525224&data=20090615&tipo=91&formato=PDF

SKIDMORE, Thomas F. **Uma História do Brasil**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

TORRES, Manuel Martins. **Lei Hypothecaria: Lei n. 1.237 de 24 de setembro de 1864 e Decreto 3453 de 26 de abril de 1865, completamente anotada**. Rio de Janeiro: Editor A. A. da Cruz, 1876.

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

[...]

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indenmisação.

[2] Art. 14. Fica o Governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta publica, ou fóra della, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta á venda, guardadas as regras seguintes: (...)

Art. 18. O Governo fica autorizado a mandar vir annualmente á custa do Thesouro certo numero de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agricolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração publica, ou na formação de colonias nos logares em que estas mais convierem; tomando anticipadamente as medidas necessarias para que taes colonos achem emprego logo que desembarcarem.

Art. 19. O producto dos direitos de Chancellaria e da venda das terras, de que tratam os arts. 11 e 14 será exclusivamente applicado: 1º, á ulterior medição das terras devolutas e 2º, a importação de colonos livres, conforme o artigo precedente. (Lei n.º 601 de 18 de setembro de 1850).

[3] Art. 97. Os Vigarios de cada huma das Freguezias do Imperio são os encarregados de receber as declarações para o registro das terras, e os incumbidos de proceder á esse registro dentro de suas Freguezias, fazendo-o por si, ou por escreventes, que poderão nomear, e ter sob sua responsabilidade. (Decreto 1318, de 30 janeiro de 1854).

[4] Art. 4º Serão **revalidadas** as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com principios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionario, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas.

Art. 5º Serão **legitimadas** as posses mansas e pacificas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: (...).

Art. 11. Os posseiros serão obrigados a tirar titulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por effeito desta Lei, e sem elles não poderão hypothecar os mesmos terrenos, nem alienal-os por qualquer modo.

Esses titulos serão passados pelas Repartições provinciaes que o Governo designar, pagando-se 5\$ de direitos de Chancellaria pelo terreno que não exceder de um quadrado de 500 braças por lado, e outrotanto por cada igual quadrado

que de mais contiver a posse; e além disso 4\$ de feitio, sem mais emolumentos ou sello.

[5] Art. 35 Fica creado um Registro geral de hypothecas, nos lugares e pelo modo que o Governo estabelecer nos seus Regulamentos. (Lei n.º 317, de 21 de outubro de 1843, regulamentada pelo Decreto n.º 482 de 14 de novembro de 1846)

[6] Art. 8.º A transmissão entrevivos por titulos oneroso ou gratuito dos bens susceptiveis de hypothecas (art. 2.º § 1.º) assim como a instituição dos onus reaes (art. 6.º) não operão seus effeitos a respeito de terceiros, senão pela transcripção e desde a data della. (Lei n.º 1237 de 1864).

[7] Art. 8º[...]

§ 4.º A transcripção não induz a prova do dominio que fica salvo a quem fôr. (Lei n.º 1237 de 1864).

[8] Art. 80. Os officiaes do registro são obrigados:

§ 1.º A passar as certidões requeridas.

§ 2.º A mostrar ás partes, sem prejuizo da regularidade do serviço, os livros do registro, dando-lhes com urbanidade os esclarecimentos verbaes, que ellas pedirem.

Art. 81. Qualquer pessoa é competente para requerer as certidões do registro, sem importar ao official o interesse que ella possa ter.

Art. 82. Recusando ou demorando o official a certidão, póde a parte recorrer ao Juiz de Direito, que deverá providenciar sobre o caso com toda a promptidão.

Art. 83. As certidões serão passadas pelo official do registro sem dependencia de qualquer despacho.

[9] Art. 46. O numero de ordem do Protocollo é que determina a prioridade do titulo, ainda que os outros titulos sejam registrados.

[10] Art. 8º ...

§ 4.º A transcripção não induz a prova do dominio que fica salvo a quem fôr. (Lei n.º 1.237 de 1864).

[11] Lopes, Américo; Lopes Cícero. Commentários, Notas e Formulários sobre o Registro Torrens. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1925, p. 15.

[12] Art. 1º Todo o imóvel, susceptível de hypotheca ou onus real, póde ser inscripto sob o regimen deste decreto.

As terras publicas, porém, alienadas depois da publicação d'elle, serão sempre submettidas a esse regimen, pena de nullidade da alienação, sendo o preço restituído pelo Governo, com deducção de 25 por cento.

Serão tambem obrigatoriamente sujeitos ao mesmo regimen, si o Governo julgar conveniente, os terrenos e predios da Capital Federal no perimetro marcado para o imposto predial.

[13] Art. 60. Sobre o imóvel, que pela primeira vez se matricular, assim como sobre o já matriculado, que passar a outro dono por successão testamentaria, ou ab intestato, pagar-se-hão as taxas estipuladas na tabella annexa.

§ 1º Essas taxas serão cobradas sobre o valor da avaliação, feita na fórmula do art. 23, ou por unidade metrica, quando se tratar de predios urbanos.

§ 2º Em caso de alienação directa pelo Estado, a taxa será calculada segundo o custo da aquisição.

§ 3º No de successão ab intestato ou testamentaria, calcular-se-ha segundo o preço do inventario, ou da partilha amigavel.

Art. 61. As sommas assim recebidas e as multas, de que trata este decreto (art. 71), serão entregues ao Thesouro Nacional, por intermedio das repartições de fazenda (art. 62), para formar, com os juros, que produzirem, um fundo de garantia, cuja importancia o Ministro da Fazenda poderá utilizar em compra de letras hypothecarias, como titulos de renda.

§ 1º Desse fundo pagar-se-hão os creditos, judicialmente reconhecidos, das pessoas que houverem sido privadas do dominio, da garantia hypothecaria, ou de direito real, pela admissão de um imóvel, no todo, ou em parte, ao regimen deste decreto, ou pela entrega de titulo, ou outra inscripção de acto, que obste a acção contra aquelle a quem aproveitou o registro.

§ 2º No caso de insufficiencia do fundo de garantia, pagará a indemnização o Thesouro Nacional por intermedio das repartições de fazenda (art. 62), havendo nellas escripturação, em livro especial, de debito e credito da conta desse fundo.

[14] Art. 278. Requerida a inscripção de imóvel rural no Registro Torrens, o official protocolará e autuará o requerimento e documentos que o instruirem e verificará se o pedido se acha em termos de ser despachado.

[15] Lei n.º 3.071/1916

[16] Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:

I – Pela transcripção do titulo de transferênciã no registro de imóvel.

[17] Art. 860. Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique.

[18] Art. 532. Serão também transcriptos:

I – Os julgados, pelos quaes, nas acções divisórias, se puzer termo à indivisão.

II – As sentenças que nos inventários e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança.

III – A arrematação e a adjudicação em hasta pública.

[19] **Art. 1º** Os registros publicos estabelecidos pelo Codigo Civil para authenticidade, segurança e validade dos actos juridicos comprehenderão:

I. o civil das pessoas naturaes;

II, o civil das pessoas juridicas;

III, o de titulos e documentos;

IV, o de imóveis;

V, o da propriedade litteraria, scientifica e artistica. (Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, art.1º).

Parapho unico. O registro mercantil continuará a ser regido pelos dispositivos da legislação commercial.

Art. 2º Os registros indicados nos ns. I a IV do artigo interior ficarão a cargo de serventuários privativos e vitalícios, nomeados de accôrdo com a legislação de cada Estado e do Territorio do Acre, observando-se, no Districto Federal, o disposto no titulo VIII deste regulamento e serão feitos:

1º, o de n. I, nos officios privativos ou nos cartorios de registros de nascimentos, casamentos e obitos;

2º, os de ns. II e III, nos officios privativos ou nos cartorios do registro especial de titulos e documentos, creados pela lei n. 973, de 2 de janeiro de 1903, e, na falta, nos cartorios e officios privativos do registro geral, creado pelo decreto n. 169 A, de 49 de janeiro de 1890;

3º, o de n. IV, nos officios privativos, ou nos cartorios do registro geral. (Lei n. 4.827, cit., art. 6º, e §§ 1º a 3º).

Art. 3º O registro constante do n. V do art. 1º ficará a cargo da administração federal por intermedio das repartições technicas, indicadas no titulo VI deste regulamento. (Lei n. 4.827, cit., art. 6º, § 4º.)

Art. 4º As leis de organização judiciaria dos Estados e do Territorio do Acre discriminação os direitos e deveres dos serventuários, a sua subordinação administrativa e judiciaria, as substituições, na auxiliares, as horas de serviço e os

emolumentos que lhes competirão, observando-se, quanto ao Distrito Federal, o disposto no título VIII deste regulamento.

[20] LINS, Jair. Razões e Pareceres. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1930, Vol. 55, p. 166.

[21] Art.5º No registro de immoveis far-se-ha:

a) a inscrição:

VII- das penhoras, arrestos e sequestros de immoveis;

VIII, das citações de acções reaes ou pessoas reipersecutorias, relativas a immoveis;

[22] SKIDMORE, Thomas F. Uma História do Brasil. Tradução de Raul Fiker. Editora Paz e Terra. São Paulo: 2003, p. 141-142.

[23] Art. 278. Requerida a inscrição de imóvel rural no Registro Torrens, o oficial protocolará e autuará o requerimento e documentos que o instruírem e verificará se o pedido se acha em termos de ser despachado. (Lei n.º 6.015/1973)

Art. 310. Esta Lei entrará em vigor em todo o território nacional no dia 1º de julho de 1974, revogada a Lei nº 4.827, de 7 de março de 1924 e os Decretos nºs. 4.857, de 9 de novembro de 1939, 5.318, de 29 de fevereiro de 1940 e 5.553, de 6 de maio de 1940 e o Decreto-Lei nº 1.000, de 21 de outubro de 1969. Nesse dia lavrarão os oficiais termo de encerramento nos livros e dele remeterão cópia ao Juiz a que estiverem subordinados, podendo ser aproveitados os livros antigos, até o seu esgotamento, mediante autorização judicial e adaptação aos novos modelos, sem prejuízo do cumprimento integral das disposições desta Lei, iniciando-se nova numeração.

[25] Art. 310 - Esta Lei entrará em vigor em todo o território nacional no dia 1º de julho de 1975, revogadas as disposições em contrário. Nesse dia lavrarão os oficiais termo de encerramento nos livros e dele remeterão cópia ao Juiz a que estiverem subordinados, podendo ser aproveitados os livros antigos, até o seu esgotamento, mediante autorização judicial e adaptação aos novos modelos, sem prejuízo do cumprimento integral das disposições desta Lei, iniciando-se nova numeração. ([Redação dada pela Lei nº 6.064, de 1974](#))

[26] **Art. 4º.** Declaram-se revogados os decretos relacionados no Anexo IV.

[27] Art. 40. A [Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 167.

II – [..:]

24. do destaque de imóvel de gleba pública originária.” (NR)

“Art. 176. [...]”

§ 5º Nas hipóteses do § 3º, caberá ao Incra certificar que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio.

§ 6º A certificação do memorial descritivo de glebas públicas será referente apenas ao seu perímetro originário.

§ 7º Não se exigirá, por ocasião da efetivação do registro do imóvel destacado de glebas públicas, a retificação do memorial descritivo da área remanescente, que somente ocorrerá a cada 3 (três) anos, contados a partir do primeiro destaque, englobando todos os destaques realizados no período.” (NR)

“Art. 250.

IV - a requerimento da Fazenda Pública, instruído com certidão de conclusão de processo administrativo que declarou, na forma da lei, a rescisão do título de domínio ou de concessão de direito real de uso de imóvel rural, expedido para fins de regularização fundiária, e a reversão do imóvel ao patrimônio público.” (NR)

[28] Art. 429. Transcrição de título inválido – Se o título de transmissão fôr inválido, será nula a transcrição.

O anteprojeto elaborado por Orlando Gomes possuía esta particularidade de trazer um enunciado resumido no início de cada artigo, assim como é no código penal, que enuncia a denominação do tipo penal.

[29] Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

[30] Art. 430. Invalidade do registro – Não é necessária ação direta para invalidar registro nulo.

[31] Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

[32] Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. (Código Civil vigente).

Art. 530. Adquiri-se a propriedade imóvel:

I – Pela transcrição do título no Registro de Imóveis. (Código Civil de 1916).

[33] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal, definida no [art. 2º da Lei Complementar nº 124, de 3 de janeiro de 2007](#), mediante alienação e concessão de direito real de uso de imóveis.

DA IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO NA PRÁTICA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

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 a divergência quanto a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário na prática de ato doloso de improbidade administrativa, além de analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais majoritários, sobretudo no Superior Tribunal Federal. Assim, objetiva-se demonstrar sua relevância para o direito, trazendo substrato para comunidade jurídica sobre o tema.

Palavras-chave: Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Ato doloso. Improbidade Administrativa.

Abstract: In the present work, we seek to point out the divergence as to the imprescriptibility of the actions of compensation to the treasury in the practice of an intentional act of administrative improbity, in addition to analyzing the doctrinal and jurisprudential positions, mainly in the Federal Superior Court. Thus, it aims to demonstrate its relevance to the law, bringing substrate to the legal community on the subject.

Keywords: Reimbursement to the treasury. Non-prescription. A willful act. Administrative dishonesty.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve histórico; 2. Da imprescritibilidade constitucional das ações de ressarcimento ao erário fundadas em suposto ato de improbidade administrativa; 3. Ponderação de valores: patrimônio público e moralidade administrativa versus segurança jurídica do agente ímprobo em face da ação ressarcitória do estado – segurança jurídica do indivíduo versus segurança jurídica da coletividade; 4. Do atual entendimento do supremo tribunal federal; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o desiderato de fomentar a discussão acerca da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário fruto de ato doloso de improbidade administrativa.

A partir de posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, analisasse a controvérsia desde o posicionamento inicial dos Tribunais Superiores até a fixação da tese em sede de Repercussão Geral pelo Superior Tribunal Federal.

Busca-se, explanar toda a controvérsia, diferenciando quais atos são fulminados pela prescrição à luz da Constituição Federal de 1988.

1. BREVE HISTÓRICO

Em 19 de maio de 2016 o Supremo Tribunal Federal por maioria, reputou constitucional a questão, saindo vencido o Ministro Marco Aurélio.

Tal controvérsia foi ao STF por meio de um recurso extraordinário interposto em ação de improbidade administrativa em que se pleiteava a aplicação, aos réus, das sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), inclusive de ressarcimento de danos. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia dado provimento ao recurso de apelação, reformando em parte sentença que julgara parcialmente procedente o pedido, para reconhecer a ocorrência de prescrição quanto aos réus ex-servidores públicos.

2. DA IMPRESCRIBILIDADE CONSTITUCIONAL DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADAS EM SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O cerne da controvérsia está em analisar se é constitucional reconhecer a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de suposto ato de improbidade administrativa.

A Constituição prescreve, no art. 37, caput, que a administração pública se curva, entre outros, aos princípios básicos da legalidade, moralidade e impessoalidade. Conectados a esses três pilares estão os §§ 4º e 5º do mesmo dispositivo, a determinarem que:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (Destques acrescidos.)

A orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a exegese do § 5º do art. 37 da Carta Magna sempre foi na linha do reconhecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, a exemplo do que foi decidido no: MS 26.210 (Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Plenário, DJe 10 out. 2008) e RE 606.224 (Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 16 abr. 2013), referentes ao ressarcimento ao erário por bolsistas do CNPq; ARE 648.661 (Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJe 9 ago. 2011) e RE 693.991 (Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe 28 nov. 2012), a versarem sobre acidentes de trânsito; e RE 629.241 (Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe 9 out. 2010), relativo a execução de acórdão do TCU.

O Tribunal de Contas da União editou a Súmula 282, com o seguinte enunciado: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

Boa parte da doutrina defende serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de supostos atos de improbidade administrativa. Transcrevem-se, por oportunas, as lições de José Afonso da Silva e de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a questão:

A prescritebilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim, é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda de seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo se prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non securret ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada. (Destaque)

acrescidos – SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 682-683.)

3. PONDERAÇÃO DE VALORES: PATRIMÔNIO PÚBLICO E MORALIDADE ADMINISTRATIVA VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA DO AGENTE ÍMPROBO EM FACE DA AÇÃO RESSARCITÓRIA DO ESTADO – SEGURANÇA JURÍDICA DO INDIVÍDUO VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA DA COLETIVIDADE

A segurança jurídica, sob a perspectiva do indivíduo, foi indubitavelmente prestigiada com a determinação de se estabelecerem, por meio de lei, prazos prescricionais para as sanções em sentido estrito decorrentes da prática de ato de improbidade; enquanto o patrimônio e a moralidade foram prestigiados quando se afirmou que, no atinente ao ressarcimento, as ações em face do agente ímprobo não prescreveriam.

Os defensores da tese da imprescritibilidade sustentam que o conflito é meramente aparente, porquanto o Constituinte, ao excepcionar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público econômico, “perpetuando o dever de restituir a quem violou a moralidade administrativa e a ética pública”, não deixou de homenagear a segurança jurídica; titularizada, contudo, pela sociedade, não pelo particular. Fez, assim, prevalecer o interesse público em face do interesse particular do agente ímprobo.

Assim, para adeptos dessa corrente da não prescrição, na ponderação entre a segurança jurídica do indivíduo, que teria, depois do escoamento de prazo prescricional, de devolver o que não lhe pertence ao Estado, e a segurança jurídica da coletividade, de poder, a todo momento, recuperar o que lhe foi subtraído de maneira indevida pelo agente ímprobo, o Poder Constituinte fez prevalecer a segunda.

4. DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF fixou em 8 de agosto de 2018 a seguinte tese para fins de repercussão geral:

São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. STF. Plenário. RE 852475/SP, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018.

O STF entendeu, portanto, que as ações de ressarcimento ao erário envolvendo atos de improbidade administrativa são imprescritíveis. No

entanto, o Tribunal fez uma “exigência” a mais que não está explícita no art. 37, § 5º da CF/88.

O Supremo afirmou que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento envolvendo atos de improbidade administrativa praticados **DOLOSAMENTE**.

A prescribibilidade é a regra no Direito brasileiro, ou seja, em regra, as pretensões indenizatórias estão sujeitas a prazos de prescrição. Para que uma pretensão seja imprescritível, é indispensável que haja previsão expressa neste sentido.

O § 5º do art. 37 da CF/88 deve ser lido em conjunto com o § 4º, de forma que ele, em princípio, se refere apenas aos casos de improbidade administrativa. Se fosse realizada uma interpretação ampla da ressalva final contida no § 5º, isso faria com que toda e qualquer ação de ressarcimento movida pela Fazenda Pública fosse imprescritível, o que seria desproporcional.

A prescrição é um instituto importante para se garantir a segurança e estabilidade das relações jurídicas e da convivência social. É uma forma de se assegurar a ordem e a paz na sociedade.

Desse modo, a ressalva contida na parte final do § 5º do art. 37 da CF/88 deve ser interpretada de forma estrita e não se aplica para danos causados ao Poder Público por força de ilícitos civis.

O conceito de ilícito civil deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis aqueles que decorram de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos **DOLOSOS** de improbidade e assim por diante.

CONCLUSÃO

O reconhecimento quanto a prescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de suposto ato de improbidade administrativa é fruto de ampla discussão na doutrina pátria, sendo a jurisprudência vacilante para ambos os lados.

A interpretação que mais se coaduna com a Constituição Federal de 1988 é a imprescribibilidade apenas dos atos dolosos de improbidade administrativa.

Tratar ilícitos civis como imprescritíveis sem dúvidas não é a melhor opção frente a segurança jurídica.

Dessa forma, acertada a decisão do Superior Tribunal Federal que fixou em tese de Repercussão Geral a imprescribibilidade do ressarcimento apenas fruto de atos dolosos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Método, 2009.

BARROS, Guilherme Freire de Melo Barros. Poder Público em Juízo para concursos. Ed. *Jus Podivm*, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. ed. Ver. Ampl. E atual. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

TRIBUTAÇÃO SOBRE VEICULAÇÃO DE MÍDIA EXTERIOR ("OUTDOOR"). NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS COMUNICAÇÃO - CONVÊNIO ICMS 45/2014

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 ICMS Comunicação não incide sobre o serviço de publicidade por mídia exterior, haja vista que tal atividade envolve uma obrigação de ceder espaço (obrigação de dar), não se adequando ao conceito de serviço de publicidade; e, ainda que fosse um serviço, a atividade caracterizaria difusão de informação e não comunicação, pela existência de receptores indeterminados, afastando, também por isso, a incidência do ICMS Comunicação.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação sobre veiculação de mídia exterior. Não incidência do ICMS Comunicação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tributação sobre veiculação de mídia exterior ("outdoor"). Não incidência do ICMS Comunicação - Convênio ICMS 45/2014. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição Federal, através do artigo 155, inciso II^[1], estatuiu a competência dos Estados, e do Distrito Federal, para instituir o Imposto sobre Prestação de Serviço de Comunicação, sem, contudo, definir o conceito de comunicação para efeito da incidência e exigibilidade do tributo.

Portanto, a definição do fato gerador do ICMS Comunicação ficou à cargo da Lei Complementar n. 87/96 que, embora não tenha individualizado o conceito de comunicação, regulou o tema nos termos do seu artigo 2º^[2], consoante autorização estabelecida no artigo 146, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal^[3].

De outro lado, o inciso III, do artigo 156, da Constituição Federal^[4], conferiu aos Municípios a competência para instituir Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), exceto sobre aqueles sujeitos a incidência do ICMS.

Dessa forma, com exceção dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, que estão inseridos no âmbito do ICMS, todos os demais serviços se submetem à incidência tributária do ISS, desde que estejam arrolados na lista anexa à Lei Complementar aludida no artigo 156, inciso II, Constituição Federal.

2. Tributação sobre veiculação de mídia exterior ("outdoor"). Não incidência do ICMS Comunicação - Convênio ICMS 45/2014.

Especificamente sobre o serviço de mídia exterior, importa frisar que esse serviço já esteve sujeito à tributação do ISS, nos termos do item 86 da lista anexa ao Decreto 406/68^[5]. Contudo, quando da edição da Lei Complementar 116, esse serviço foi vetado da Lista Anexa, conforme razões abaixo transcritas:

Item 17.07 da Lista de serviço: "17.07 - Veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, por qualquer meio."

Razões do veto: "O dispositivo em causa, por sua generalidade, permite, no limite, a incidência do ISS sobre, por exemplo, mídia impressa, que goza de imunidade constitucional (cf. alínea "d" do inciso VI do art. 150 da Constituição de 1988). Vale destacar que a legislação vigente excepciona - da incidência do ISS - a veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade por meio de jornais, periódicos, rádio e televisão (cf. item 86 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação da Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987), o que sugere ser vontade do projeto permitir uma hipótese de incidência inconstitucional. Assim, ter-se-ia, in casu, hipótese de incidência tributária inconstitucional. Ademais, o ISS incidente sobre serviços de comunicação colhe serviços que, em geral, perpassam as fronteiras de um único município. Surge, então, competência tributária da União, a teor da jurisprudência do STF, RE nº 90.749-

1/BA, Primeira Turma, Rel.: Min. Cunha Peixoto, DJ de 03.07.1979, ainda aplicável a teor do inciso II do art. 155 da Constituição de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993."

O vácuo tributário gerado pelo veto em questão incutiu nos Estados da Federação a possibilidade de tributar o serviço de publicidade via mídia exterior, pelo ICMS Comunicação.

Essa compreensão autorizou, inclusive, a edição do convênio n. 45/2014 pelo Conselho Nacional de Política Fazendária ("Confaz"), o qual autorizou a concessão da redução de base de cálculo e a dispensa de multas e demais acréscimos legais do ICMS incidentes sobre a prestação de serviço de comunicação por meio de mídia exterior.

Cláusula primeira *Ficam os Estados do Acre, Mato Grosso, Rio de Janeiro, São Paulo e Sergipe autorizados a:*

I - conceder redução na base de cálculo do ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação na modalidade de veiculação de mensagens de publicidade e propaganda em mídia exterior, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de até 5% (cinco por cento);

II - dispensar o recolhimento de 100% (cem por cento) do valor das multas e demais acréscimos legais relativos ao não pagamento do ICMS decorrente de prestações de serviços de comunicação visual em mídia exterior, realizadas até 31 de dezembro de 2013, desde que o valor do imposto devido seja recolhido com a aplicação do percentual previsto no inciso I, em até 24 (vinte e quatro) parcelas mensais e sucessivas.

Parágrafo único. A adesão ao parcelamento de que trata o inciso II deve ser exercida pelo contribuinte até 30 de junho de 2014.

Cláusula segunda *O benefício previsto neste convênio será utilizado opcionalmente pelo contribuinte em substituição à sistemática normal de tributação, devendo ser observadas as seguintes condições:*

I - vedação à apropriação de quaisquer créditos relativos à prestação do serviço de comunicação de que trata este convênio, bem como à fruição de qualquer outro benefício fiscal, inclusive com relação ao período abrangido pela dispensa da multa e demais acréscimos legais;

II - adoção como base de cálculo do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de comunicação o valor total dos serviços cobrados do tomador;

III - não questionamento, judicial ou administrativamente, da incidência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação, ou desistência formal de ações judiciais e recursos administrativos de iniciativa do contribuinte contra a Fazenda Pública, visando ao afastamento da cobrança do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação;

IV – observância da disciplina a ser estabelecida pela legislação interna.

Cláusula terceira *O disposto neste convênio:*

I - aplica-se a parcelamento celebrado e em andamento na data da publicação deste convênio, apurando-se o saldo devedor sem o acréscimo financeiro que incidiria nas parcelas vincendas;

II - não autoriza a restituição ou compensação de importância já recolhida ou o levantamento de importância depositada em juízo, quando houver decisão transitada em julgado a favor do Estado.

Cláusula quarta *Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional.*

Ou seja, sob a aparência de concessão de benefício fiscal, o Confaz externalizou o entendimento dos Estados sobre a subsunção da atividade de publicidade por mídia exterior ao ICMS Comunicação.

O ICMS Comunicação, nos termos do art. 4º da Lei Complementar n. 87/96^[6], em tese, seria devido pela pessoa física ou jurídica que fornece, com habitualidade e onerosamente, condições materiais para a realização da comunicação (ato ou efeito de emitir, transmitir e receber mensagens por meio de método e/ou processos convencionados, quer através de linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos).

Afirma-se com espeque no fato de não se tributar a comunicação em si, que decorre da publicidade, mas, sim o serviço de gerar, emitir, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza.

O contribuinte do ICMS Comunicação, portanto, não é o emissor ou o receptor da informação; o sujeito passivo da exação é o titular do sistema de comunicação. Esse entendimento é defendido por Roque Antônio Carraza:

*“A hipótese de incidência possível do ICMS em pauta é prestar a terceiros (um tomador e um receptor), em caráter negocial, um serviço de comunicação, tendente a lhes produzir uma utilidade. (...). **O ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a relação comunicativa, isto é, a atividade de alguém, em caráter negocial, fornecer a terceiros condições materiais para que a comunicação entre eles ocorra.** E, depois, que, em decorrência da execução do contrato oneroso de prestação de serviços, estes efetivamente se comuniquem entre si.” [7]*

Na mesma linha, Walter Gazzano dos Santos Filho:

*“Os partícipes da relação comunicativa não prestam serviço um para o outro, nem para terceiros. Eles apenas se comunicam. **Presta o serviço, isto sim, a empresa que mantém em funcionamento o sistema de comunicação consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites, etc.**” [8]*

Dito isto, é possível concluir que o Convênio n. 45/2014 do Confaz equivoca-se ao subentender que a atividade de mídia exterior está sujeita ao ICMS Comunicação, porquanto não constitui um serviço de comunicação propriamente dito.

Essa conclusão deriva dos seguintes fundamentos: (i) a veiculação da mídia exterior é a simples consequência da cessão/sublocação de espaço, o que não equivale a um serviço tributável, pela diferença entre obrigação de dar e fazer;

(ii) a veiculação de publicidade em mídia exterior se adéqua ao conceito de difusão, o qual não é passível de tributação do ICMS Comunicação.

Como premissa anterior, é relevante repisar os contornos básicos do ICMS Comunicação, no sentido de identificar as elementares da sua hipótese de incidência.

Basicamente, a exação em tela incide sobre o serviço oneroso de comunicação (canal/sistema), inclusive aquele capaz de gerar, emitir, receber, transmitir, retransmitir, repetir e ampliar, a comunicação ente o receptor e o emissor.

Assim, para que haja serviço de comunicação, é necessário o fornecimento de um sistema, oneroso, propiciando que o emissor emita uma mensagem a ser recebida pelo receptor, constituindo a comunicação. Nesse desiderato, é necessária a realização de um serviço pelo qual é possibilitada a comunicação entre o emissor e o receptor.

Duas são as etapas do serviço no contexto da publicidade em mídia exterior: (i) idealização da publicidade (a critério do contratante); (ii) colagem da imagem de publicidade no canal/plataforma (outdoor, por exemplo).

Ao revés do entendimento consignado implicitamente no Convênio n. 45/2014, o ato de disponibilizar espaço para a fixação de publicidade em *outdoor*, *backbus* e *busdoor*, por exemplo, não denota uma obrigação de fazer – elemento caracterizador do serviço –, mas, sim uma obrigação de dar.

Isso porque, a relação entre o proprietário e/ou o titular do direito de usar e fruir do espaço em *outdoor*, *busdoor* ou *backbus*, e aquele que pretende fixar sua publicidade nesse local, traduz uma relação negocial de locação, sublocação ou cessão de espaço. E, como consectário, trata-se de uma obrigação de dar.

O fato de se permitir, mediante contrato, que uma publicidade seja fixada em determinado espaço não traduz um serviço de veiculação de comunicação. A relação negocial aponta para uma locação, sublocação ou cessão de espaço para realizar a publicidade e a propaganda.

A difusão da mensagem é a consequência da publicidade, sendo que a disponibilização do canal não reflete a prática de um serviço, mas uma obrigação de dar/ceder espaço mediante contrato de cessão/locação/etc.

Essa assertiva é corroborada pelo conjunto normativo que rege as locações: a uma, porque o artigo 565 do Código Civil^[9], que regula a locação de coisas, se refere à obrigação de ceder, o que está inserido dentro do âmbito das obrigações de "dar"; a duas, porque o artigo 1º, parágrafo único, alínea "a", número "3", da Lei 8.245/91^[10], aponta que a locação de espaço destinado à publicidade continua regido pelo Código Civil (leia-se, artigo 565 e ss. do CC/02) e demais legislações especiais.

Portanto, se a disponibilização do espaço para a fixação da publicidade é uma obrigação de dar e não de fazer, não se vislumbra a realização de um serviço e, por conseguinte, não há que se falar em incidência de tributo cujo fato gerador é um serviço de comunicação.

Para que fique ainda mais claro, a cessão ou locação do espaço, não só é uma obrigação de dar, como tem como característica a restituição exata do seu objeto. O espaço objeto da relação negocial é rigorosamente o mesmo.

Sob esse viés, a obrigação em foco não evidencia a realização de um serviço de divulgação de mídia exterior, pois, a pedra de toque do serviço, para fins tributários, é a irrepetibilidade, o que destoa do objeto da locação/cessão, repita-se. Sobre o tema, pede-se vênia para trazer a lume as lições de José Eduardo Sares de Melo:

"Para a rigorosa aplicação das normas tributárias, deve ser considerado o seguinte: a) prestação de serviço é a produção de utilidades (materiais ou não), específicas, peculiares e inconfundíveis de regra irrepetíveis (no sentido da impossibilidade, uma vez esgotado o serviço, não ser ele reiterado de modo exatamente idêntico). A nota característica do serviço é a sua individualidade, em que cada serviço é um serviço, na acepção de haver em cada oportunidade uma identidade inconfundível e irrepetível (Marçal Justen Filho, O Imposto Sobre Serviços na Constituição, RT, São Paulo, 1985, p. 115)."^[11]

Noutro enfoque, é dizer: a hipótese de incidência do ICMS Comunicação depende de um serviço oneroso e habitual que figure como suporte para a comunicação, sendo que a ausência de efetiva 'comunicação' impede que o fato se amolde à hipótese de incidência do tributo.

Embora devesse constar na legislação tributária, o legislador não definiu o conceito de comunicação, limitando-se a exemplificar algumas das condutas que evidenciarão, em seu entender, a prática da comunicação, quais sejam: geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, inciso III, da Lei Complementar 87/1996).

Ao assim proceder, o legislador acabou por distorcer o conceito de comunicação que advém do direito privado e utilizado pela Constituição Federal para definir e limitar a competência tributária dos Estados e Distrito Federal, ao arripio da regra do artigo 110 do Código Tributário Nacional^[12].

Explica-se: o artigo 110 do CTN veda que a legislação tributária altere os conceitos de direito privado, nos quais a Constituição Federal se pautou para definir ou limitar as competências tributárias.

Nesse prisma, insta salientar que o Poder Constituinte, quando definiu a competência tributária do ICMS Comunicação, estabeleceu que a hipótese de incidência tributária fosse o serviço de comunicação e não a simples geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de qualquer informação.

Isso porque, alguns desses núcleos refletem a prática de difusão e não comunicação, o que repele a incidência tributária do ICMS Comunicação.

Para a comunicação restar configurada, é necessária a individualização do emissor e do receptor da informação, de forma a possibilitar a interação entre os personagens.

Na difusão, por sua vez, não é necessária a individualização do receptor, bastando que exista a emissão de uma mensagem a um número indeterminado e/ou indeterminável de receptores.

Em outras palavras: na difusão, o emissor propaga uma informação a um indeterminado número de pessoas através de um canal; na comunicação, o emissor emite uma informação, através de um canal, a um receptor individualizado, possibilitando que haja interação entre emissor e receptor.

Na esteira destas proposições, colacionamos o entendimento de Roque Antônio Carraza:

***“Realmente, difundir é propagar uma mensagem, enviando-a a um número indeterminado ou, pelo menos, indeterminável de pessoas. Assim, na difusão, inexistente interação entre o emissor e os receptores (público-alvo) e, por via de consequência, não há nenhuma remuneração entre eles, para que a mensagem circule. Já na comunicação que enseja a tributação por meio de ICMS, o receptor da mensagem, como ser determinado, está apto a interagir com o emissor. Presente, aqui, também, a remuneração diretamente relacionada com esta interação”.** [13]*

E, ainda:

*“Adiantamos que não se confundem com os serviços de comunicação não podendo, destarte, ser tributados por meio de ICMS os serviços de propaganda, ainda que levados a efeito por empresas ligadas ao setor de comunicações. Afinal, o que se tributa por meio de ICMS são as prestações de serviços de comunicação, e não as prestações de quaisquer serviços por empresas de comunicação. **Positivamente, a simples divulgação de propaganda e publicidade (por out-doors, banners, painéis, alto-falantes, emissoras de rádio, emissoras de televisão, internet, etc.) não tipifica prestação de serviço de comunicação, seja porque a empresa que a realiza não coloca à disposição de terceiros os meios e modos para que troquem mensagens, seja porque o destinatário não é identificado, seja, ainda, porque não interage com o emissor.**” [14]*

Na emissão de informação através de *outdoor*, *backbus* ou *busdoor*, o emissor simplesmente propaga e difunde a publicidade (informação), através do espaço (canal/sistema) contratado, não sendo possível identificar o receptor ou permitir a interação entre este e aquele. Com efeito, trata-se de difusão e não comunicação tributável pelo ICMS Comunicação.

A propósito, existe importante precedente sobre o tema oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – mantido pelo Supremo Tribunal Federal (ARE1.035.368) –, sendo oportuno frisar que o entendimento dos Tribunais Superiores é vacilante quanto à matéria, especialmente pela dificuldade conceitual inerente à comunicação, aos serviços correlatos e pelo histórico legislativo decorrente do veto presidencial à inclusão da veiculação de mídia exterior na lista anexa à Lei Complementar 116/93:

APELAÇÃO. Divulgação de propaganda e publicidade Outdoor Não configuração do serviço de comunicação. Não incidência de ICMS - Recurso da autora provido. [15]

Com fincas nesta argumentação, mesmo que se entenda que a veiculação de publicidade em *outdoor*, *busdoor* e *backbus* seja um serviço, este constitui um serviço de difusão, motivo pelo qual não se adéqua ao fato gerador do ICMS Comunicação.

3. Conclusão

Diante do exposto, entende-se que o serviço de publicidade através de mídia exterior não está sujeito ao ICMS Comunicação, sendo inconstitucional qualquer medida tendente a sua cobrança, a despeito da edição do Convênio n. 45/2014 pelo Confaz.

4. Bibliografia

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
(Constituição Federal de 1988, acessado em 26/02/2019)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp87.htm

(Lei Complementar n. 87/96, acessado em 26/02/2019)

https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2014/CV045_14

(Convênio ICMS 45/2014, acessado em 26/02/2019)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0406.htm

(Decreto 406/68, acessado em 26/02/2019)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm

(Lei Complementar 116, acessado em 26/02/2016)

http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

(Código Civil, acessado em 26/02/2019)

Roque Antonio Carraza, ICMS, 12 ed. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 174 e 175.

Walter Gazzano dos Santos Filho, Tributação dos Serviços de Comunicação, Cenofisco, São Paulo, 2004.

José Eduardo Sares de Melo, Direito Tributário Empresarial, Quartier Latin, São Paulo, 2009, p. 592.

NOTAS:

[1] CFRB - Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[2] LC 87/96 - Artigo 2º. O imposto incide sobre: III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a

recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

[3] CFRB - Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

[4] CFRB - Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

[5] 86. Veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade, por qualquer meio (exceto em jornais, periódicos, rádio, e televisão);

[6] LC 87/96 - Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

[7] Roque Antonio Carraza, ICMS, 12 ed. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 174 e 175.

[8] Walter Gazzano dos Santos Filho, Tributação dos Serviços de Comunicação, Cenofisco, São Paulo, 2004.

[9] CC/02 - Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

[10] Lei 8.245/91 - Art. 1º A locação de imóvel urbano regula - se pelo disposto nesta lei: Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações (...) 3. de espaços destinados à publicidade.

[11] José Eduardo Sares de Melo, Direito Tributário Empresarial, Quartier Latin, São Paulo, 2009, p. 592.

[12] CTN - Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

[13] Roque Antonio Carraza, '20 anos da tributação dos serviços de comunicação pelos Estados – O incompreendido perfil constitucional do ICMS

Comunicação – Questões conexas’, Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho – Luis Eduardo Shcoueri Coordenador, Quartier Latin, 2008, p. 338)

[14] Roque Antonio Carraza. ICMS. Editora Malheiros. 14ª ed., 2009. p. 205.

[15] TJSP - processo n.º 0023402-05.2010.8.26.0053. Relator Des. Angelo Malanga. 3ª Câmara de Direito Público.

A LEGISLAÇÃO E SUA RELEVÂNCIA PARA SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL: PERCEPÇÃO DE ALGUNS ELEMENTOS INDUTORES DO DESENVOLVIMENTO TURÍSTICO EM COMUNIDADES E PAISAGENS DE DESTERRO DE ENTRE-RIOS/MG

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: A ausência de uma legislação municipal para salvaguarda das potencialidades culturais e naturais no município de Desterro de Entre Rios – MG faz com que uma Área de Especial Interesse Turístico seja discutida e promulgada, como força indutora do desenvolvimento do turismo. Além de excepcional patrimônio cultural, a área dessa municipalidade e adjacências é detentora de paisagens rurais e ecológicas significativas. Para isso é necessário que a análise e o reconhecimento oficial do potencial da localidade seja seguido de um amplo processo de planejamento e de legislação fazendo com que a atividade turística se desenvolva de maneira sustentável minimizando possíveis impactos decorrentes do fluxo desordenado de visitantes. O presente trabalho apresenta uma breve análise das potencialidades naturais e culturais do **município de Desterro de Entre Rios**, localizado na Microrregião de Conselheiro Lafaiete, a 161 km da capital, Belo Horizonte. O município faz parte da Estrada Real inserido na área denominada “Caminho Velho” e também já integrou o circuito turístico do Campo das Vertentes, sediado em Oliveira. Assim apresenta-se uma breve revisão bibliográfica com intuito de se discutir a preservação e salvaguarda dos patrimônios culturais e paisagens naturais, direcionando ações que efetivem e legislem a cerca de uma urgente salvaguarda de seus atributos. Para isso expõe-se a proposta de uma AEIT - Área de Especial Interesse Turístico denominada de Picada de Goiás tendo como base legal, a lei federal nº 6.513 datada de 1977. Essa ação salvará a região do Circuito Turístico de determinadas possibilidades de devastação, em especial pela mineração. Neste sentido, somente um planejamento adequado direcionado a explorar de forma sustentável o

patrimônio turístico existente contribuirá para a efetiva valorização e preservação das potencialidades existentes, gerando emprego e renda para inúmeras pessoas.

PALAVRAS CHAVE: Ecoturismo – Estrada Real – Planejamento Turístico – Paisagem Turística – Turismo Rural

ABSTRACT: The absence of a municipal legislation to safeguard cultural and natural potential in the municipality of Desterro de Entre Rios - MG makes an Area of Special Tourist Interest be discussed and promulgated as a driving force for the development of tourism. In addition to an exceptional cultural heritage, the area of this municipality and its surrounding areas has significant rural and ecological landscapes. For this, it is necessary that the official analysis and recognition of the potential of the locality is followed by a broad process of planning and legislation, making the tourism activity develop in a sustainable way, minimizing possible impacts resulting from the disorderly flow of visitors. The present work presents a brief analysis of the natural and cultural potential of the municipality of Desterro de Entre Rios, located in the Microregion of Conselheiro Lafaiete, 161 km from the capital, Belo Horizonte. The municipality is part of the Estrada Real inserted in the area called "Caminho Velho" and also has already integrated the tourist circuit of the Field of Verts, based in Oliveira. Thus, a brief bibliographical review is presented with the purpose of discussing the preservation and safeguarding of cultural heritage and natural landscapes, directing actions that effect and legislate about an urgent safeguard of its attributes. For this purpose, the proposal of an AEIT - Area of Special Tourist Interest denominated of Picada de Goiás, having as legal base, federal law no. 6,513, dated 1977, is presented. This action will save the region of the Touristic Circuit from certain possibilities of devastation, in especially by mining. In this sense, only adequate planning aimed at sustainable exploration of the existing tourist heritage will contribute to the effective valorization and preservation of existing potentialities, generating employment and income for many people.

KEY WORDS: Ecotourism - Royal Road - Tourist Planning - Tourist Tourism - Rural Tourism

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As reflexões e contribuições apresentadas pelo presente trabalho são os resultados do Projeto “Meu Desterro querido: pequeno, mais especial”, iniciado com o término do projeto de pesquisa intitulado “Os deslocamentos da zona rural de Desterro de Entre Rios Minas Gerais para o estado de Goiás.”, apresentada posteriormente ao Centro Universitário de Belo Horizonte – UNI-BH como monografia de conclusão do curso de Geografia e Análise Ambiental, em dezembro de 2007. Esta ação inicial de pesquisa, em seguida, apontou relevantes preocupações com o descaso geral no que se refere ao processo histórico do município, bem como a total desconsideração de seu potencial turístico. Além da continuidade do processo de pesquisa sobre a contextualização histórico-geográfica da municipalidade, a meta era o estabelecimento de um plano imediato de atuação entre 2008 e 2018. Como conquista, os primeiros levantamentos inerentes a aspectos sociais, econômicos, históricos, culturais, naturais e turísticos, foram organizados no livro “As Contendas, o Desterro e a Capela Nova: Resgate Cultural de Desterro de Entre-rios, Minas Gerais” cujo lançamento ocorreu no segundo semestre de 2015. Assim, a Rede Ação Ambiental, em prol da criação e efetivação da Área de Especial Interesse Turístico (AEIT) Picada de Goiás, reforça as ações de **caracterização natural e sociocultural** de Capela Nova do Desterro¹, atual município **de Desterro de Entre Rios – MG, iniciadas em 2008**. Nesta linha de discussão, a Lei federal n.º 6.513, datada de 20 de dezembro de 1977, assinada por Ernesto Geisel e regulamentada pelo Decreto

1 ARQUIVO PÚBLICO MINEIRO. **Requerimento do Padre Gabriel da Costa Resende sobre a concessão de carta de sesmaria da sua fazenda na aplicação da Capela Nova do Desterro, freguesia de Paulo Antônio da Vila de São José.** Disponível *in*: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/cc/brtacervo.php?cid=15593>

federal n.º 86.176 promulgado em 06 de julho de 1981 por João Figueiredo inserem-se na conjuntura da proteção da paisagem rural² e na ordenação do território cultural, definindo legalmente as Áreas Especiais de Interesse Turístico³ e os Locais de Interesse Turístico⁴ (RAMOS, 2015). Ramos (2015, p. 10) ressalta que a respectiva legislação começou a vigorar ainda durante o Regime Militar e com a publicação da Constituição Federal de 1988, muitas normas foram anuladas, por antagonismos com a Nova Ordem Jurídica. No entanto, a autora legitima que esta foi acolhida pela Carta Magna. **De acordo com Brasil (1977), a lei federal nº 6.513, que por sua vez, não faz nenhuma diferenciação entre turismo rural ou urbano:**

Art. 1º Consideram-se de interesse turístico, as áreas especiais e os locais instituídos na forma da presente lei, assim como os bens de valor cultural e natural, protegidos por legislação específica, e especialmente: I – os bens de

2 “Para fundamentarmos um estudo sobre os riscos da perda de identidade da paisagem rural nos orientamos pela estratégia da percepção geográfica que, valorizando as experiências do homem em seu meio ambiente, procura conhecer e explicar as atitudes e os valores das pessoas em relação às paisagens. A paisagem compreende a natureza e o homem. Mais que isso, constitui o nosso espaço vital, cujo estudo não pode restringir-se à análise de seus componentes físicos, devendo também incluir os elementos psicológicos, entendidos como o resultado de imagens subjetivas que se estabelecem entre o homem e a paisagem. Consequentemente, seu estudo assume um caráter social, já que, além dos componentes paisagísticos naturais e construídos, engloba ainda as manifestações cognitivas e afetivas do homem” (XAVIER, 2005, p. 04-05).

3 **Art. 11.** As áreas especiais de interesse turístico serão instituídas por decreto do Poder Executivo mediante proposta do CNTur, para fins de elaboração e execução de planos e programas destinados a:

I – promover o desenvolvimento turístico; II – assegurar a preservação e valorização do patrimônio cultural e natural; III – estabelecer normas de uso e ocupação do solo; IV – orientar a alocação de recursos e incentivos necessários a atender aos objetivos e diretrizes da presente lei (BRASIL, 1977)

4 **Art. 18.** Os locais de interesse turístico serão instituídos por resolução do CNTur, mediante proposta da Embratur para fins de disciplina de seu uso e ocupação, preservação, proteção e ambientação.

Art. 19. As resoluções do CNTur, que declararem locais de interesse turístico, indicarão: I – seus limites; II – os entornos de proteção e ambientação; III – os principais aspectos e características do local; IV – as normas gerais de uso e ocupação do local, destinadas a preservar aqueles aspectos e características, a com eles harmonizar as edificações e construções, e a propiciar a ocupação e o uso do local de forma com eles compatível (BRASIL, 1977).

valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico; II – as reservas e estações ecológicas; III – as áreas destinadas à proteção dos recursos naturais renováveis; IV – as manifestações culturais ou etnológicas e os locais onde ocorram; V – as paisagens notáveis; VI – as localidades e os acidentes naturais adequados ao repouso e à prática de atividades recreativas, desportivas ou de lazer; VII – as fontes hidrominerais aproveitáveis; VIII – as localidades que apresentem condições climáticas especiais; IX – outros que venham a ser definidos, na forma desta lei.

Art. 2º Poderão ser instituídos, na forma e para os fins da presente lei: I – áreas especiais de interesse turístico; II – locais de interesse turístico.

Art. 3º Áreas especiais de interesse turístico são trechos contínuos do território nacional, inclusive suas águas territoriais, a serem preservados e valorizados no sentido cultural e natural, e destinados à realização de planos e projetos de desenvolvimento turístico.

Art. 4º Locais de interesse turístico são trechos do território nacional compreendidos ou não em áreas especiais, destinados por sua adequação ao desenvolvimento de atividades turísticas, e à realização de projetos específicos, e que compreendam: I – bens não sujeitos a regime específico de proteção; II – os respectivos entornos de proteção e ambientação.

§ 1º Entorno de proteção é o espaço físico necessário ao acesso do público ao local de interesse turístico e à sua conservação, manutenção e valorização.

§ 2º Entorno de ambientação é o espaço físico necessário à harmonização do local de Interesse Turístico com a paisagem em que se situar.

Segundo os registros históricos da Prefeitura Municipal⁵, o processo histórico do uso e ocupação do solo na região do município é antigo (BIBLIOTECA DO IBGE, 2019). Em meados do século XVIII, existiam na região três fazendeiros irmãos, donos de uma fazenda denominada Sobrado, e mais um indivíduo cuja valentia era responsável por inúmeras desavenças (BIBLIOTECA DO IBGE, 2019). Conhecido como Francisco Viçoso, sua fazenda ficara conhecida como Contendas, devido às constantes brigas nas quais se envolvia (BIBLIOTECA DO IBGE, 2019). O Visconde de Barbacena, então governador da Província, ao tomar conhecimento destes fatos, obrigou-o sujeito de caráter turbulento a emigrar-se (BIBLIOTECA DO IBGE, 2019). Conta à tradição oral, que ele pegando os caminhos da Picada de Goiás, aportou e se fixou em terras goianas. (BIBLIOTECA DO IBGE, 2019). Alegres ou tristes, com o fato, a memória local conta que uma capela, em homenagem a Nossa Senhora do Desterro⁶ foi erguida pelos seus parentes que ficaram, no entorno da qual surgiu posteriormente um povoado que posteriormente foi crescendo e prosperando (BIBLIOTECA DO IBGE, 2019). Essa devoção à santa é evidenciada nos estudos de Menegale (1998) e Veloso (1973), tendo sido o antigo nome de Florianópolis (INSTITUTO SÓCIO-AMBIENTAL CAMPECHE, 2007; LIMA, 2002). Esta oposição ao atual nome da capital catarinense é registrada por Bernardes (2010, p. 95):

5 REZENDE, Joaquim Cláudio Vieira de. **Histórico de Desterro de Entre Rios – São Paulo/MG**. In: Biblioteca do IBGE, disponível em http://www.ibge.gov.br/cidadesat/historicos_cidades/historico_conteudo.php?codmun=312140. Acesso em 26. Jan. 2019.

6 ALMEIDA, João Ferreira de. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Sociedade Bíblica Trinitariana do Brasil, 2000. p. 1030-1031

Já a segunda, formada pelos críticos, é, sobretudo composta por aqueles que não concordam com a designação pelo fato dela estar intimamente relacionada aos incidentes do fim do Governo Provisório dos Estados Unidos do Brasil. Na ocasião, a ainda denominada Nossa Senhora do Desterro havia se tornado por sete meses sede do governo revolucionário, ao convergir os insurretos da Revolta da Armada (oriunda do Rio de Janeiro) e da Revolução Federalista (originária do Rio Grande do Sul). O desfecho do episódio foi à execução de vários dos opositores do governo legal na Ilha de Anhatomirim. O grande questionamento evocado é o de Floriano Peixoto ser homenageado com a associação de seu nome à cidade, mesmo tendo sido ele que indicara o responsável pela ordem dos fuzilamentos (o Coronel Moreira Cezar) a se instalar na ilha. Soma-se a isso, o fato das execuções serem sumárias e dos inocentes delatados receberem a mesma sentença. Para esse grupo, a reivindicação do assunto está na ordem do dia, pois consagrar o nome de uma personalidade que se relacionou diretamente com o ocorrido em Anhatomirim à cidade é inconcebível. O artista plástico e pesquisador da cultura açoriana Franklin Cascaes, quando questionado sobre o que faria na capital se tivesse alguma autoridade, afirmou que a primeira coisa – além do possível e do impossível para concretizá-la – seria o retorno do nome de Nossa Senhora do Desterro.

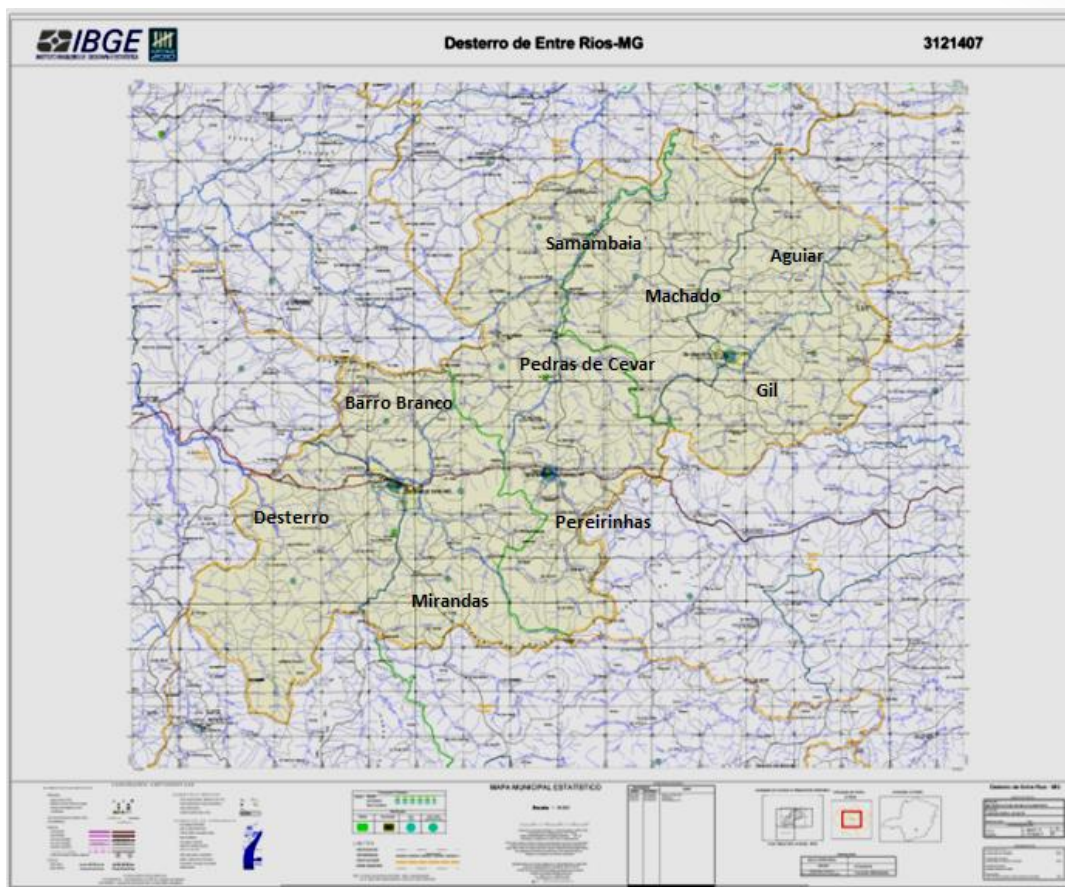
Figura 01: Capela Nova do Desterro nas primeiras décadas do século XIX



Foto: Acervo do Movimento CANDEIAS (2009)

O **município de Desterro de Entre Rios** a aproximadamente 161 km da capital mineira (Figura 02), está inserido na Microrregião de Conselheiro Lafaiete, que por sua vez fica localizada especificamente na Mesorregião Metropolitana de Belo Horizonte (ALMG, 2007). Desde sua emancipação é formado pelos distritos de São Sebastião do Gil e Sede Municipal, pois somente em 1976 foi criado oficialmente o distrito de Pereirinhas. Cada um destes três distritos se desmembra em três centralidades, ou três pequenos polos regionais (ALMG, 2007) detalhados no Quadro/Tabela I.

Figura 02: Mapa de Localização dos distritos e centralidades no município de Desterro de Entre Rios,



Fonte: IBGE (2007, on line)

Quadro/Tabela I – **Desterro de Entre Rios** – MG: principais localidades rurais, povoados e distritos.

Distritos	Localidades rurais ou povoados
Pereirinhas	Localidade rural de Samambaia
	Perímetro urbano de Pereirinhas
	Localidade rural de Pedras-de-Cevar
São Sebastião do Gil	Localidade rural de Aguiar
	Perímetro urbano de Gil
	Localidade rural de Machados
Sede municipal	Localidade rural de Miranda
	Perímetro urbano de Desterro

	Localidade rural de Barro Branco
03 distritos	09 centralidades

Fonte: adaptado de IBGE (2007)

Em termos de cobertura vegetal (Figura 04), representada por matas e cerrados, a ação antrópica desde a fundação da localidade de Capela Nova do Desterro, e dos respectivos distritos foi responsável pelo desmatamento das áreas naturais originais (PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS, 2006-a). Muitos destes remanescentes certamente foram fragmentados para a prática de técnicas agrícolas rudimentares, antes do advento da migração camponesa para Goiás. Andrade (2007, p. 44) defende que:

Os remanescentes florestais existentes na região se encontram fragmentados certamente em decorrência dos ciclos econômicos ligados à agropecuária e a mineração. A devastação da Mata Atlântica original nesta região, aconteceu principalmente devido ao processo de ocupação humana marcada pelos sistemas agropecuários e pelos extrativismos vegetal e mineral que foram responsáveis diretos pelo contínuo desmatamento de um dos mais importantes ecossistemas mundiais. Na serra do Coelho, divisa com Piracema, área de ocorrência de cerrado, além dos impactos decorrentes da antiga mineração, no passado houve extração comercial de barbatimão (*Strynodendron barbatimao*), visando comercialização junto a curtumes.

O ponto central da Sede municipal, localizado numa altitude média de 1060 metros, abriga o traçado urbano da cidade apresentando uma secular rotina de sossego somente alterada pela chegada diária dos poucos ônibus que vêm de Belo Horizonte com atendimento pela Viação Sandra ou a linha de Oliveira

operada pela Viação Saritur⁷ e pelas tradicionais festas anuais (ANDRADE, 2008-a). Os perímetros urbanos dos distritos de Pereirinhas e São Sebastião do Gil, também apresentam cenários peculiares com destaque para a rua principal, o pequeno comércio e algumas ruas paralelas, a praça da igreja e o campo de futebol (ANDRADE & ANDRADE, 2008). Andrade (2007, p. 45) pontua que:

No aspecto social, não há informações de referência e orientação sobre alimentação, questão da segurança pública, as condições de moradia e os índices de acesso ao trabalho ou desemprego. Como não se trata ainda de área urbana adensada, não há aglomerações localizadas em áreas de risco geológico, ou bolsões de pobreza, decorrentes na maioria dos casos do processo de ocupação desordenada, nem existem níveis de exclusão ou eventuais problemas sociais generalizados. Ainda não há projetos sociais visando inclusão e justiça social, além da tradicional Bolsa Família, oferecida pelo Governo Federal, aos que necessitam ou que estejam socialmente vulneráveis.

São 3.596 moradores na zona urbana e 3.406 na zona rural, e uma densidade demográfica de 18,56 habitantes/km² (IBGE, 2007). Desterro apresenta uma realidade bem próxima de outras cidades brasileiras, onde diversos fatores de expulsão do campo ocasionaram o rompimento do pequeno produtor rural com sua realidade local, causando o esvaziamento do campo e consequente inchaço das grandes cidades (PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS, 2006-a). Nos anos 1970 e 1980, a população rural era quase o triplo da urbana em

7 A SARITUR – Santa Rita Transporte Urbano e Rodoviário faz a conexão de São Sebastião do Gil com Brumadinho, passando por Piedade dos Gerais e Bonfim. MOURA, Antônio de Paiva. **Formação demográfica de Brumadinho**. In: Circuito Notícias – Ano 12, nº. 150 – dezembro de 2006 (Especial 68 anos de Brumadinho). Brumadinho. p. 3

2000, a área urbana atingiu patamares de equidade com o campo conforme detalhes no Quadro/Tabela II (ANDRADE, 2008-a). Em determinadas épocas, um visitante que ande pelo perímetro urbano desterrense, não terá a impressão de estar a apenas 161 km de Belo Horizonte, mas sim de estar no interior do estado de São Paulo, por causa do sotaque paulista/paulistano (REZENDE, 2019). Muito embora a essência mineira esteja em cada rua, residência e morador da cidade, isso se deve ao fato, relatado por Andrade (2007, p. 64)

Tal impressão se deve ao fato de existirem na cidade inúmeros veículos originários do respectivo estado, que geralmente apresentam placas com as iniciais B, C e D, bem como aqueles veículos oriundos das cidades paulistas, principalmente da capital que tomam a cidade nos finais de semana, feriados prolongados, períodos de férias escolares, bem como eventuais parentes que vieram visitar seus familiares no município. Mas nada se compara, ao período da festa do Produtor Rural, tradicional na cidade, com acontecimento anual previsto para o feriado de *Corpus Christi*, em junho. A cidade é literalmente tomada por carros, ônibus e desterrenses ausentes fixados em São Paulo, localizada a 495 km de distância.

Quadro/Tabela II – **município de Desterro de Entre Rios** – MG: população residente (1970-2018)

Ano	1970	1980	1991	2000	2010	2018
Rural	5.972 hab.	5.401 hab.	4.394 hab.	3.767 hab.	3.406 hab.	Sem dados
Urbana	1.131 hab.	1.935 hab.	2.431 hab.	3.035 hab.	3.596 hab.	Sem dados
Total	7.103 hab.	7.336 hab.	6.825 hab.	6.802 hab.	7.002 hab.	7.232 hab.

Fonte: adaptado de ALMG *apud* ANDRADE (2007, p. 46)

No aspecto educacional, o município conta com vários estabelecimentos de ensino, sendo os principais localizados na área urbana e os demais na zona rural (PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO, s/d; SANTOS & LACERDA, 2008). Faltam ainda ações efetivas de preservação da memória histórico-cultural, principalmente da valorização de riqueza encontrada nos relatos orais de camponeses (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Lendas como a Mãe do Ouro e o Pote do Cigano trazem ao imaginário popular histórias de jazidas de ouro nesta região (ANDRADE, 2008-a). Não há comprovações geológicas, apenas a recente efetivação da mineração de minério de ferro na Serra do Coelho, local por onde segundo moradores rurais, a Mãe do Ouro perambula pelas noites, em forma de uma luz intensa (ANDRADE, 2008-a). Atividades ligadas a este contexto de intercâmbio com a terceira idade inexistem e grandes histórias se perdem quando do falecimento de algum deles (ANDRADE, 2008-b). Nesta região é muito comum que pequenos produtores rurais, após se aposentarem da "árdua" vida camponesa, passem a residir na cidade visando conforto, facilidades no comércio e principalmente acesso ao atendimento médico (PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS, 2006-b). Relevante destacar que Andrade (2007, p. 46) registrou:

Segundo a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (2007), o número da PEA (pessoas economicamente ativas) no município excede a cota de 2.500 indivíduos, sendo que a grande maioria está envolvida diretamente com o setor agrícola, da região voltando quase essencialmente à produção de leite e/ou derivados. Outra fonte de renda local é o artesanato com artesãos tanto da área urbana como da zona rural produzindo peculiaridades artísticas da região como tapetes, bordados, cestaria de palha ou bambu.

O município conta com relevante sistema público de saúde, com ênfase nas ações do PSF - Programa de Saúde da Família (PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS, 2006-b). Existe no perímetro urbano da sede municipal, uma pequena unidade referência de saúde, sob os moldes do PSF, não havendo na municipalidade nenhum hospital, pronto-socorro ou maternidade gerando dependência dos hospitais de Barbacena, Belo Horizonte, Congonhas, Entre Rios e São João Del Rey (ANDRADE, 2008-a). As principais localidades rurais e distritos possuem centros municipais de saúde com atendimento básico, com equipes do PSF, para atendimento da população rural do entorno, sendo que determinadas questões são encaminhadas para a unidade referência (ANDRADE, 2008-a). O setor econômico mais proeminente na municipalidade é o primário, agricultura, pecuária, silvicultura com predominância de pastagens com braquiária e bosques de eucaliptos (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). São 1.488 habitantes envolvidos com a agricultura e pecuária, 343 habitantes na indústria, 117 habitantes no comércio e 566 habitantes totalizando 2.514 **pessoas envolvidas, de acordo com dados do** site da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais *apud* Andrade (2007, p. 41). Atualmente em Desterro, a população economicamente ativa encontra-se em 521 habitantes⁸, de acordo com

⁸<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pb/desterro/panorama>

informações no site do IBGE (2019). Nota-se que a população de toda a região é majoritariamente urbana (Quadro/Tabela III) com relevante decréscimo da população rural.

Quadro/Tabela III – **município de Desterro de Entre Rios** – MG e região da Picada de Goiás: **quantidade de moradores e densidade demográfica** (Hab./Km²)

Municípios	População 2000	População 2010	Urbana	Urbana Sede	Rural	Área km²	Dens. Dem.
Divinópolis	183.962	213.016	207.516	202.089	5.500	708,1	300,82
Oliveira	37.250	39.466	35.185	34.001	4.281	897,3	43,98
Cláudio	22.522	25.771	21.154	20.047	4.617	630,7	40,86
Itapecerica	21.235	21.377	16.503	13.347	4.874	1040,5	20,54
Carmo do Cajuru	17.157	20.012	17.340	14.952	2.672	455,8	43,90
Santo Antônio do Amparo	16.109	17.345	15.187	12.940	2.158	488,9	35,48
Carmópolis de Minas	14.348	17.048	11.821	11.821	5.227	400,0	42,62
Carmo da Mata	10.400	10.927	8.610	8.610	2.317	357,2	30,59
Passa Tempo	8.480	8.197	6.385	6.385	1.812	429,2	19,10
Desterro de Entre Rios	6.807	7.002	3.596	2.868	3.406	377,2	18,56

São Francisco de Paula	6.533	6.483	4.651	4.651	1.832	316,8	20,46
Piracema	6.509	6.406	3.034	3.034	3.372	280,3	22,85

Fonte: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?uf=31&dados=29>

No caso da sede municipal existe além do Centro, o bairro Barro Preto, como núcleo de expansão urbana mais recente, sendo inexistente algum novo parcelamento (ANDRADE, 2008-a). De um modo geral, a cultura local se pauta na ruralidade, com existência de alguns grupos culturais e demais manifestações populares como às tradicionais festas existentes, dentre as quais do Produtor Rural e da Padroeira, as Folias de Reis, a Congada, e as celebrações da Semana Santa (PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS, 2006-a). Neste contexto de ruralidades pós-modernas, a paisagem, seja ela natural ou cultural adquire novos arranjos espaciais e reconfigurações no âmbito das profundas transformações sociais consolidadas nas últimas décadas, evidenciando novos usos, percepções, demandas e problemas. Xavier (2005, p. 05) alega que:

O termo paisagem é atrativo e importante. É assim o posicionamento de Meinig (1979) quando o considera como atrativo, por trazer à mente alguma perspectiva agradável de um cenário particular, por nos lembrar questões ecológicas ou ambientais, e por sugerir fatos para a descrição de cenas interessantes. A importância pode ser considerada pelo fato de envolver um assunto de interesse do público em geral, especialmente dos profissionais preocupados com o desenvolvimento, mudanças ou reorganização do campo ou de cidades, tais como o tema que ora estamos considerando, a identidade da paisagem rural e sua interação com o turismo. A paisagem se relaciona

9 MEINIG, Donald W. **The Interpretation of Ordinary Landscapes: Geographical Essay's**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

como natureza, como morada do homem, como riqueza ou como história.

A paisagem é caracterizada como uma atividade informadora da percepção visual. Oferece uma mensagem captada pela visão, que, além de registrar os dados sensoriais, também os organiza e os interpreta. Assim, a visão não se posiciona sozinha na percepção: todo o corpo do sujeito está envolvido no processo. A paisagem é uma combinação de pontos de vista objetivos e subjetivos. Ela nos aparece mediante um esforço de imaginação, exercida sobre uma forma altamente selecionada, a partir de um sentido determinado. Sua percepção é uma arte e sua avaliação envolve a cultura e é influenciada por diversos fatores. Os sentidos sociológico e ecológico afetam nossas reflexões e julgamentos. O encanto que a paisagem oferece é prazer, se visto por meio de uma reflexão ecológica, mas pode ser incômodo, diante das críticas de sua perda de identidade.

A cidade de Desterro é chamada pelos moradores mais velhos da zona rural de "Rua" devido à antiga época em que a antiga Capela Nova era formada por uma única rua, provavelmente a rua principal, na qual se localizava poucas casas, as duas igrejas e o pequeno comércio local, fato que condicionou os camponeses a também chamarem o perímetro urbano de "Comércio" (SANTOS, 2007). No início do século XX, por esta rua chegavam cartas em lombos de burros, vindas de João Ribeiro com destino ao distrito de Rio do Peixe, atual Piracema (MAGELA NETO, 1991). O catolicismo é marcante no contexto sociocultural do município, muito embora já existam igrejas evangélicas e espaços religiosos de outras crenças na sede e distritos (ANDRADE, 2008-a). A padroeira local é Nossa Senhora do Desterro ou Nossa Senhora das Dores do Desterro, cuja festa anual acontece em 15 de setembro, feriado municipal (FERREIRA & LEITE, 2008). Embora exista na sede, a capela de Nossa Senhora do Rosário, próxima do cemitério, e as igrejas de São Sebastião, nos distritos de Gil e Pereirinhas inexistem templos com expressivo estilo arquitetônico, cuja importância histórica as tenha transformado em bem cultural (PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS, 2006-b). Doze de dezembro também é feriado e marca a emancipação ocorrida em 1953, por ato de Juscelino Kubitschek, então governador de Minas Gerais (CAMPOS, s/d). Para um local, onde o tempo parece passar devagar, já são sessenta e cinco anos de

municipalidade (ARÃO SOBRINHO, 1997). Culturalmente, o município mantém relações muito próximas com localidades rurais de outros municípios, assim como localidades desterrenses mantêm relações com outras cidades vizinhas, em específico, Entre Rios, sede da comarca (CÂMARA MUNICIPAL DE ENTRE RIOS, 1908, CÂMARA MUNICIPAL DE ENTRE RIOS, 1903). Sendo que Andrade (2007, p. 49) declara que:

Os moradores das localidades de Bom Retiro, Geada, Morro Grande, Tapera e adjacências se dirigem à sede do município de Desterro para compras, estudos, lazer, sepultamentos, evidenciando laços de proximidade, resultantes principalmente da distância superior a 20 km de Piracema. No passado, moradores destas localidades, somente iam a Piracema para registros civis de nascimento, casamentos e óbitos e para casamentos religiosos, mas esta distância se reduziu muito nas últimas décadas devido a facilidades de acesso ao respectivo município. Se por um lado, existem localidades piracemenses, próximas da realidade desterreense, e distante da sede do município de pertencimento, existem também localidades no município de Desterro que mantêm estreitas relações com a cidade de Entre Rios de Minas. Destacam-se, neste contexto, o distrito de São Sebastião do Gil e localidades do entorno, distantes aproximadamente 15 km daquela cidade e mais de 20 km de Desterro.

Este asfaltamento, fato evidenciado pelo então prefeito João Batista Trindade Azzi, no jornal "O Tempo" atuará como atração de empreendimentos visando desenvolvimento local, e facilidade de escoamento da produção agrícola. Na época, Azzi (2006, on line) confabulou que:

O simples fato de reduzir o percurso das viagens originárias de São Paulo e Sul de Minas e destinadas às cidades históricas e de tradição mineradora, como Congonhas, Conselheiro Lafaiete, Ouro Branco (onde se localiza a Gerda Açominas), Ouro Preto e Mariana, gera economia, fluidez e, principalmente, integração regional. O mesmo acontecendo

com os usuários que vêm do Rio de Janeiro e necessitam se dirigir a Fernão Dias. A dimensão dos projetos, que ora se encontram em fase de estruturação e implantação na região, também representa outro incentivo para que os órgãos governamentais vislumbrem ações de benfeitorias para aquela rota.

Outra perspectiva de desenvolvimento local se direciona a instalação e operação da Mannesmann, atual V&S do Brasil localizada nas proximidades, em áreas do parque Industrial de Jeceaba (SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E POLÍTICA URBANA, 2008), caso não seja acompanhada por ações do Poder Público, em termos de planejamento e legislação, traz projeções de expansão urbana desordenada, consolidando uma realidade já muito comum no país, à conurbação de centros urbanos vizinhos e todos os problemas socioambientais decorrentes (ANDRADE, 2008-a). Associada à criação da Região Metropolitana do Vale do Alto Paraopeba, formada por Conselheiro Lafaiete e mais 23 municípios do entorno: Belo Vale, Capela Nova, Caranaíba, Carandaí, Casa Grande, Catas Altas da Noruega, Congonhas, Cristiano Otoni, Desterro de Entre Rios, Entre Rios de Minas, Itaverava, Jeceaba, Lagoa Dourada, Lamim, Moeda, Ouro Branco, Piranga, Queluzito, Rio Espera, Santana dos Montes, São Brás e Senhora de Oliveira, conforme Projetos de Leis Complementares números 26/1997, 14/1999 e 05/2003, apresentados na Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG, 2008).

ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE TURÍSTICO (AEIT) PICADA DE GOIÁS: potencialidades locais para o ecoturismo e o turismo rural

Muitas são as perspectivas favoráveis para a cidade, pois o município, que faz parte do Circuito Turístico Estrada Real, inserido geograficamente na área denominada “Caminho Velho” (Figura 06), apresenta aspectos socioculturais e naturais relevantes para o aproveitamento turístico, em especial elementos e atributos que se enquadram nos planejamentos inerentes ao ecoturismo e ao turismo rural (ANDRADE, 2008-b). A cidade também fez parte do circuito turístico Campo das Vertentes, juntamente com os municípios de Carmo da Mata, Carmo do Cajuru, Carmópolis de Minas, Cláudio, Oliveira, Passa Tempo, Piracema, Santo Antônio do Amparo e São Francisco de Paula, até meados da década de 2010, quando este recebeu as adesões de Divinópolis e Itapecerica (ASSOCIAÇÃO CIRCUITO TURÍSTICO CAMPO DAS VERTENTES, 2019, on line). Neste sentido, talvez o nome mais indicado, fosse Picada de Goiás, antiga toponímia de Oliveira, entre 1778 e 1832. Sobre a Picada de Goiás¹⁰, o IBGE (1985) registra que:

Os primeiros a penetrarem na região do atual Município foram levados pela conquista do ouro. Há notícias da existência do sítio de uma senhora, Maria de Oliveira, que teria acolhido os tropeiros, quando passaram os desbravadores. A área tornou-se ponto preferido para pousada das bandeiras, a caminho de Goiás, em virtude da amenidade do clima e abundância de água. Deu-se início a uma povoação, primitivamente e conhecida como Picada de Goiás, depois Nossa Senhora de Oliveira, e atualmente, Oliveira.

10 Formação Administrativa: O distrito foi criado por Decreto de 14 de julho de 1832 e o Município, pela Lei n.º 134, de 16 de março de 1839. Em 19 de setembro de 1861, a Sede foi elevada à categoria de Cidade, por força da Lei n.º 1.102. Na ocasião em que foi criado, o Município figurou com os distritos de Oliveira, Carmo da Mata, Japão, São Francisco de Paula, Santana do Jacaré, Santo Antônio do Amparo, Cláudio e Passa Tempo. Atualmente, compõem-no os distritos de Oliveira e Morro do Ferro. A comarca de Lambari foi criada em 1862. Em 1870 foi extinta, sendo restaurada pela Lei n.º 2.002, de 15 de novembro de 1873. O nome foi mudado para Comarca de Oliveira pela Lei n.º 11, de 13 de novembro de 1891. Atualmente, é de 3.ª entrância e sua jurisdição abrange, também, os termos de São Francisco de Paula e Carmópolis de Minas.

Em 1750, um surto epidêmico grassou na região do Ribeirão do Carmo, hoje cidade de Mariana provocando o deslocamento de considerável massa populacional para a região do rio das Mortes. O primeiro fato histórico relacionado ao Município foi à conclusão, em 1778, da Igreja Matriz do Japão, hoje Município de Carmópolis de Minas. Favorecida, em parte, por sua posição em relação a São Paulo e ao sertão goiano, Oliveira apresentou desenvolvimento sempre crescente. Em 1871, foi inaugurada a Igreja Matriz de Oliveira. O topônimo registra duas versões: segundo uns, originou-se da presença de oliveiras entre as árvores frutíferas existentes na região; para outros, refere-se ao ranchinho de Maria de Oliveira.

Nota-se conforme Quadro/Tabela IV que a maioria dos municípios, estão fora da área geográfica tradicionalmente conhecida como Mesorregião do Campo das Vertentes¹¹, formada ao centro-sul do estado de Minas Gerais e estruturada em três microrregiões: Barbacena, Lavras e São João Del Rei. Portanto, a maioria das municipalidades encontra-se inseridas no Centro-Oeste Mineiro, entre as cidades de Divinópolis e Oliveira, com parte significativa dos territórios inseridos na bacia Hidrográfica do Rio Pará, afluente do São Francisco, que inclusive nasce em Desterro de Entre Rios. Sobre o conceito e a estruturação do circuito¹², Xavier (2005, p. 09) explica que:

11 Essa Mesorregião é composta por três Microrregiões: a Microrregião homogênea de São João Del Rei, mais duas Microrregiões, a Microrregião de Barbacena e Microrregião de Lavras, segundo a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 23 de maio de 1990, para Minas Gerais. A Mesorregião Campo das Vertentes está localizada no sudeste mineiro, reunindo 36 municípios e possui uma população de 540.758 habitantes segundo o Censo Demográfico de 01/07/2005 do IBGE. Fonte: https://ufsj.edu.br/paginas_tematicas/11.21.302.400.500.php

12 Os Circuitos Turísticos são a instância de governança regional integrados por municípios de uma mesma região com afinidades culturais, sociais e econômicas, que se unem para organizar, desenvolver e consolidar a atividade turística local e regional de

No Estado de Minas Gerais o turismo vem sendo organizado através de circuitos, envolvendo vários lugares como cidades, vilas, povoados e fazendas. A criação de circuitos turísticos em Minas Gerais representa uma importante meta para a interiorização do turismo. Criar circuitos turísticos em Minas Gerais, não deixou de ser uma solução encontrada para desenvolver o turismo a partir dos valores locais, com vistas à redução do êxodo para as grandes cidades. Alguns circuitos já foram criados seguindo as orientações da Secretaria de Estado de Turismo. Outros circuitos apresentam-se, ainda, como propostas e, evidentemente, diversos outros podem ser planejados. Tudo isso vem reforçar a necessidade de criar metodologias de avaliação como subsídios para as políticas públicas e para o planejamento.

Um circuito, segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, quer dizer contorno, periferia, circunferência, linha que limita uma área fechada; perímetro; o que circunda, cerca, giro, volta. No plano de turismo, elaborado para o Estado de Minas Gerais, um circuito incorpora vários lugares, com identidade e características comuns e que se intercomplementam através da oferta turística de que dispõem. Um circuito sempre incorpora uma cidade de maior porte, dotada de melhor infra-estrutura para receber os visitantes. Esse pólo, equipado como um centro turístico de distribuição, favorece o deslocamento para todas as outras localidades, urbanas ou rurais, possuidoras de atrativos.

forma sustentável, regionalizada e descentralizada, com a participação da sociedade civil e do setor privado. Os Circuitos Turísticos obtiveram seu reconhecimento com a publicação do Decreto Estadual nº43.321/2003 e pela Lei nº 22.765/2017, que instituí a Política Estadual de Turismo. Fonte: <http://www.turismo.mg.gov.br/circuitos-turisticos/informacoes-administrativas>

Quadro/Tabela IV – Municípios integrantes e ex-integrantes do Circuito Turístico do Campo das Vertentes – MG e estimativa população (2018)

Município	Mesorregião	Microrregião	População
Desterro de Entre Rios	Metropolitana de Belo Horizonte ¹³	Conselheiro Lafaiete	7.232 hab.
Cláudio	Centro-Oeste Mineiro	Divinópolis	28.366 hab.
Carmo do Cajuru	Centro-Oeste Mineiro	Divinópolis	22.257 hab.
Divinópolis	Centro-Oeste Mineiro	Divinópolis	235.977 hab.
Itapecerica	Centro-Oeste Mineiro	Formiga	21.763 hab.
Santo Antônio do Amparo	Centro-Oeste Mineiro	Oliveira	18.434 hab.
São Francisco de Paula	Centro-Oeste Mineiro	Oliveira	6.535 hab.
Carmo da Mata	Centro-Oeste Mineiro	Oliveira	11.439 hab.
Carmópolis de Minas	Centro-Oeste Mineiro	Oliveira	19.144 hab.
Oliveira	Centro-Oeste Mineiro	Oliveira	41.529 hab.
Passa Tempo	Centro-Oeste Mineiro	Oliveira	8.112 hab.
Piracema	Centro-Oeste Mineiro	Oliveira	6.421 hab.

¹³ Até 1989, esta região era denominada de Região Fisiográfica da Zona Metalúrgica que delinea conexões diretas e indiretas com a capital mineira. Como alega Xavier (2004, p. 10), “circuito, localizado na Região Metropolitana de Belo Horizonte, há de se considerar a importância dos espaços rurais para a recreação da população urbana local, bem como analisar o direcionamento e a forma da expansão urbana. Como é considerável o espaço rural dentro do próprio circuito um amplo campo de estudo se abre diante de uma expectativa de ordenação desse território, bem como de um uso racional dos recursos”.

Fonte: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-204728.366>

O convênio da cidade com a associação do Circuito foi desativado no início do ano de 2013 conforme é possível perceber na Figura 03, que retrata a especialização e regionalização do turismo em Minas Gerais data de 2015 (ASSOCIAÇÃO CIRCUITO TURÍSTICO CAMPO DAS VERTENTES, 2019, on line). A agregação de Piracema e Passa Tempo também foram desativadas (Figura 03). Se na década passada, de acordo com dados da Prefeitura Municipal de Desterro de Entre Rios (2006-b), havia uma preocupação local com a potencialidade turística, e a saída do circuito demonstra um possível alinhamento a outras frentes socioeconômicas, em especial, a mineração. É preocupante, pois o estado já coleciona sete rompimentos de barragens de rejeitos minerários, alguns com grande comoção nacional e mundial, como Mariana (2015) e Brumadinho (2019), devido às proporções trágicas, em termos sociais e ambientais. Xavier (2005, p. 06) problematiza isso da seguinte forma:

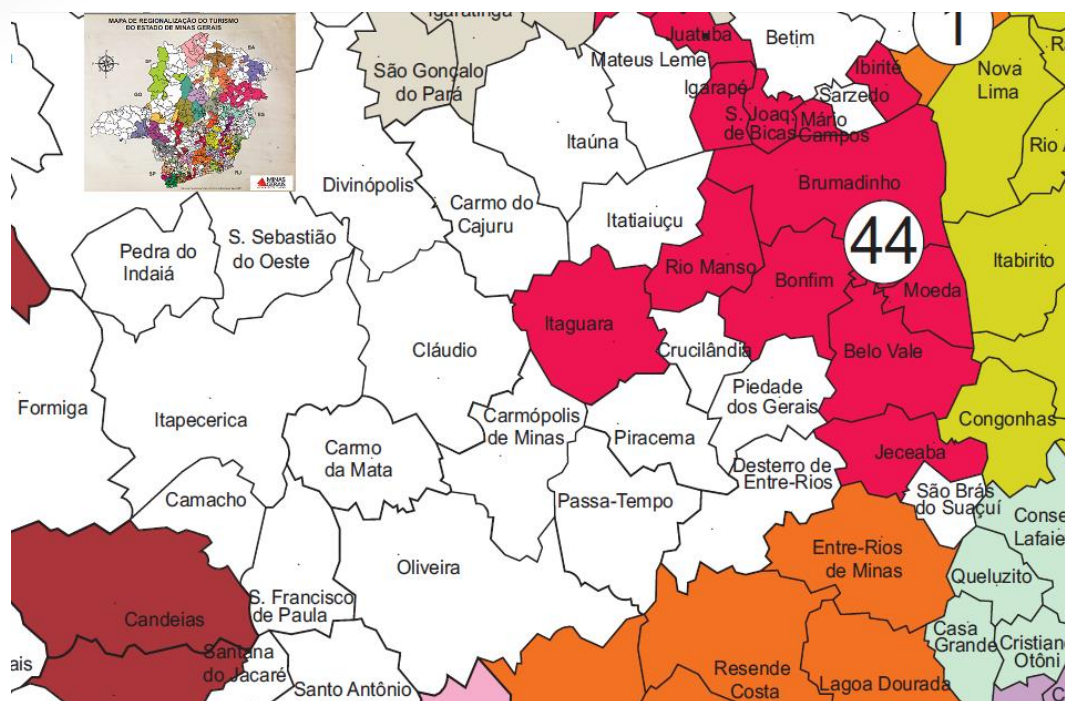
Lewis, (1979) após observar sistematicamente diversas paisagens formulou alguns axiomas, como guias para a interpretação de cenas diversas. Entre esses axiomas, destacam-se aqueles que se relacionam com o binômio turismo/paisagem. São citados os axiomas da identidade cultural, destacando que todos os seus elementos refletem aspectos da cultura de um povo e o axioma histórico,

14 LEWIS, Pierce F. **Axioms for reading the landscape: some guides to the american scene.** Disponível em <http://www.sethspielman.org/courses/geog3612/readings/PierceLewisAxioms.pdf>

revelando que a paisagem é o registro do passado, no qual os hábitos, tecnologia, ambições e preferências apresentam-se aspectos diferentes no decorrer dos tempos. Para o entendimento do significado cultural da paisagem, tem importância o conhecimento da tecnologia ou dos mecanismos que possibilitam sua existência, bem como a relação entre o homem e a natureza.

As revoluções técnicas e científicas, acrescidas de uma maior mobilização das pessoas na busca de espaços para o lazer, têm ensejado maior complexidade de relações, tanto entre as pessoas e os componentes físicos da natureza, quanto entre os grupos sociais, exigindo com isso, maior exploração dos recursos disponíveis. Na busca dos recursos, com o propósito de satisfazer suas necessidades, o homem defronta-se com os riscos resultantes de sua interação com a natureza ou com outros homens. Entre esses riscos têm sido crescente a problemática da perda da identidade da paisagem rural, diante da incorporação de uma parafernália de equipamentos urbanos, pelo campo.

Figura 03 – A desarticulação do município com os roteiros e circuitos turísticos do espaço de Minas Gerais.



Fonte: <http://www.turismo.mg.gov.br/>

No contexto de vinculação ao circuito turístico, em 2008, uma das parcerias previstas realizaria a confecção de um guia turístico em conjunto com alunos do EJA – Educação de Jovens e Adultos da cidade (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Este projeto educativo a ser desenvolvido pelo Projeto CANDEIAS em conjunto com alunos do EJA da Escola Estadual Nossa Senhora de Fátima prevê a sistematização de oito roteiros (Quadro/Tabela V) em um guia turístico de bolso a ser disponibilizado gratuitamente após sua publicação (ANDRADE, 2008-b). Os nomes dos roteiros baseiam-se numa breve síntese cronológica do município, objetivando com isso que a mesma se torne conhecida tanto para os moradores, quanto para eventuais visitantes (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). A região habitada por índios Carijós foi rota dos Bandeirantes, recebendo em seu processo de povoamento inúmeras pessoas de fora, dentre as quais aquelas oriundas de

Cantagalo/RJ15 (OLIVEIRA, 1958). Pertenceu a inúmeras paróquias do entorno, transitando pelos municípios de Bonfim, Nossa Senhora de Oliveira e Tiradentes até emancipar-se de Entre Rios (IBGE, 2017). Depois de emancipada, enviou inúmeros migrantes para Goiás, São Paulo e Belo Horizonte e recebeu como pároco oficial, um padre da cidade pernambucana de Paulista, que morou no município por cinquenta anos até sua morte (ANDRADE & ANDRADE, 2008). Estudos de Catoni (s/d) e de Sette & Junqueira (2008-a) atestam a ligação do distrito com outras partes do estado. Lott (2004), por sua vez contabiliza em seu estudo, a quantidade de negros escravizados no arraial. Esta pesquisa, por sua vez, evidencia a posterior contribuição dos mesmos à questão sociocultural local e sua diversidade reforçando a riqueza da cultura de matriz africana, no contexto de africanidades, cultura afrodescendente e história afrobrasileira.

QuadroTabela V: proposta de estruturação de oito roteiros turísticos

Roteiros	Atributos naturais e/ou culturais	Situação Legal (2018)
Bandeirantes	Compreende a Cachoeira das Pedras, a Cachoeira do Gil e a região de localidades rurais às margens do Ribeirão Macaúbas.	Art. 243 da Constituição Estadual (21/09/1989)
Bonfim	Engloba as Cachoeiras dos Peixotos e Ponte Nova e a Fazenda Ponte Nova	
Cantagalo	Formado pelas Cachoeiras dos Mirandas de Baixo e Mirandas de Cima	Sem Instrumento

15 RICHA, Lênio Luiz. GENEALOGIA FLUMINENSE: Região Serrana – Genealogia da Família Ferreira da Rocha *In*: SILVA, Marco Pólo T. Dutra P. **Sala de estudos: História, Genealogia e Viagem**. Disponível *in*: (http://www.marcopolo.pro.br/genealogia/paginas/cantagalo_ferrocha.htm)

Carijós	Compreende a pequena Cachoeira dos Morais, a Fazenda dos Morais e a Serra Mundo Velho onde existe uma grande pedra com cavidades naturais similares a uma gruta.	Municipal Legal de oficialização, roteirização e catalogação
Goiás	Engloba a Cachoeira do Barro Branco, a Serra do Coelho e a Tenda dos Ferreiros.	
Oliveira	Formado pelas Cachoeiras do Aladim e do Ilídio e pela Serra de Santo Antônio	
Paulista	Compreende a Cachoeira das Baetas e a Serra do Maludo	
Tiradentes	Engloba a Cachoeira dos Carrinhos e a Serra do Angá	

Elaborado pelo Autor (2008) apud Movimento Monsenhor (2008)

ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE TURÍSTICO (AEIT) PICADA DE GOIÁS: Circuito Capela Nova

Apresenta alguns atrativos expressivos num raio de cinco quilômetros, passíveis de serem visitados à pé, através de belas e agradáveis trilhas ecológicas(MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Dois dias devidamente programados permitem tranquilamente sua visitação e consecutivo aproveitamento(MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). No 1º dia, na parte da manhã pode-se visitar a Serra do Maludo, localizada a três quilômetros da sede Um belo recanto natural (Figura 04) que oferece excelente vista parorâmica da cidade, fragmentos florestais preservados alternados com áreas de pastagens naturais ou plantadas, afloramentos rochosos de granito/gnaisse e inúmeros mananciais, que por sua vez abastecem parte de Desterro (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008).

Ainda no 1º dia, porém na parte da tarde, pode se visitar a Fazenda e Cachoeira Ponte Nova, distante uns dois quilômetros, na saída do Bairro São Antônio (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). A arquitetura em estilo colonial da fazenda chama a atenção, e no local ainda é possível encontrar vestígios da 2ª antiga usina hidrelétrica datada de 1957, bem como conhecer uma cachoeira lamentavelmente imprópria para banhos, e ladeada por uma expressiva mata ciliar (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008).

Figura 04: Serra do Maludo, importante área natural, localizada na Sede municipal



Fotografia de Humberto Aparecido de Andrade - Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS (2008)

No 2º dia, na parte da manhã, pode-se organizar um passeio à Cachoeira das Baetas (Figura 05), pequena com um tobogã natural, acessível após cinco quilômetros de caminhada ecológica por um bela trilha, com visão para matas,

pastagens, casas rurais e rochas expostas que lamentavelmente estão sendo exploradas comercialmente, degradando a paisagem natural e cultural da localidade (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Na parte da tarde do 2º dia, deve ser visitada a Cachoeira dos Carrinhos, o cartão postal da cidade a quatro quilômetros, cujo acesso é possível através de uma caminhada ecológica com paisagens locais que alternam matas, pastagens e moradias rurais (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Nesta cachoeira estão os vestígios da 1ª antiga usina hidrelétrica, data de 1928 construída por Cândido José de Lima (PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO, 1992).

Figura 05 – Cachoeira das Baetas, na localidade rural de mesmo nome



Fotografia de Humberto Aparecido de Andrade - Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS (2008)

ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE TURÍSTICO (AEIT) PICADA DE GOIÁS: Circuito Senhora do Desterro

A partir da sede municipal, num raio de doze quilômetros, podem-se visitar outras belezas naturais do município (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). No 3º dia, parte da manhã, pode-se ir de carro a Serra dos Coelhos, rota da bandeira¹⁶ de Fernão Dias Paes Leme, em 1674 (OLIVEIRA, 1958, p. 41), localizada a dez quilômetros, onde se podem visitar duas comunidades camponesas bem tradicionais, a Comunidade de Serra da Tapera ou Tapera de Cima e a comunidade de Morro dos Coelhos ou Tapera de Baixo (ANDRADE, 2008-b). Até o ano de 2014 era uma área (figura 06) ainda relativamente preservada de cerrado, onde se encontram expressivas nascentes de água mineral, formadoras do Córrego da Geadá, que verte pro Ribeirão Paracatú e pra Piracema (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Ameaçada e mesmo com características de potabilidade e balneabilidade, portanto, um manancial de interesse público foi diretamente afetado pelo retorno de atividades minerárias, devidamente licenciada pelos órgãos competentes (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). A legislação ambiental foi incapaz de resguardar este cenário incomum com seus panoramas agora inexistentes (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Perdeu-se relevante patrimônio cultural e significativas paisagens naturais, potencializadoras de educação, turismo e sustentabilidade (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Sobre este bucólico lugar, eis a descrição feita por Andrade (2008, p. 29):

Imagine um rincão tipicamente mineiro: nascentes de água mineral, um centenário jequitibá, muros de pedras que nos transportam ao tempo da desumana escravidão, vestígios de degradação de uma antiga mineradora, tradicionais

¹⁶ Cruz relata a passagem da bandeira em Piedade, sendo esta a terceira localidade fundada do no estado. Desterro fica na rota entre Ibituruna e Santana do Paraopeba. Fonte: CRUZ, Euler de Carvalho. **Cadernos de História do Distrito de Piedade do Paraopeba**: volume I. Brumadinho: Edição do Autor, 2004. p. 109

agricultores familiares. Agora associe esta paisagem a uma serra, por onde passou o bandeirante paulista Fernão Dias, e a inúmeros relatos de pessoas idosas que contam quando seus parentes saíram do lugar e entorno e foram morar em Goiás entre 1950 e 1970. Imaginou, agora lamente: esta paisagem bucólica e o seu já descaracterizado patrimônio cultural estão em perigo por causa, do retorno de atividades minerárias.

Figura 06: cenário da vista panorâmica a partir da Serra da Tapera, na divisa com Piracema



Fotografia de Humberto Aparecido de Andrade - Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS (2008)

Além da vista panorâmica de inúmeras localidades rurais, com destaque para incontáveis fragmentos florestais, podem-se ver muros de pedras, que segundo

relatos locais foram construídos por escravos, visitar vestígios da antiga casa rural colonial (Figura 06) e se surpreender com a lástima da ação minerária, que funcionava na década de 1960 e retornou a partir de 2014 devastando os ecossistemas da serra (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Geralmente em estágios biológicos avançados de regeneração/reabilitação natural foram considerados descaracterizados e passíveis de degradação (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Apesar do contexto desolador, ainda dá para apreciar um centenário jequitibá conhecido pelos moradores como “árvore de bingote”, testemunho sobrevivente do passado (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Segundo relatos locais, seu corte foi impedido por uma senhora cujo marido, era conhecido e solicitado carpinteiro na região (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). É uma árvore frondosa e gigantesca, com cerca de 50 metros de altura e 500 anos de existência (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Sozinho em meio à pastagem aguarda ações para ser declarado como patrimônio cultural e ambiental da região (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Retornando desta serra, na parte da tarde do 3º dia pode-se visitar a Cachoeira do Barro Branco, já a oito quilômetros de Desterro (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008).

Figura 07 – Vestígios de uma casa colonial denominada de Ruínas dos Coelhos.



Fonte: fotografia de Fernanda Aparecida Peixoto (2018)

No 4º dia, na parte da manhã pode se passear na Serra de Santo Antônio, a doze quilômetros, pela MG 270, sentido Passa Tempo e de lá passando pelas localidades de Malícia e Contendas visitar na parte da tarde, a Cachoeira dos Peixotos (Figura 08), retornando para a cidade distante apenas seis quilômetros desta cachoeira (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). No retorno recomenda-se passar pela Cava da Cachoeira, que tem fama de mal assombrada, por ter sido caminho dos cortejos fúnebres, no final do século XIX e início do século XX (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Revezando na condução do caixão, por horas, era muito comum que o cortejo parasse para que as pessoas descansassem e se alimentassem (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Como a urna funerária tocava o chão, acreditava-se que aquele local seria assombrado pela alma do falecido (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Como nestes 3º e 4º dias, os atrativos são próximos entre si e distantes da sede, aconselha-se levar lanche reforçado e água

potável visando ampliar o tempo de permanência nos mesmos (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008).

Figura 08: Cachoeira dos Peixotos na localidade rural de mesmo nome



Fotografia de Humberto Aparecido de Andrade- Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS (2008)

ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE TURÍSTICO (AEIT) PICADA DE GOIÁS: Circuito São Sebastião

Para visitas no 5º e 6º dias estão previstas atrações localizadas num raio de 15 quilômetros da sede (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). Na parte da manhã do 5º dia, pode-se conhecer a Cachoeira dos Mirandas de Cima a 12 quilômetros, e na parte da tarde, a Cachoeira dos Mirandas de Baixo a 10 quilômetros de Desterro (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). No 6º dia, na parte da manhã, deve-se

conhecer a bela Cachoeira das Pedras, a 15 quilômetros (Figura 09), com expressiva mata nativa e poço natural e na parte da tarde retornando para a cidade pode-se passar na Fazenda dos Morais (Figura 09), uma construção antiga onde se encontra na beira da estrada uma pequena cachoeira e está a apenas 08 quilômetros da sede (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008).

Figura 09: Cachoeira do João Bento, na localidade rural de Pedras-de-cevar



Fotografia de Humberto Aparecido de Andrade - Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS (2008)

Figura 10: Sede da antiga Fazenda dos Morais, próxima ao Pereirinhas



Fotografia de Humberto Aparecido de Andrade - Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS (2008)

ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE TURÍSTICO (AEIT) PICADA DE GOIÁS: Passeios Opcionais às cachoeiras dos municípios vizinhos

Num roteiro preparado para um dia, e realizado de carro pode-se visitar a Cachoeira do Gil, a 25 km de Desterro (Figura 11) e ainda a cachoeira do Bituri, em Jeceaba (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). No dia seguinte pode-se organizar um passeio às Cachoeiras Mata dos Pacheco e Coqueiros, no município de Entre Rios, distantes a 18 km da sede desterreense (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008).

As três dias ou mais permitirão ao viajante conhecer a Fazenda Campo Grande e cachoeiras de Passa Tempo (22 km), bem com as cachoeiras do Ribeirão Paracatú (12 km), próximo da localidade de Paciência, em Piracema (Figura 12) e as cachoeiras de Jacarandira, um distrito de Resende Costa, a 20 km (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008).

Figura 11: Cachoeira do Gil, no distrito de São Sebastião do Gil, em Desterro



Fotografia de Humberto Aparecido de Andrade - Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS (2008)

Figura 12: Cachoeira de Jacarandira, localizada no município vizinho de Resende Costa



Foto: Fotografia de Humberto Aparecido de Andrade - Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS (2008)

ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE TURÍSTICO (AEIT) PICADA DE GOIÁS: encaminhamentos legais

A ausência de processos de inventários e tombamentos pelos três diferentes entes federados na região é preocupante e precisa ser revertida¹⁷. Neste contexto, da materialidade à imaterialidade que formam o patrimônio turístico¹⁸ local

17 Art. 21. Poderão ser instituídas áreas especiais de interesse turístico e locais de interesse turístico, complementarmente, a nível estadual, metropolitano ou municipal, nos termos da legislação própria, observadas as diretrizes fixadas na presente lei.

Art. 22. Declarados, a nível federal, área especial de interesse turístico, ou local de interesse turístico, os órgãos e entidades mencionados no art. 5º prestarão toda a assistência necessária aos governos estaduais e municipais interessados, para compatibilização de sua legislação com as diretrizes, planos e programas decorrentes da presente lei (BRASIL, 1977).

¹⁸ Ramos (2015) cita Pinto (2003, p. 26) alegando que a expressão Patrimônio Turístico surge pela primeira vez em 29 de abril de 1976, no informativo nº 01 da EMBRATUR, como sendo as regiões de "(...) beleza paisagística, importância histórica ou condições notáveis".

(SOUZA, et. al, 2005), a salvaguarda se materializa gradativamente através de ação do Poder Público e da atuação da sociedade organizada. Nesta conjunção, o Tombamento destaca-se como mecanismo de chancela e tutela legal de um bem coletivo a ser protegido para à posteridade, dadas suas características particulares e sua notoriedade, seja cultural ou natural. Assim, o tombamento garantirá, em parte a conservação do patrimônio ecológico e sua apropriação racional e sustentável através de práticas exequíveis, como o turismo, por exemplo. Ramos (2015, p. 17-18) defende que:

A primeira vista a Lei Federal 6.513/77 leva a crer que sua criação tem como objetivo principal a preservação dos bens naturais, culturais, históricos e arqueológicos, como forma de preservação do Patrimônio Turístico, como prática de um Turismo Sustentável. Mas segundo Ferraz¹⁹ e Mamede²⁰, a referida legislação tem como escopo principal a proteção desses bens, visando o desenvolvimento econômico do turismo e não como uma forma de preservação ao meio ambiente pelo seu valor intrínseco. A finalidade da legislação no processo de planejamento turístico é de instituir proteção jurídica ao patrimônio turístico para ordenar sua adequada utilização. De fato, se o patrimônio turístico é condição essencial para o desenvolvimento do setor, não se pode cogitar deste se não for possível sua utilização voltada para o consumo²¹.

19 FERRAZ, Joandre Antônio. **Regime Jurídico do Turismo**. Campinas-SP: Papyrus, 1992

20 MAMEDE, Gladston. **Direito do Turismo: Legislação específica aplicada**. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

21 Yves Lacoste destaca que outra geografia derivada daquela denominada “dos professores” é a Geografia turística e a propagada pelos meios de comunicação de massa. A ideologia do Turismo faz da geografia uma das inúmeras formas de consumo imediato, onde multidões cada vez mais numerosas são dominadas por uma vertigem instantânea de paisagens, fonte de emoções estéticas, anteriormente codificadas. A paisagem serve apenas para se contemplar e admirar e uma carta é apenas uma imagem para decorar a sala da agência de turismo ou um traçado do itinerário no roteiro das próximas férias. O Cinema reproduz

O tombamento enquanto modalidade normativa descortina horizontes sendo notável referência na preservação do patrimônio material e principalmente das riquezas culturais entendidas pela subjetividade, enquanto como patrimônio imaterial. O tombamento, em suas três diferentes esferas é também um processo em continua reformulação no âmbito das políticas públicas. São construções, desconstruções e reconstruções conduzidas no âmago da coletividade. Com um expressivo patrimônio cultural, sem desconsiderar o relevante patrimônio natural, a comunidade estudada tem muitas potencialidades a serem legalmente reconhecidas e judicialmente protegidas. Nas palavras de Xavier (2005, p. 01), destaca-se a preocupação em substituir o consumo vazio da sociedade massificada e globalização pela verdadeira valorização e ressignificação de paisagens e comunidade potencializadoras do turismo pós-moderno:

Ao iniciar esse estudo buscaremos fundamentos nos estudos de Molina (2003²²) que aponta as características do “pós-turismo” e discute o desafio dos países latino-americanos para incorporar as novas realidades globais. São situações que vieram produzir grandes mudanças na atividade, especialmente após o marco de 11 de setembro de 2001²³.

infatigavelmente certos tipos de imagens e paisagens que são como mensagens como discursos mudos dificilmente decodificáveis. Este fenômeno novo promovido pela impregnação de imagens e mensagens na cultura social tem sido responsável pela transmissão de mensagens geográficas difusas impostas pela massa, historicamente, nos colocando em posição de passividade, de contemplação estética, e que repele ainda para mais longe a ideia de que uma minoria analisa o espaço, segundo certos métodos a fim de criarem novas estratégias para enganar o adversário e vencê-lo. LACOSTE, Yves. **A geografia – isso serve, em primeiro lugar, para ser fazer a guerra**. 4ª ed. – Campinas: Papyrus. 1997. 263 p.

22 MOLINA, Sergio. **O Pós-Turismo**, São Paulo: Aleph, 2003.

23 O Atentado terrorista às Torres Gêmeas em Nova York, ocorrido em 11 de setembro de 2001, é defendido por alguns teóricos como um marco na história mundial, que

Diante das considerações retratadas pelo autor aumentam nossas preocupações no sentido de definir novas formas de tratamento espacial do turismo a fim vislumbrar a valorização dos lugares, como um contraponto às propostas da globalização.

Em seus estudos, Molina (2003) destaca as características do turismo pós-industrial para, em seguida analisar as mudanças de paradigmas. Assinala que o turismo pós-industrial foi marcado pelo deslocamento temporal das pessoas ao longo do território, pela mobilidade geográfica; pelas estadias em lugares diferentes das residências habituais; pelos propósitos de conhecer pessoas de outras sociedades; pela apreciação da gastronomia, bem como por outras manifestações típicas dos lugares visitados e do desfrute de cenários naturais, diante das diversidades paisagísticas.

Com as novas situações globais, salienta que, diante de um novo paradigma, o turismo tende cada vez mais, a ser marcado pelo deslocamento desnecessário do lugar de residência, pelo mínimo contado com indivíduos da comunidade local; pelo contato com cenários readaptados pela aplicação de tecnologias; pelo deslocamento da mão-de-obra produzido pela incorporação de processos automáticos gerados pela alta tecnologia e, por fim destaca que o pós-turismo não está determinado pelos recursos naturais, nem pelos culturais disponíveis na região.

Aproveitando as riquezas até aqui descritas sugere-se a criação e implantação de parques ecológicos, museus e outros espaços de referência para o patrimônio e para a paisagem. Efetivá-los é disponibilizar sua devida apropriação e seu uso sustentável pelas comunidades locais e não apenas pelos esporádicos turistas.

consolida a mudança de cenários e mentalidades, reclassificando-as em um novo período histórico.

Faz-se emergencialmente necessário a criação de frentes de proteção do patrimônio natural com estudos direcionados a implantação de quatro parques ecológicos na Sede Municipal: da Cachoeira dos Carrinhos, da Ponte Nova, da Serra do Angá e da Serra do Maludo com trilhas interpretativas e espaços de ecoturismo, educação ambiental e mirantes para percepção e contemplação. Inventariar a rica diversidade cultural da região com vistas à criação e implantação de Museus, dentre eles o Museu Aberto da Mineração e Metalurgia (Museu do Alto Paraopeba) na Tapera, outro dedicado as Folias de Reis nas Pedras de Cevar²⁴, do Desterro (processos de migração e deslocamentos populacionais, geopolítica dos refugiados, questão simbólica do desterro no Cristianismo) na sede da Fazenda Ponte Nova, o Museu dos Goianeiros dedicado à memória dos mineiros que se mudaram para o estado de Goiás, e o Museu São Sebastião (Fazenda dos Moraes), dedicado à simbologia festiva de devoção ao respectivo santo, e ambientação da essência e autenticidade camponesa, uma espécie de Centro de Tradições Rurais, uma vez que o mesmo é considerado patrono da agricultura e da pecuária. Deve-se empreender o Tombamento federal, o Tombamento estadual e o Tombamento municipal das festas locais, como patrimônio imaterial. Enquadram-se as Folias de Reis, a festividade de Nossa Senhora do Desterro, a festa de Nossa Senhora do Rosário, os festejos de São José do Desterro (Barro Branco), a festa de São Sebastião de Jacarandira²⁵, a festividade de São Sebastião do Gil, os festejos de São Sebastião das Pereirinhas

24 DIAS, J. P. Sousa. **Índice de drogas medicinais angolanas em documentos dos séculos XVI a XVIII.** Revista Portuguesa de Farmácia. 45, 4(1995)174-184, disponível em <http://www.ff.ul.pt/paginas/jpsdias/artigos/dias1995b.html>

25 SETTE, Bartyra. **JUNQUEIRA, Regina Moraes. Livros de Testamentos de São José disponíveis no acervo do Museu Regional de São João Del Rei.** In: PROJETO COMPARTILHAR (2008b). Disponível <http://br.geocities.com/projetocompartilhar4/saojoelvttest.htm>

e a festa do Sagrado Coração de Jesus no Bom Retiro. A questão das peregrinações anuais que passam pela cidade, entre 07 que 14 de setembro, quando romeiros saem a pé, de Carmópolis de Minas em direção à Congonhas do Campo precisa ser dimensionada e inventariada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em Minas Gerais, o poder público em suas diferentes esferas tem direcionado atenção ao potencial turístico de localidades rurais, povoados, distritos e cidades, objetivando com isso promover novos elos de desenvolvimento local. Neste contexto, a identificação e análise das potencialidades turísticas mineiras poderão gerar a efetiva preservação de atributos e elementos naturais gerando trabalho e renda para inúmeras pessoas. Para isso é necessário que o reconhecimento oficial do potencial turístico de determinada localidade seja seguido de um amplo processo de planejamento fazendo com que a atividade se desenvolva de maneira a minimizar possíveis impactos decorrentes do fluxo de visitantes. Ramos (2015, p. 14) alega que:

Um autor que trouxe contribuições para elucidação de alguns pontos obscuros da norma em questão, em sua obra *Turismo e Meio Ambiente: Aspectos Jurídicos* foi Antônio Carlos Brasil Pinto, Bacharel, mestre e doutor em Direito. O jurista traz algumas explicações sobre a diferença entre Área de Especial Interesse Turístico e Locais de Interesse Turístico. Segundo, ele, a primeira exige a elaboração de planos e programas para impedir danos ou destruição do patrimônio cultural e natural, pelo uso do turismo. Já a segunda exige a formalização de projetos executivos, com descrição das atividades turísticas a serem realizadas (PINTO, 2003:26). Também faz menção à divisão das Áreas Especiais de Interesse Turístico em Prioritárias e de Reserva. Segundo o

26 PINTO, Antônio Carlos Brasil. **Turismo e Meio Ambiente: Aspectos Jurídicos**. 5ª ed. Campinas-SP: Papyrus, 2003.

autor, as primeiras dizem respeito a áreas que já possuem fluxo turístico, cuja declaração seria para assegurar o "uso não predatório" (PINTO, 2003, p. 29) de seus bens naturais e culturais. Já as Áreas Especiais de Reserva seriam as ainda não consolidadas, cuja proteção serviria para um futuro aproveitamento turístico. Ao final o autor fala da modificação trazida à Lei 4717, de 29 de junho de 1965 (Ação Popular), pelo artigo 33 da lei 6.513/7727, que acrescentou ao patrimônio público protegido os bens e direitos de valor turístico. Que segundo o próprio autor, teria sido um grande avanço legislativo.

O presente trabalho analisa brevemente as potencialidades naturais e culturais do **município de Desterro de Entre Rios**, a 161 km de Belo Horizonte verificando mecanismos legais de salvaguarda dos patrimônios locais (MOVIMENTO MONSENHOR, 2008). A cidade também integrou o circuito turístico do Campo das Vertentes, importante mecanismo de ação e planejamento desativado desde 2013. Além de atrativos naturais, destacam-se também inúmeros aspectos culturais, como as Festas do Produtor Rural e da Padroeira, as Folias de Reis, a Congada, e as celebrações da Semana Santa, bem como o expressivo artesanato local (PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS, 2006-b). Propõem-se assim, estudos técnicos e legislativos para ações em conjunto com as três esferas do Poder Público, direcionados à tutela e salvaguarda do patrimônio cultural (Art. 216 da Constituição Federal, 1988) e da paisagem natural (Art. 225 da Constituição Federal, 1988) em Desterro de Entre Rios, com a prioridade de se criar e efetivar no município e nos que estão no seu entorno, uma AEIT denominada de Picada de Goiás. Acima de tudo propõe-se a criação de uma Área de Especial

27 Art . 33 - O § 1º, do art. 1º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 1º -

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico." (BRASIL, 1977)

Interesse Turístico - AEIT no município e adjacências precisa da efetivação de um planejamento técnico atualizado e voltado ao reconhecimento e valorização das potencialidades locais. A AEIT Picada de Goiás seria formada por doze municipalidades: Carmo da Mata, Carmo do Cajuru, Carmópolis de Minas, Cláudio, Desterro de Entre Rios, Divinópolis, Itapecerica, Oliveira, Passa Tempo, Piracema, Santo Antônio do Amparo e São Francisco de Paula.

Neste contexto, a cultura local deve ser a força matriz desse planejamento pautado no resgate de valores rurais primordiais baseados no contato harmonioso e sustentável com a natureza e no respeito ao ser humano. As origens rurais de cada humano, não somente retratam respeito à natureza, mas repassam importantes noções atualmente esquecidas como a valorização da essência humana, contribuindo assim para a construção e efetivação de um novo modelo social, onde os interesses econômicos e egoístas não estejam acima dos interesses coletivos. A busca desses valores evidencia também a urgência de se resgatar elementos humanos, que promovam equidade social e permitam consecutivamente a cada indivíduo viver sua vida com verdadeira qualidade. Somente através desta valorização, alguns problemas poderão ser equacionados, resultando numa verdadeira promoção da tão “sonhada” qualidade de vida e justiça social para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vagner Luciano de. ANDRADE, Humberto Aparecido de. **PROJETO MEMORIAL DO PADRE LUÍZ: breve biografia do Monsenhor Luiz Quintino dos Santos - “Padre Luiz” (1908-1987)**. Desterro de Entre Rios: Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS, outubro de 2008. 16 páginas

ANDRADE, Vagner Luciano de. **Deslocamentos para Goiás na memória de moradores rurais do entorno da Serra da Tapera, Minas Gerais. Monografia**

de Conclusão de Curso (Geografia e Análise Ambiental). Belo Horizonte: UNI-BH, 2007. 70p.

ANDRADE. Vagner Luciano de. (a) **CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-GEOGRÁFICA DO MUNICÍPIO DE DESTERRO DE ENTRE RIOS – MG: aspectos sociais e econômicos.** Desterro de Entre Rios: Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS, 2008. 33p.

ANDRADE. Vagner Luciano de. (b) **CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-GEOGRÁFICA DO MUNICÍPIO DE DESTERRO DE ENTRE RIOS – MG: aspectos históricos e culturais.** Desterro de Entre Rios: Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS, 2008. 55 p.

ARÃO SOBRINHO, José. *In: Entrevista concedida no dia 04 de junho de 1997.* Desterro de Entre Rios.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Informações geográficas sobre o município de Desterro de Entre Rios,** disponíveis no site <http://www.almg.gov.br/index.asp?grupo=estado&diretorio=munmg&arquivo=municipios&municipio=21407>, acessado em 15. Fev. 2007

ASSOCIAÇÃO CIRCUITO TURÍSTICO CAMPO DAS VERTENTES (2019) on line. Disponível em <https://www.facebook.com/CircuitoCampodasVertentes/>

AZZI, João Batista Trindade (2006). **Um elo entre duas BRs.** *In: Jornal O Tempo,* disponível no site <http://www.otempo.com.br/opiniaio/lerMateria/?idMateria=32868>

BERNARDES, Mateus Pinho. **Apontamentos sobre a cidade do Marechal: a denominação da capital catarinense no alvorecer republicano.** In: Revista Santa Catarina em História - Florianópolis – UFSC, vol. 01, nº 01, 2010

BIBLIOTECA DO IBGE (a). **Bonfim – MG.** Disponível *in:* <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/minasgerais/bonfim.pdf>. Acesso em 26 jan. 2019

BIBLIOTECA DO IBGE (b). **Conselheiro Lafaiete – MG.** Disponível *in:* <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/minasgerais/conselheirolafaiete.pdf>. Acesso em 26 jan. 2019

BIBLIOTECA DO IBGE (c). **Desterro de Entre Rios – São Paulo/MG**. Disponível *in*: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/minasgerais/desterrodeentrierios.pdf>. Acesso em 26 jan. 2019

BIBLIOTECA DO IBGE (d). **Entre Rios de Minas – MG**. Disponível *in*: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/minasgerais/entrieriosdeminas.pdf>. Acesso em 26 jan. 2019

BIBLIOTECA DO IBGE (e). **Lagoa Dourada – MG**. Disponível *in*: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/minasgerais/lagoadourada.pdf>. Acesso em 26 jan. 2019

BIBLIOTECA DO IBGE (f). **Oliveira – MG**. Disponível *in*: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/minasgerais/oliveira.pdf>. Acesso em 26 jan. 2019

BIBLIOTECA DO IBGE (g). **Tiradentes – MG**. Disponível *in*: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/minasgerais/tiradentes.pdf>. Acesso em 26 jan. 2019

BRASIL. **Lei federal nº 6.513 de 20 de dezembro de 1977**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6513.htm

BRASIL. **Decreto federal nº 86. 176 de 06 de julho de 1981**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D86176.htm

CAMARA MUNICIPAL DE ENTRE RIOS. **Collecção das Leis**. Entre Rios: Câmara Municipal, 1903. p. 61

CAMARA MUNICIPAL DE ENTRE RIOS. **Collecção das Leis: volume 16**. Entre Rios: Câmara Municipal, 1908. p. 05

CAMPOS, Arthur Alves de Alcântara. **Chorographia Mineira: cidade e município de Entre Rios**. In: Revista do Arquivo Público Mineiro, nº. 01 – fascículo 04. Ouro Preto: Imprensa Oficial, s/d. p. 799-818

CATONI, NILZA. **ESTUDOS DE HISTÓRIA DE LEOPOLDINA, MINAS GERAIS** (s/d). Disponível em http://www.cantoni.pro.br/a_ramos/pafg173.htm.

FERREIRA, Márcio César. LEITE, Romualdo Gonçalves. **Cartaz com a Programação da Festa de Nossa Senhora do Desterro: 06 a 15/09/2008**. Desterro de Entre Rios: Secretaria Paroquial da Paróquia Nossa Senhora do Desterro, setembro de 2008.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Informações geográficas sobre o município de Desterro de Entre Rios**, disponíveis em <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/default.php>>, acesso em 27. Ago. 2007

INSTITUTO SÓCIO-AMBIENTAL CAMPECHE. **Informações sobre a história de Desterro, atual Florianópolis**, disponíveis no site <http://www.campeche.org.br/Desterro/geral-desterro.htm>, acessado em 15. Fev. 2007

LIMA, Jefferson. **Memória: um nome escrito a sangue**. In: Jornal A Notícia, caderno A capital. Domingo, 28 de julho de 2002.

LOTT, Mirian Moura. Casamento e família nas Minas Gerais: Vila Rica – 1804-1839. Belo Horizonte: FAFICH/UFMG. 2004, mimeo. p. 85.

MAGELA NETO, Othílio. **Construindo a História de Piracema – Minas Gerais**. Piracema: Prefeitura Municipal de Piracema, 1991. p. 11-20

MEGALE, Nilza Botelho. **Invocações da Virgem Maria no Brasil**. Ed. Vozes, 1998, p. 180-183.

MOURA, Antônio de Paiva. **Formação demográfica de Brumadinho**. In: Circuito Notícias – Ano 12, nº. 150 – dezembro de 2006 (Especial 68 anos de Brumadinho). Brumadinho. p. 3

MOVIMENTO MONSENHOR – PROJETO CAPELA NOVA DO DESTERRO DE EDUCAÇÃO, INTEGRAÇÃO E AÇÃO SOCIOAMBIENTAL. **Proposta de Roteiros Turísticos para o Município de Desterro de Entre Rios – MG**. Desterro de Entre Rios: Movimento Monsenhor/Projeto CANDEIAS. 2008. 04 p.

OLIVEIRA, Oscar de. **Nossa Senhora das Brotas: seu culto no Brasil e em Portugal**. Pouso Alegre: Tipografia da escola Profissional, 1958. p. 41

PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS – MG (2006-a). **História de Desterro**. In: **Folder com aspectos culturais, naturais e históricos do município**. Desterro de Entre Rios: 2006

PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS – MG. **Histórico das escolas municipais existentes no município**. Desterro de Entre Rios: s/d

PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS – MG. **Série – Homens que contribuíram como nosso município: Cândido José de Lima**. Desterro de Entre Rios: Departamento de Educação e Cultura. 1992

PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS – MG (2006-b). **Um pouco da História de Desterro. In: Capa dos cadernos escolares distribuídos gratuitamente nas escolas municipais.** Desterro de Entre Rios: Departamento de Educação e Cultura. Gestão 2005-2008.

RAMOS, Susana Barbosa. **Áreas Especiais e Locais de Interesse Turístico: Lei Federal nº 6.513/77,** (Monografia de graduação) – Brasília, Universidade de Brasília, Centro de Excelência em Turismo, 2015. 59 f.:

SANTOS, Ana Paula dos. LACERDA, Raquel Bernardo dos Santos. **A contribuição da Educação na Escola Rural: Construção da Identidade do Jovem e Suas Expectativas.** Artigo de Conclusão de Curso (Geografia e Análise Ambiental). Belo Horizonte: UNI-BH, 2008. 14 p.

SANTOS, Mônica Aparecida da Consolação. **Biografia do Prefeito João José de Lima.** Desterro de Entre Rios: Escola Estadual Nossa Senhora de Fátima, 2007. 15 p.

SETTE, Bartyra. JUNQUEIRA, Regina Moraes. Padre Damaso Pinto de Almeida Lara: Testamento. In: PROJETO COMPARTILHAR (2008a). Disponível <http://br.geocities.com/projetocompartilhar3/damasopintodealmeidalarapadre1879.htm>.

SOUZA, Joana D'arc de. *Et al.* **Patrimônio Histórico: Como o passado pode nos ajudar a encontrar a paz?** In: Revista Ecologia Integral. Ano 05, nº 23. Jan. - Mar/2005. p. 17 e 18

VELOSO. Helton. **A freguesia de Nossa Senhora do Desterro de Campo Grande.** In: Jornal Zona Oeste Social – Edição Histórica – Ano III – Nº 72 – 15/11/1973

XAVIER, Herbe. In: **RISCOS DA PERDA DE IDENTIDADE DA PAISAGEM RURAL.** In: PUC Minas – Revista de Turismo – Vol. 01 - nº 1 - Nov. 2005.