

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 912

(Ano XI)
(29/06/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

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

COLUNISTA DA SEMANA



27/06/2019 Alexandre Santos Sampaio

» [A aniquilação dos direitos sociais](#)..... **05**

ARTIGOS

28/06/2019 Leonardo de Sales Dias

» [A propriedade intelectual do programa de computador desenvolvido sob encomenda](#) **11**

28/06/2019 Laís Galgani Ribeiro

» [A saúde no Brasil: direito versus dever constitucional](#) **63**

28/06/2019 Alan Khrystian de Oliveira Câmara

» [Aposentadoria especial nos regimes próprios de previdência social - RPPS](#) ... **80**

27/06/2019 Maria Laura Pereira da Silva

» [Considerações acerca da comissão interamericana de direitos humanos](#) **96**

27/06/2019 Rodrigo Antola Aita

» [Impactos da MP da liberdade econômica sobre a desconsideração da personalidade jurídica](#) **104**

27/06/2019 Samuel Cunha de Oliveira

» [Sistemas eleitorais dos Estados Unidos e do Brasil: um estudo comparativo](#) **114**

27/06/2019 Lucas Felipe Zuchi

» [A inconstitucionalidade da tarifação do dano moral na reforma trabalhista frente aos direitos fundamentais da efetiva reparação do dano](#) **126**

26/06/2019 Alexandre Fragoso Silvestre

» A colaboração como meio de integração entre jus-naturalismo, o positivismo e realismo	138
26/06/2019 Marcus Vinicius da Costa Paiva	
» Execução da prestação alimentícia e os sumários meios de defesa impeditivos da prisão do executado	151
26/06/2019 Felipe Pacheco Cavalcanti	
» A garantia constitucional à duração razoável do processo: impactos do novo código de processo civil na celeridade do processo	172
26/06/2019 Lucas Felipe Zuchi	
» Alienação fiduciária de imóveis: a (in)aplicabilidade do adimplemento substancial e a (in)constitucionalidade do procedimento extrajudicial	190
26/06/2019 Tiana Camardelli	
» Reforma trabalhista e Lei nº 13.670/2018: redução de quadro de trabalhadores e seus impactos na classificação de serviços dos hotéis para a formação de clientela	204
25/06/2019 Roberta Eifler Barbosa	
» A aplicação intertemporal da Lei nº 13.491/2017	210
25/06/2019 Maria Laura Pereira da Silva	
» Exposição e aplicabilidade das normas emanadas pela O.I.T.: Tratados e Convenções sob o enfoque da legislação nacional	228
25/06/2019 Bruna Letícia Batista Lobão da Silveira	
» Multiparentalidade, entidade familiar e reflexos jurídicos sucessórios.	238
25/06/2019 Bruno Porangaba Rodrigues	
» Tráfico internacional de pessoas à luz da Convenção e do Protocolo de Palermo	255
25/06/2019 Eduardo Luis Grosso	
» A admissibilidade da multa diária nos casos de descumprimento do regime de visitação no âmbito do Direito de Família	263

25/06/2019 Joaquim Leitão Júnior

» [As implicações da nova Lei nº 13.827/2019: Aplicação das Medidas Protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha por Delegado de Polícia ou por policiais](#) **274**

24/06/2019 Jade Thomaz Veloso

» [Transparência fiscal: uma análise acerca dos métodos de implementação e harmonização com nosso sistema jurídico a partir da Medida Provisória 685/2015](#)..... **283**

24/06/2019 Rodrigo Antola Aita

» [O sistema de precedentes vinculantes inaugurado pelo novo Código de Processo Civil](#) **313**

24/06/2019 Roberta Eifler Barbosa

» [A despatologização do desvio e os limites da punição na obra de Durkheim](#) **331**

24/06/2019 Isabella Vitória Pereira da Silva Miranda

» [Desmistificação do benefício auxílio-reclusão: direito ou privilégio?](#) **345**

24/06/2019 Maria Laura Pereira da Silva

» [Princípio da razoabilidade: Histórico, definições e aplicabilidade](#)..... **364**

24/06/2019 Bruno Porangaba Rodrigues

» [O transportador de drogas \("mula"\): aspectos controvertidos e análise jurisprudencial](#)..... **373**

A ANIQUILAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

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.

É sabido que a história humana não é uma linha darwiniana evolutiva, mas sim cheia de percalços e tropeços, com avanços e retrocessos nas mais diferentes áreas. Neste texto, busca-se indagar: em que estágio estão os direitos sociais no Brasil?

É indubitável o avanço da lei imperial nº 3.353, sancionada em 13 de maio de 1888, conhecida como lei áurea, que promoveu a abolição da escravidão no Brasil. Foi dado um direito fundamental, a liberdade, para parcela desfavorecida da população brasileira.

A despeito do seu viés humanitário, possuía interesse econômico por detrás: criar mercado consumidor, aquecer a economia das metrópoles com pessoas que tivessem recursos para comprar os bens e serviços produzidos. Afinal, a economia é uma máquina que não pode parar, quanto mais pessoas demandam produtos e serviços, mais rápida e pujante fica a economia daqueles que aproveitam desta aceleração.

Após aquele marco do período imperial e transcorrido décadas, mais de um século, de lutas e reivindicações, logrou-se êxito em rol mínimo de direitos e garantias para classe trabalhadora, consolidada no decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a denominada Consolidação das Leis do Trabalho. Cada direito e garantia esculpido visa, em suma, proteger o trabalhador de excessos porventura praticados pelos empregadores. Outro marco relevante para o avanço dos direitos sociais.

A Constituição Federal de 1988, a atual lei maior de regência do Brasil, não se furtou também de explicitar que é fundamento da República Federativa do

Brasil, dentre outros, a “a dignidade da pessoa humana”, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e os “os valores sociais do trabalho”^[1].

Cabe anotar que, no art. 1º da Constituição Federal, os valores sociais do trabalho estão dispostos antes da “livre iniciativa”, o que denota que a observância dos direitos sociais deve ser o norte para a liberdade empresarial. Demais disso, os direitos sociais, esculpido no art. 7º da CF, dentre os direitos e garantias fundamentais, possui status de cláusula pétrea, conforme preconiza no art. 60, § 4º, da lei maior^[2].

Além da sua rigidez, esse rol da Constituição Federal, que encarta vários direitos relevantes para proteger o trabalhador, como jornada de trabalho máxima e férias, é meramente exemplificativo, pois podem existir outros direitos “que visem à melhoria de sua condição social”^[3].

Em outros termos, depreende-se que ocorreu inegáveis avanços a favor da classe trabalhadora, a mão de obra criada com o fim da escravidão, para acelerar a economia.

Esse cenário modificou-se com a lei 13.467, de 2017, a denominada reforma trabalhista, que recrudescer e reduziu os direitos dos trabalhadores, além de outras medidas processuais para inibir reclamações trabalhistas.

Basta anotar que foi criada previsão, posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF^[4], que admitia que trabalhadoras grávidas e lactantes desempenhassem atividades insalubres mediante a apresentação de atestado médico. Ora, além de patente retirada de direitos das mulheres, um risco à saúde do rebento. Mandou bem o STF ao cassar este dispositivo leonino.

Há diversas outras ações em curso no STF questionando a constitucionalidade de dispositivos da reforma trabalhista. Como dito, não se pode olvidar que a Constituição Federal protege, ou deveria proteger, os direitos sociais, com status de cláusula pétrea, contra os arroubos empresariais.

É fato que a reforma trabalhista foi um duro golpe nos direitos sociais dos trabalhadores, em prol do empresariado, com mecanismos que reduzem

direitos e inibem reclamações. Tanto é verdade que, um dos pontos, promoveu ataque frontal aos sindicatos, para reduzir as suas receitas e, por consequência, seu poder de insurgência. Sindicato fraco é sinônimo de trabalhador sem representação adequada para discutir e lutar pela manutenção dos direitos.

Outro ponto que vem demonstrando ser uma nova derrota para os direitos sociais é a precarização das relações de trabalho. Cada vez mais é comum a figura do “parceiro empresarial” ou “microempreendedor individual” que nada mais é do que trabalhador sem direitos sociais. É a própria aniquilação dos direitos sociais que foram moldados durante séculos de reivindicações trabalhistas.

Para melhor entender essa afirmação, cabe distinguir emprego e trabalho. Emprego é o funcionário com carteira assinada, com todos os seus direitos e garantias protegidos por lei. Neste caso, a relação deve preencher os requisitos do art. 3º da CLT, qual seja, serviço de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário[5]. Já a relação de trabalho não se enquadra nos requisitos e, por conseguinte, não se subordina, a princípio, a CLT.

É neste último caso que entra os “parceiros” ou “microempreendedores”, pessoas que agem por sua conta e risco, sem qualquer direito que o proteja. Prevalece a “liberdade empresarial” para tratar com terceiros. Caso típico na atualidade é o motorista de aplicativo que é “parceiros” cadastrado como pessoa física ou microempreendedor em plataformas online que disponibilizam para os consumidores transporte.

Os riscos do negócio é dele (veículo, combustível, seguro, manutenção, etc.), sem qualquer direito ou garantia (salário, férias, FGTS, etc.) trabalhista, porém parcela do que auferem de renda, valor significativo que pode chegar a até trinta por cento ou mais, é destinada para o gestor do aplicativo, a título de publicidade do serviço e manutenção da plataforma online.

Em pesquisa empírica, sempre que utilizo o transporte por aplicativo, que é, em regra, muito mais barato do que o taxi convencional, procuro saber quantas horas de trabalho o motorista costuma ficar online, trabalhando no aplicativo. As respostas são sempre de estarrecer: em média, não raro, a jornada destes profissionais chega a dezesseis horas por dia, sem um dia sequer de descanso, de domingo a domingo.

Aí cabe perguntar: Qual tempo o motorista de aplicativo terá para o lazer, para a família, para a qualificação profissional? Qual tempo ele terá para buscar outros meios de subsistência, se assim desejar? Qual tempo, enfim, ele terá livre?

Lembro-me do início do transporte por aplicativos. A propaganda era: faça uma renda extra como motorista de aplicativo, reforce a sua renda no final do ano para pagar suas contas. Infelizmente, fruto de uma economia em franca queda e falta de oportunidades, a renda extra se tornou a principal, em razão dos alarmantes números, crescentes, de desempregados.

É a mais triste faceta do capitalismo selvagem, tido como neoliberal, que não respeita o rol mínimo de direitos trabalhistas, aproveitando-se da hipossuficiência do desempregado para conseguir lucro fácil, às custas do trabalho de outrem.

Enquanto para o consumidor é ótimo, afinal se tem um serviço de melhor qualidade a preço bem baixo, porém para o trabalhador é uma proximidade, com verniz de “liberdade empresarial”, novamente à escravidão, que nada mais é que a ausência de direitos que guarneçam o indivíduo de um mínimo de garantias. A prisão nova não é com grilhões, mas online, para tentar buscar o sustento da família, pois, não se olvide, ninguém trabalha dezesseis horas diárias por puro prazer, salvo se for masoquista.

Essa forma de trabalho acabou, em certa medida, chancelada pelo STF^[6] que decidiu com base na livre iniciativa e na livre concorrência. Alguns ministros argumentaram que se tratava de movimento “disruptivo”, “destruição criativa” dos monopólios.

É certo que a discussão, a questão de mérito, era a regulação do serviço por leis estaduais e municipais, mas esqueceu-se de discutir também a “destruição criativa” dos direitos sociais.

Falou-se também que o transporte por aplicativo é uma forma, num momento de desemprego, de buscar atingir o “pleno emprego”, conforme prevê o art. 170, VIII, da Constituição Federal, mas esqueceu-se que motorista de aplicativo não é empregado e o trabalho, por si só, não pode ser equiparado a emprego. Pensar dessa forma pode levar também a defender a mendicância também como

busca por pleno emprego. Falacioso argumento, portanto, que deve ser rechaçado^[7].

Dentre os princípios gerais da atividade econômica, da livre iniciativa, esta a “existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Por isso, avaliar o afastamento total dos direitos sociais de trabalhadores que estão desempregados e buscam seu sustento por meio de transporte por aplicativos não encontra guarida, à toda evidência, na Constituição Federal, mesmo sob o argumento da livre iniciativa.

O Tribunal Superior do Trabalho – TST já decidiu que o descumprimento reiterado de normas trabalhistas, com várias irregularidades cometidas pelo empregador, “transgride valores fundamentais à própria coletividade, dando ensejo à reparação por dano moral coletivo, independentemente da demonstração efetiva do dano”. No caso julgado, entendeu-se que as condutas ilícitas, por não observar os direitos sociais, macularam a proteção constitucional dada à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho, além de fomentar lógica perversa de depreciar as condições de trabalho para manter a competitividade no mercado^[8].

Espera-se que essa matéria também chegue à baila para o STF discutir o tema específico e, quem sabe, buscar rever seus conceitos sobre o que seria pleno emprego. Em outras palavras, buscar compatibilizar direitos sociais com a livre iniciativa, valorizando um sem descuidar do outro.

Pleno emprego se consegue com economia aquecida, empresas produzindo no máximo, gerando renda para todos, e não retirando direitos sociais dos trabalhadores, reduzindo renda dos menos favorecidos. Senão estar-se-á, apenas, retrocedendo a tempos obscuros que não devem regressar jamais.

À luz do exposto, vê-se que, no Brasil, ocorreu vários avanços sociais ao longo do tempo, mas parece que, no momento, vivencia-se retrocessos nos direitos sociais, para não dizer aniquilação, que deve ser revisto o quanto antes, para que a economia volte a crescer para todos os segmentos sociais e não apenas para os mais abastados.

NOTAS:

^[1] Art. 1º da CF/88.

^[2] Art. 60, § 4º, da CF/88: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”.

[3] Art. 7º, caput, da CF/88.

[4] ADI 5938.

[5] Art. 3º da CLT: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

[6] RE 1.054.110 e ADPF 449.

[7] Art. 170 da CF: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VIII - busca do pleno emprego".

[8] TST-E-ED-ED-ARR-3224600-55.2006.5.11.0019, SBDI-I.

A PROPRIEDADE INTELECTUAL DO PROGRAMA DE COMPUTADOR DESENVOLVIDO SOB ENCOMENDA

LEONARDO DE SALES DIAS: Advogado, especialista em direito e processo penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

RESUMO: Esse texto explora o tema da propriedade intelectual sobre o programa de computador desenvolvido sob encomenda. Aborda alguns aspectos conceituais relativos ao tema, apresenta a legislação pertinente e faz uma análise das relações contratuais, no âmbito cível, trabalhista e administrativo, nas quais o contratado, empreiteiro, empregado ou servidor público, desenvolve programa de computador em benefício de seu contratante. Por fim, esclarece a importância de ser estabelecida, já no momento da celebração de um contrato, uma cláusula relativa a eventual relação da atividade contratada com o desenvolvimento de programa de computador, sendo, ainda, definido sobre a propriedade intelectual do programa de computador eventualmente desenvolvido.

Palavras-chaves: propriedade intelectual, direito autoral, programa de computador, sob demanda.

I - INTRODUÇÃO

O modelo social construído ao longo das últimas décadas, além de uma grande transformação social, nos apresentou um enorme avanço tecnológico, alterando radicalmente o modo em que viemos. Dentre as inúmeras alterações podemos destacar o avanço tecnológico e, em especial, o surgimento e a expansão da rede mundial de computadores. Diante dessas alterações, a qual pode ser verificada e dimensionada pela simples análise de quantos componentes eletrônicos nos cercam no nosso dia-a-dia, é possível afirmar que vivemos em uma sociedade da informação.

Nessa seara, temos que o avanço social e o desenvolvimento da tecnologia trouxeram um grande aumento na demanda de novos programas de computador, os quais, embora não sejam visíveis, estão difundidos em grande parte dos equipamentos utilizados no nosso cotidiano.

São os programas de computador que fazem os nossos aparelhos celulares funcionarem, em especial do modo que nós o conhecemos hoje, além de serem utilizados nas tarefas de comando dos computadores dos escritórios ou domiciliares, proporcionando a possibilidade de elaboração de textos, planilhas e acesso à internet, enfim, estão presentes nos mais importantes meios de comunicação modernas. É nesse contexto que o direito autoral aplicado ao programa de computador tem ganhado grande relevância no contexto social e jurídico.

Não obstante o fato de o direito autoral visar proteger os direitos do autor de uma obra, de forma a vedar a sua utilização não autorizada ou inadequada, bem como o fato de que o programa de computador ser considerado uma obra, nos termos estabelecidos pela Lei nº 9.610/98, deve ser considerado que o tema pertinente a proteção dos direitos de quem desenvolve um programa de computador sob a demanda de terceiros é ainda ignorado por boa parte da sociedade.

Diante desse fato, esse texto visa trazer à lume algumas considerações sobre a titularidade do direito autoral na hipótese de contratação de serviço de desenvolvimento de programa de computador. Pretende-se, portanto, responder perguntas como: Quem seria o titular do direito nessa hipótese, o contratante ou o contratado? Qual a regra aplicada no caso de vínculo celetista? E na hipótese de desenvolvimento de programa de computador por um empregado, sem, contudo, haver a conexão com suas obrigações contratuais? Perguntas como essas devem ser analisadas pelos possíveis contratantes, sob pena de criação de falsas expectativas de ambas as partes, podendo chegar, por fim, a um litígio.

O texto apresentará um breve histórico com intuito de demonstrar a importância do direito autoral, bem como, apresentará algumas definições inerentes ao tema a ser discutido, explicitando a legislação aplicável, analisando decisões judiciais proferidas sobre o tema e, por fim, trará uma breve conclusão.

A fim de ambientar o leitor com a importância do mercado do software no cenário nacional e internacional, trazemos à lume alguns resultados do relatório emitido pela Associação Brasileira das Empresas de Software, o qual aponta que somente no ano de 2017 o mercado mundial de softwares e serviços movimentou

o valor de US\$ 1.148 bilhões, sendo que o Brasil ocupou a 9ª colocação no ranking mundial, com a movimentação no mercado interno de cerca de US\$ 18,6 bilhões. [1]

A atuação brasileira no mercado de Tecnologia da Informação corresponde a aproximadamente 36,5% do mercado na América latina e 1,9% do mercado mundial. O citado documento aponta ainda que existem, no mercado nacional, cerca de 17.000 empresas atuando no ramo de softwares, das quais 30,3% atuam no mercado de desenvolvimento e produção de softwares, 38,3% na distribuição e comercialização e 31,4% na prestação de serviços. [2]

Das empresas brasileiras que atuam no desenvolvimento e produção de softwares, aproximadamente 4.870, 49,3% são consideradas microempresas, 46,2% seriam consideradas pequenas, 4% seriam consideradas empresas de porte médio e somente 0,5% teriam o status de empresa grande. Há de destacar que da movimentação interna anteriormente citada, cerca de US\$ 18,6 bilhões, cerca de 9,1% estão vinculadas ao desenvolvimento de softwares por encomenda. Por fim, o documento aponta para uma série de fatores que poderão trazer um aquecimento do mercado para o corrente ano e os seguintes, inclusive no que se refere ao ramo de programa de computadores, dos quais destacamos a aceleração dos projetos de Internet das Coisas (*IoT*), o amadurecimento e a consequente expansão da área de *Big Data* e *Data Analytics*, o aumento do interesse no desenvolvimento de Inteligência Artificial (*IA*) e as soluções de *Cloud Computing*. [3]

Nesse cenário, fica evidenciada a importância do tema de proteção do direito de autor relacionada a programas de computador, seja para o desenvolvedor, seja para o contratante.

II – O REGIME DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO PROGRAMA DE COMPUTADOR

Inicialmente devemos esclarecer que o programa de computador, de acordo com a Lei dos Softwares, a Lei nº 9.609/98, pode ser definido como “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

Já segundo o engenheiro de software norte-americano Roger Pressman, a definição de programa de computador poderia ser a seguinte:

- (1) Instruções (programa de computador) que, quando executadas fornecem características, funções e desempenho desejados; (2) estruturas de dados que possibilitam os programas manipular informações adequadamente; e (3) informação descritiva, tanto na forma impressa como na virtual, descrevendo a operação e o uso dos programas. [4]

Verifica-se, portanto, que o programa de computador possui uma série de algoritmos os quais tem a finalidade de produzir um resultado determinado. Dessa forma, sem querer se aventurar a propor uma definição para o programa de computador, é possível asseverar que o programa de computador é, fundamentalmente, uma série de comandos estabelecidos em linguagem compreendida pelo hardware que visam o atingimento de uma meta, sendo imperioso lembrar também que tais comandos podem ser escritos de forma livre pelo programador, ou seja, o mesmo resultado final pode ser obtido por meio de inúmeros modos de comando, a serem definidos a critério do programador.

Cabe acrescentar que para fins de definição de programa de computador, deve ser considerado que integram o programa: código-fonte, o qual é criado por meio de editor de texto e contém os comandos da linguagem de programação; o código objeto, que resulta da conversão do código-fonte para a linguagem de máquina; e, ainda, a documentos que os acompanham, tais como diagramas, especificações e etc. [5]

Verifica-se, nesse contexto, que há de fato o exercício de uma atividade intelectual e criativa desenvolvida pelo desenvolvedor do programa de computador. E é por essa razão que o programa de computador é protegido pelas normas de direito autoral, conforme apregoa o artigo 7º, XII, da Lei nº 9.610/98, se tratando, portanto, de uma obra intelectual que traduz a criação do espírito humano. Sobre o tema, o advogado e autor Augusto Marcacini ensina que:

O software é algo que não guarda paralelo exato com bens materiais ou imateriais até então conhecidos. Não é propriamente uma expressão da personalidade humana, mas um conjunto de instruções técnicas que devem levar o

computador a produzir um resultado desejado. Mas também não se aproxima, por exemplo, de um projeto para construir um avião a jato, pois o software é um conjunto de instruções que funciona e é útil por si, enquanto as plantas e desenhos de um avião não transportam nada nem ninguém para lugar algum. Seria, então, muito mais uma mercadoria, uma res, do que um projeto apenas; entretanto, na sua essência, o software é um conjunto de ideias que estão gravadas em meio eletrônico e podem ser infinitamente copiadas o que o distancia, pela imaterialidade, da noção de res, aproximando-se, neste aspecto prático, dos direitos de natureza autoral, de uma criação intelectual, e aqui voltamos para o começo do parágrafo, numa espiral infinita.^[6]

Já o advogado Marcelo Athaíde, citando Elizabeth Pereira, dispõe que o desenvolvimento do programa de computador exige uma atividade criativa de seu desenvolvedor, de forma que a criação resultante da exteriorização dessa criatividade, deve ser objeto da proteção jurídica. Seguem abaixo, as palavras do nobre causídico:

Parte-se do pressuposto que, para a criação de softwares, é necessário o envolvimento, o trabalho e o esforço criativo de uma pessoa capaz de preparar gradualmente a programação. Como consequência, resulta uma verdadeira obra-prima, condizente com a subjetividade de seu criador. Mas é só através dessa exteriorização da concepção intelectual que se tem a proteção jurídica. Portanto, o criador intelectual possui um direito em relação aquilo que criou e esse direito recebe proteção do ordenamento. ^[7]

No mesmo sentido, segue o posicionamento de Denis Borges Barbosa, o qual expressa o seguinte:

O objeto de proteção no programa de computador não é uma ideia, mas a expressão de uma solução para um problema técnico. Assim como o engenheiro, lendo uma patente, prescreve um conjunto de instruções, seja a uma equipe de operários, seja a uma máquina qualquer, assim

também o programa incorpora (ou expressa) este conjunto de instruções, mas destinado e legível apenas por uma determinada máquina de tratamento de informação.

O valor econômico do programa deriva assim não da sua novidade enquanto ideia, mas da *realização* desta ideia enquanto conjunto de instruções a uma máquina. Diferentes programas podem representar a mesma ideia, ou mais frequentemente, incorporam dezenas ou centenas de soluções técnicas, novas ou ressabidas, mas de um modo específico.

Do mesmo jeito, um livro - este livro, por exemplo - incorpora ideias, informações, opiniões, métodos de exposição, tudo numa expressão determinada, e seu valor deriva nem tanto da novidade ou originalidade das ideias mas da maneira que elas estão expressas.^[8]

Não obstante, o programa de computador ter sua propriedade intelectual regrada nos termos do direito do autor, a própria Lei de Direitos Autorais, a Lei nº 9.610/98, define, em seu art. 7º, parágrafo primeiro, que “os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis”.

Ou seja, o legislador houve por bem elaborar um regramento específico para balizar a proteção da propriedade intelectual do programa de computador, afastando, em um primeiro momento, a aplicação das regras expressas na Lei de Direitos Autorais, a qual será aplicada somente de forma subsidiária.

A norma específica citada na Lei de Direitos Autorais é a Lei nº 9.609/98, também conhecida como Lei de Softwares, a qual define a proteção da propriedade intelectual dos programas de computador.

2.1. Breves considerações sobre o direito autoral e o desenvolvimento de obra sob demanda de terceiro

Inicialmente, deve ser lembrado que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXVII, estabeleceu que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização,

publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Já o inciso XXVIII do citado artigo acrescenta que serão assegurados nos termos da lei a proteção às participações individuais em obras coletivas, sendo assegurando, também, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou que tomem parte os criadores.

Contudo, para haver a proteção no âmbito do direito autoral a obra precisa preencher alguns requisitos, que são: ser uma obra do espírito humano de cunho artístico, literário ou científico, como, por exemplo, as modalidades de obras citadas no art. 7º, da Lei nº 9.610/98; estar abrangido pela originalidade; ser expressa por qualquer meio ou fixadas por qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou a ser inventado no futuro; achar-se a obra protegida pelo tempo estabelecido em lei, atualmente é fixado pelo prazo de vida do autor da obra e por mais 70 anos, a contar de sua morte. [\[9\]](#)

Como autor, deve ser entendido a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica, conforme estabelece o art. 11, da lei de Direitos Autorais. Vale ressaltar, por oportuno, que o parágrafo único do citado artigo assevera que a proteção concedida em favor do autor, que é uma pessoa física, pode ser aplicada em favor de pessoas jurídicas, quando assim previsto em lei. Sobre o tema o jurista Carlos Alberto Bittar Filho ensina que:

Considera-se autor a pessoa física criadora de obra protegível, podendo a proteção autoral aplicar-se às pessoas jurídicas nas hipóteses abrangidas pela lei. Do ponto de vista prático, reputa-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário (presunção iuris tantum), aquele que, por uma das modalidades de identificação legalmente previstas (nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional), tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização. A co-autoria da obra se atribui àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada. Ao co-autor cuja contribuição possa ser utilizada separadamente são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, no entanto, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração

da obra comum. Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra protegível, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio. [10]

Assim, temos que o direito autoral contempla questões afetas ao direito moral do autor, o qual é delineado no âmbito da relação de paternidade do autor em face de sua obra, bem como, as questões relacionadas a perspectiva do direito patrimonial do autor, o qual tem como escopo a relação de poder de disponibilização da obra pelo autor, ou seja, esse tem a possibilidade de colocar sua obra em circulação, visando a sua exploração econômica. Sobre o tema Sydney Limeira Sanches leciona que:

Divergem os direitos patrimoniais dos direitos morais particularmente pela possibilidade de o criador da obra livremente dispor daqueles. Enquanto os direitos morais encontram-se permanentemente investidos na pessoa do criador, os direitos patrimoniais refletem a face econômica da criação. A Lei de Direitos Autorais, logo no seu art. 3º, confere aos direitos autorais a qualidade de bens móveis, exatamente para permitir, dentro dos limites fixados pela Lei, a possibilidade do autor explorar a sua obra. [11]

Os direitos morais do autor estão listados na Lei de Direitos autorais e são designados como inalienáveis e irrenunciáveis, o que que significa que dizer que os direitos morais do autor não podem ser transmitidos a terceiros e tampouco podem ser negados pelo autor. Como será visto, trata-se de direito relacionado a personalidade, devendo, portanto, ter efeito *erga omnes*. [12]

O artigo 24 da Lei de Direitos Autorais estabelece que os direitos morais são, dentre outros, o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; o de conservar a obra inédita; o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou prática de atos que possam prejudicar o autor, em sua reputação ou honra; o de modificar a obra; o de retirar a obra de circulação ou de suspender a sua utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização afrontam a sua

imagem. O mesmo artigo trata, ainda, sobre a hipótese de sucessão e a competência protetional do Estado na hipótese de obra em domínio público.

A bem da verdade, o cerne em que se debruça o direito do autor é a relação entre o autor e sua obra, que mantém uma estreita relação com o direito de personalidade do autor. Daí decorre a condição da inalienabilidade e a irrenunciabilidade do direito moral do autor, devendo, contudo, haver uma atenção especial no que se refere ao direito patrimonial sobre a obra.

O tema da propriedade intelectual de uma obra a ser desenvolvida deve ser sempre considerado em qualquer atividade a ser iniciada, incluindo no plano da informática, a hipótese de contratação de serviços para desenvolvimento de programa de computador, seja nas relações contratuais regidas pelas normas de direito civil ou nas fundadas na legislação trabalhistas e ainda nas relações entre a Administração Pública e seus empregados e servidores.

O tema se torna ainda mais relevante quando observados os números do mercado de softwares no mercado nacional. A eventual indefinição sobre o direito patrimonial de determinada obra pode culminar em uma grande celeuma jurídica e o caso pode acabar sendo levado para a apreciação do Poder Judiciário, condição que é desagradável para qualquer possível contratante. Sobre o tema Carlos Alberto Bittar leciona que:

Na regulamentação dos direitos sobre a obra intelectual, o objetivo básico é o de proteger o autor e possibilitar-lhe, de um lado, a defesa da paternidade e da integridade de sua criação e, de outro lado, a fruição dos proventos econômicos, resultantes de sua utilização, dentro da linha dos mecanismos de tutela dos direitos individuais. Por isso é que se relaciona mais a interesses da personalidade (caráter subjetivista e privatista do Direito de Autor). [13]

Contudo, uma vez verificada essa relação entre o autor e o programa de computador por ele produzido, deve ser analisada a hipótese de o programa de computador ter sido desenvolvido em favor de um terceiro, no caso, o contratante, considerando as condições por esse estabelecidas.

Nessa hipótese, não obstante o desenvolvedor do programa de computador ter a opção de escolher um entre uma série de caminhos possíveis para o desenvolvimento do programa, considerando que os documentos de suporte e os comandos expressos pelos algoritmos devem ser elaborados em função do atingimento da meta de interesse do contratante, é possível verificar que a criatividade do desenvolvedor fica limitada.

Essa condição é muito corriqueira no mercado atual, uma vez que cada vez mais as empresas necessitam de soluções computacionais específicas às suas demandas internas. Essa relação contratual pode se dar por meio de contratos regidos pelo Código Civil, pelas normas de Direito Administrativo ou, ainda, sob regência das regras do direito do trabalho.

Sobre o tema, Carlos Alberto Bittar, ao lecionar sobre a Lei nº 5.988/73, antiga norma legal que regia as questões relativas a direitos autorais no Brasil, sendo inclusive anterior à promulgação da Lei de Softwares, já expressava que:

Contrato de encomenda (ou de comissão) é aquele por meio do qual se incumbe alguém da elaboração de certa obra. A obra nasce, pois, por iniciativa de outrem, que sugere, solicita, orienta ou dirige, cuidando da respectiva reprodução e da divulgação, quando a tanto se destinar. (...)

Na recepção dessa espécie no Direito, muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência – principalmente francesa – tendo sido formuladas diversas teorias para enunciar e para explicar a titularidade de direitos nessa matéria. Prevalece hoje, como acentuamos, a orientação geral de que o encomendante adquire, a título derivado, direitos patrimoniais relativos à utilização da obra na forma específica avençada, remanescendo na esfera do autor os direitos morais, com restrições decorrentes da natureza da obra e do grau participação do comitente na elaboração, à exceção do sistema anglo-norte-americano, onde o copyright é originariamente atribuído ao comitente. (...) Sugere o texto básico a existência de três modalidades de encomenda: a

funcional, a de prestação de serviços e a decorrente de relação de emprego.^[14]

2.2. Dos aspectos de gerais de proteção aos direitos autorais constantes na Lei de Softwares

Uma vez estabelecido que o programa de computador é um bem imaterial, protegido no âmbito do direito autoral, devemos fazer uma análise sobre as disposições da Lei nº 9.609/98, a Lei de Softwares. Como citado anteriormente as disposições da Lei nº 9.610/98 são aplicadas de forma subsidiária aos regramentos expressos na Lei de Softwares, de forma que, quando se trata de direito autoral de programa de computador, as regras específicas estabelecidas pela Lei de Softwares devem prevalecer sobre as regras gerais previstas na Lei de Direitos Autorais.

Ciente que as regras da Lei de Softwares devem prevalecer, é mister citar que existem pontos em que as normas acima citadas se contrapõem e, como exemplo, citamos a questão dos direitos morais do autor que, no âmbito dos programas de computador, ficam reduzidos aos direitos de reivindicação da paternidade do programa de computador e de oposição a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a honra ou a reputação do autor.

Outros pontos divergentes e relevantes para o estudo são: o prazo de proteção que, no caso de programa de computador, fica limitado a 50 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação, fazendo um contraponto com o prazo estabelecido pela Lei de Direitos Autorais que estabelece a proteção durante toda a vida do autor, acrescida de um prazo de 70 anos; e, ao contrário da Lei dos Direitos Autorais, a Lei no 9.609/98 estabelece que, salvo quando estipulado em contrário, pertencem exclusivamente ao empregador, contratante de serviço ou órgão público os direitos relativos ao programa de computador desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, desde que este se destine expressamente à pesquisa e ao desenvolvimento, ou que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor, seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

Verifica-se que a Lei nº 9.609/98, no que se refere ao direito à propriedade intelectual do programa de computador desenvolvido sob encomenda, acompanha as definições expressas na Lei de Propriedade Industrial.

Vale esclarecer que a expressão “salvo estipulação em sentido contrário” indica que não estamos diante de uma norma dispositiva, e, portanto, o regramento geral expresso no texto legal pode ser livremente alterado pelas partes, de acordo com a autonomia das partes contratantes. Diante disso, passamos a estudar as formas de vínculo contratual que abarcam a hipótese de desenvolvimento de programa de computador sob a demanda de terceiro.

III. DO CONTRATO PARA DESENVOLVIMENTO DE PROGRAMA DE COMPUTADOR SOB DEMANDA

Inicialmente deve ser esclarecido que a relação entre o desenvolvedor de um programa de computador, o qual fora contratado para desenvolver um software específico visando atender as demandas do contratante, dar-se-á por meio de um contrato. Vale enfatizar que, na hipótese a ser analisada, o serviço objeto do contrato almeja um resultado futuro, ou seja, o programa de computador ainda não existe ou, caso exista, o contratante almeja a sua adequação ou reformulação, tratando-se, nesse caso, de obra derivada. Sobre o tema o Prof. Denis Borges Barbosa leciona que:

Os *softwares* gerados sob encomenda constituem-se não exatamente numa categoria de objeto de tributação, mas num estágio no sistema de produção e circulação do produto. Pode ser “por encomenda” o programa gerado para um consumidor único ou aquele que se destina, através de um distribuidor ou comercializador, que o encomenda, a ser comercializado como programa-produto.

Outra forma de comercialização é adequada para tais serviços; nem por isso deixa de haver circulação econômica. (...)

Na verdade, há que se considerar três categorias de contratos, que se distinguem conforme o teor de padronização do *software*.

- a) contratos relativos a *software* feito sob medida, nos quais o provedor se compromete a desenvolver, a partir do nada, um produto adaptado às necessidades do cliente, seja para uso, seja para comercialização por este para o consumidor em geral;
- b) contratos relativos a *software* produto, nos quais pode haver previsão de serviços acessórios de manutenção, ou assistência técnica quanto a dúvidas e inaptações;
- c) contratos relativos à adaptação de um *software* produto às necessidades específicas de um cliente.[\[15\]](#)

Disto isto, passamos a analisar os modelos contratuais que poderão ser utilizados para reger a relação entre contratante e o desenvolvedor do programa de computador. As modalidades contratuais podem ser: a) a amparada pela legislação trabalhista, no caso de o desenvolvedor ser contratado como celetista; b) a fundada na legislação civil, na hipótese de contratação por meio de contrato de prestação de serviços, de empreitada ou outro assemelhado; c) regida pelo direito administrativo, no caso de servidores públicos que atuem no desenvolvimento de programa de computador em favor do órgão ao qual está vinculado.

Sobre o tema, vale ressaltar, inicialmente, que o art. 4º da Lei nº 9.609/98 dispõe que, salvo disposição em contrário, os direitos relativos aos programas de computador desenvolvidos durante a vigência de um vínculo contratual ou estatutário, pertencerão, exclusivamente, ao empregador, ao contratante dos serviços ou ao órgão público, conforme o caso. O mesmo artigo acrescenta que, para que tal interpretação seja aplicada, devem ser observados os seguintes requisitos: o vínculo estatutário deve estar relacionado à pesquisa e desenvolvimento; que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

Ou seja, para que seja utilizado o regramento estabelecido no art. 4º, da Lei nº 9.609/98, é imprescindível que a atividade da pessoa contratada seja relacionada, de alguma forma, com o desenvolvimento de programa de computador. Portanto, em regra, tal disposição não poderá ser aplicada na hipótese em que um

empregado ou prestador de serviços, que, contratado para o desempenho de atividades não relacionadas ao desenvolvimento de programa de computador, venha a desenvolver um programa de computador, mesmo que esse programa venha a ser utilizado pela contratante.

Dessa forma, nos termos do art. 4º, §2º, da Lei nº 9.609/98, os direitos em face de programas de computador desenvolvidos por empregado, pessoa contratada nos termos da legislação civil e servidor público, quando não relacionados ao objeto da relação jurídica entre esses e seus contratantes, pertencerão, com exclusividade, aos desenvolvedores, desde que não tenham sido utilizados os recursos, as informações tecnológicas, os segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador ou contratante.

Tendo sido esclarecido tal ponto, uma situação que resta desamparada pelas normas legais até aqui citadas é a hipótese de o programa ter sido desenvolvido por empregado, servidor ou pessoa contratada, cujo objeto do contrato não se relacione com o desenvolvimento de programa de computador, porém, durante a execução da atividade de desenvolvimento, o desenvolvedor utilizar os recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador ou contratante. A quem caberia os direitos sobre o programa de computador?

Sendo certo que no direito pátrio não há a hipótese de omissão legal, os operadores do direito utilizam a analogia para a solução do caso acima e, como parâmetro, esses levam em consideração a regra expressa na Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/76, a qual dispõe que os direitos sobre o programa de computador devem ser divididos em partes iguais, entre o contratante e o contratado, empregado ou servidor. Segue abaixo o texto legal:

Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

§ 1º Sendo mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário.

§ 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.

§ 3º A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas.

§ 4º No caso de cessão, qualquer dos co-titulares, em igualdade de condições, poderá exercer o direito de preferência.

Sobre a disposição do art. 91 acima citado, a advogada Elaine Ribeiro do Prado faz as seguintes considerações:

Como dispõe o artigo 91 da Lei 9279/96, "a propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário". Haverá, portanto, um condomínio sobre a invenção decorrente de um ato espontâneo do empregado, não relacionado com o objeto do contrato de trabalho, e com a estrutura do empregador. As invenções, assim chamadas de mistas, independem da conexão entre o objeto do contrato de trabalho e o objeto social do empregador. A regra aqui é de equivalência econômica, pelo lado do patrão que dispõe de seus recursos, passando a invenção a incorporar o seu capital, e pelo empregado que dispõe de sua contribuição pessoal para desenvolvê-la, a qual se presume, no entanto, ser de iniciativa do mesmo, caso contrário poderá configurar um desvio de sua função. A remuneração para o empregado, neste caso,

terá uma característica de retribuição de patrimônio em vista do seu rendimento, eis que, pelo parágrafo 2º do artigo 91 da Lei 9279/96, é direito do empregado perceber uma justa remuneração pela exploração exclusiva do empregador, no entanto, essa remuneração não terá natureza salarial.^[16]

3.1. Dos contratos amparados pela legislação civil

No contexto dos contratos regulados pela legislação civil, em especial nos contratos de empreitada e de prestação de serviços, deve ser observada a autonomia da vontade dos contratantes, de forma que é recomendável que esses explicitem no bojo do contrato as questões relativas ao direito à propriedade intelectual sobre o objeto resultado do contratado.

Sobre a relação entre o contrato de empreitada e a sua utilização no ramo do direito do autor, Carlos Alberto Bittar leciona que:

Pela empreitada, uma das partes obriga-se a fazer uma obra, mediante remuneração – indispensável segundo Orlando Gomes – podendo ser uma produção de espírito. (...) Deflui dos textos e da doutrina que, no direito brasileiro: a empreitada pode alcançar trabalho intelectual; a remuneração é elemento indispensável; o contrato é, em geral, *intuitu personae*, embora não necessariamente; a causa é produção do resultado, a obra, a duração da qual se cinge; a produção do empreiteiro é independente; refere-se geralmente a uma obra material; inexistente trabalho continuado; a iniciativa pode partir de qualquer das partes, embora em geral do dono da obra; recebida a remuneração ajustada, nada mais cabe em geral, ao empreiteiro; e o descumprimento do contrato reverte-se em perdas e danos. ^[17]

Já sobre o contrato de prestação de serviços Bittar dispõe que o contrato está amparado em uma subordinação momentânea, podendo contemplar os trabalhos materiais ou intelectuais. Acrescenta que o cerne contratual versa sobre o serviço em si, não importando o resultado tão somente e, ainda, que recebida a

contraprestação financeira por parte do contratante, ao prestador de serviço nada mais é cabível. [18]

No contrato de empreitada para desenvolvimento de programa de computador, por exemplo, modalidade onde o empreiteiro tem autonomia na execução da atividade e o contratante visa a obtenção do produto final a ser entregue pelo empreiteiro, tratando-se, portanto, de um contrato de resultado específico, deve ser observado que o cerne da relação é a entrega do objeto final pelo empreiteiro ao contratante, nos termos contratados. Nesse caso, o contratante passará a ser o titular dos direitos sobre o programa de computador, nos termos previstos no art. 4º, *caput*, da Lei de Softwares e o pagamento da contraprestação financeira ajustada entre as partes será o único valor devido pelo contratante, conforme expressa o parágrafo primeiro do citado artigo.

De mesma forma ocorre no contrato de prestação de serviço onde o objeto contratual está relacionado ao desenvolvimento e a entrega de um programa de computador, pelo prestador de serviço ao contratante. Cabe esclarecer que muito embora parecidas as modalidades contratuais de empreitada e de prestação de serviços possuem suas características próprias, conforme expressam os artigos 593 e seguintes do Código Civil.

No caso de contrato para desenvolvimento de programa de computador, sob demanda, entende-se que o contrato de empreitada objetiva a entrega de um produto final e acabado ao contratante, trabalho esse que é desenvolvido com um menor grau de subordinação, sendo certo que o empreiteiro será remunerado pela entrega do produto final. Já no contrato de prestação de serviço, entende-se que tal modalidade é expressa por meio de uma relação de trato sucessivo, onde há um maior grau de subordinação entre o prestador de serviço e seu contratante, o qual poderá, inclusive, dirigir o seu trabalho.

Vale lembrar também que, dependendo da relação de subordinação existente entre o contratante e o prestador de serviço, esse poderá desenvolver o seu trabalho com a participação direta do contratante, podendo caracterizar uma atuação dirigida ou, até mesmo, em colaboração. [19]

Como exemplo, podemos citar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Processo nº 0213582-31.2010.8.26.0100, no qual o requerente que atuava na condição de representante comercial visando

a comercialização de um determinado programa de computador, alegou que, além da atuação como intermediador de negócios, o mesmo realizava uma prestação de serviço de customização do programa de computador. No caso em comento, o requerente entendeu que a atividade de customização dos programas de computador junto ao cliente final lhe impulsionava à condição de coautor do programa de computador, em especial porque tal tarefa não estaria relacionada a sua real função, a de intermediador de negócio.

Dessa forma, por exercer uma atividade não relacionada ao objeto ao qual foi contratado, entendendo-se como co-autor do programa de computador disponibilizado ao cliente final e pleiteou a indenização que entendeu ser devida. Segue um extrato contendo as alegações do requerente:

(...) No que toca ao direito autoral, aduzem que o software criado pela ré não é um produto final, pronto para uso; trata-se de mera plataforma para gerenciamento de dados que, para permitir o uso e o atendimento específico das necessidades de cada cliente, deve ser customizado e complementado tecnicamente, atribuições estas que eram realizadas pelo segundo requerente, em conjunto com a equipe de desenvolvimento da ré. Alegam que o segundo autor não era remunerado pelo trabalho de customização que desenvolvia; ao revés, pagava à ré para que as implementações fossem inseridas no código-fonte do produto. Assim, requerem seja declarada pelo Juízo a co-autoria do segundo requerente em relação aos softwares customizados para cada cliente, que devem ser qualificados como obras derivadas, condenando-se a ré ao pagamento dos direitos autorais proporcionalmente à co-autoria, em percentual a ser calculado sobre o faturamento total da ré em relação a cada obra derivada. (...)

(TJ-SP - APL: 02135823120108260100 SP 0213582-31.2010.8.26.0100, Relator: Sergio Gomes, Data de Julgamento: 04/05/2017, 37ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/05/2017)

Julgando o contexto e as provas trazidas nos autos, o juiz da causa houve por bem decidir a demanda com fundamento no art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.609/98, rechaçando a hipótese de compartilhamento dos direitos intelectuais sobre o programa de computador disponibilizado ao cliente final. Entendeu o magistrado que as atividades de customização e de complementação de programa de computador executadas pelo requerente estão inseridas no campo da atividade do representante comercial, conforme abaixo demonstrado:

(...) Nesse contexto, mesmo que o Sr. Maurício tenha participa do “desenvolvimento do software final comercializado figurando como seu criador em razão das diversas customizações efetuadas”, tal qual alega, o fez indubitavelmente no desempenho de suas atividades inerentes ao contrato de representação comercial, sendo para tanto remunerado, conforme cláusula terceira da avença, de sorte a pertencerem à contratante, no caso, à ré, as criações intelectuais desenvolvidas, conforme textualmente prevê o art. 4º, *caput*, da Lei 9.609/98, não sendo, por isso, o caso de reconhecimento de co-autoria em obra derivada.

Já no processo apreciado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abaixo citado, o requerente, que atuava a como prestador de serviço de manutenção e desenvolvimento de softwares em favor das empresas requeridas, pleiteou a titularidade dos softwares por ele desenvolvidos no bojo do contrato de prestação de serviço e, ainda, requereu uma indenização pela utilização desses softwares por parte das empresas contratantes. Contudo, o judiciário decidiu pela improcedência da ação, afirmando que a titularidade dos direitos intelectuais sobre os programas de computador pertenceria às empresas contratantes. A decisão foi fundamentada, no art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.609/98, uma vez que havia um vínculo fundado em contrato de prestação de serviço e, ainda, por não haver, nesses contratos celebrados entre as partes, qualquer previsão sobre a titularidade dos programas de computador encomendados. Vejamos:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70050795517 RS (TJ-RS) Data de publicação: 04/04/2013 Ementa: Apelação cível. Ação condenatória. Direito autoral. Programa de informática. Matéria de fato. Caso concreto. Análise da prova. Correta valoração do conjunto probatório na fundamentação da

sentença. Conclusão no sentido que os programas de informática foram desenvolvidos sob encomenda para as empresas apeladas. Logo, como não houve disposição nos contratos em sentido contrário, é dos contratantes do serviço de desenvolvimento a titularidade dos programas. Aplica-se, com isso, o disposto no art. 4º da Lei n. 9.609 /98, que assim determina. Recurso não provido.

(Apelação Cível Nº 70050795517, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 21/03/2013)

3. 2. Da relação amparada pela legislação trabalhista

Para tratarmos do tema sob o âmbito das normas da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), devemos esclarecer, inicialmente, que dessa modalidade de relação contratual emergem dois sustentáculos da relação jurídica laboral, o primeiro é expresso no art. 2º da CLT, e dispõe que o empregador “dirige a prestação pessoal de serviço”, já o segundo é delineado no art. 3º do mesmo diploma legal e assevera que o empregado atua “sob a dependência” do empregador.

A união das condições acima dá ensejo ao princípio da subordinação laboral, a qual, em síntese, expõe que o empregado deve atuar de acordo com as regras expressas pelo empregador, inclusive no que se refere ao modo de realização das atividades. O nobre jurista Godinho Delgado define subordinação da seguinte forma:

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado pelo poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. [20]

Já Alice Monteiro de Barros, citando Victor Mozart Russomano, acrescenta que o contrato de trabalho também pode abranger as atividades intelectuais:

O fato de o trabalho executado ser intelectual não descaracteriza o liame empregatício, pois ele consistirá sempre na exteriorização e no desenvolvimento da atividade de uma pessoa em favor de outrem. Por outro lado, inexistente incompatibilidade jurídica, tampouco moral, entre o exercício dessa profissão e a condição de empregado. Isso porque a subordinação é jurídica, e não econômica, intelectual ou social; ela traduz critério disciplinador da organização do trabalho, sendo indispensável à produção econômica. A subordinação que existe no trabalho intelectual não se encontra com frequência nos contratos dos empregados em geral, pois, no primeiro, ela é rarefeita⁷ e guarda outras características, entre elas a participação integrativa da atividade do prestador no processo produtivo empresarial (subordinação objetiva). [21]

Em complemento ao acima exposto, importante esclarecer que a subordinação pode, inclusive, dar-se de forma atenuada, ou seja, sem que o empregador emita ordens diretas a todo instante, bastando existir a possibilidade de que o empregador emita as ordens e direcione o trabalho do empregado, a fim de melhor atingir os interesses corporativos. Assim leciona Alice Monteiro de Barros:

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens. [22]

E por fim, cabe destacar que, via de regra, o empregado se obriga a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal, conforme apregoa o art.

456, parágrafo único da CLT. Todo esse contexto demonstra uma condição diferente da estabelecida nas relações contratuais fundadas na legislação civil, em especial porque essa é amparada pela autonomia da vontade das partes e confere uma maior autonomia ao contratado ou empregado.

E mesmo nessa conjuntura de subordinação entre empregador e empregado, a Consolidação das Leis Trabalhistas, estabelecida no ano de 1943, asseverava, em seu art. 454, que “na vigência do contrato de trabalho, as invenções do empregado, quando decorrentes de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecidos pelo empregador, serão de propriedade comum, em partes iguais, salvo se o contrato de trabalho tiver por objeto, implícita ou explicitamente, pesquisa científica”. Podemos considerar que o termo “invenções” utilizado na norma possuía um caráter genérico e acobertava, também, a criação de programa de computador.

Observa-se, contudo, que o art. 454 da CLT foi revogado pelo Código da Propriedade Intelectual, de 1971, que por sua vez fora revogado pela Lei nº 9.279/96, Lei da Propriedade Industrial, devendo ser considerada ainda a especialidade da Lei nº 9.609/98, no caso de programa de computador. Nesse sentido, já se manifestou a 1ª Turma do TRT2, ao analisar o Processo nº 00014541320155020065, no qual o autor, contratado como professor e promovido a diretor acadêmico, pleiteava, dentre outras coisas, a titularidade de um software desenvolvido no curso da relação laboral. Segue abaixo um extrato da decisão que pela revogação tácita do art. 454 da CLT:

(...) Prosseguindo, o reclamante reproduz parte do depoimento da testemunha das recorridas, menciona certidão do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), repete alegações da petição inicial, além do que transcreve jurisprudência e legislação, incluindo o art. 4.º da Lei n.º [9.609/1998](#) e o art. [454](#) da [CLT](#). Em seguida, o autor requer declaração de nulidade do documento em que foi obrigado a ceder seus [direitos autorais](#) sem qualquer contraprestação financeira. Outrossim, aduz que foi contratado em razão de sua tese de doutorado que serviu de base para desenvolvimento do software que se tornou vital para a empregadora, razão pela qual mesmo antes da

contratação a ideia fora concebida pelo laborista. Porquanto o obreiro é proprietário da ideia que resultou na ferramenta, a reclamada deve remunerar o empregado pela utilização do software IDigitalClass e, com o fim do contrato de trabalho, deve abster-se de utilizá-lo, impondo-se ao judiciário reconhecer a propriedade da ferramenta e determinar às rés que interrompam o uso, sob pena de multa diária. (...) **Além disso, o art. 454 da CLT que o obreiro aleivosamente transcreve à fl. 298 e sobre que discorre às fls. 299 e 300, foi revogado em 31/12/1971 pela Lei n.º 5.772/1971 que instituiu o Código da Propriedade Industrial, o qual também foi revogado pela Lei n.º 9.279/1996. (grifo nosso)**

(TRT-2 00014541320155020065 São Paulo - SP, Relator: MARIA JOSÉ BIGHETTI ORDOÑO REBELLO, Data de Julgamento: 19/09/2018, 1ª Turma, Data de Publicação: 25/09/2018)

Isto posto, nesse cenário no qual o empregado atua de forma subordinada ao empregador, ou seja, nos moldes dos regramentos e das ordens por ele estabelecidas, quando o empregado atuar em atividade relacionada a área de computação ou de tecnologia, é lógico presumir que o resultado esperado pelo empregador é, também, o desenvolvimento de soluções inerentes às atividades laborais, incluindo, assim, o desenvolvimento de programas.

Nesses casos, aplica-se a hipótese expressa no art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.609/98, conferindo, ao empregador, a titularidade da propriedade intelectual do programa de computador desenvolvido por seu empregado.

Temos como exemplo, a decisão proferida pelo TRT da 2ª Região, no julgamento do processo 00029974320115020016, no qual fora decidido que o desenvolvedor de um programa de computador não teria direito à indenização pleiteada, uma vez que o empregado ocupava posição relacionada a área de tecnologia e que o programa de computador teria sido desenvolvido no âmbito da relação laboral, conforme abaixo exposto:

A alegação da inicial é de que o autor criou um software chamado ELETROSITE, desenvolvido a partir de 2001, fora do horário de trabalho, em sua residência, sem relação com o contrato de trabalho, ou seja, com recursos, tecnologia e estrutura próprios do reclamante, que passou a ser utilizado pela reclamada sem a justa contraprestação, acrescentando que este aplicativo foi criado inicialmente para agilizar os trabalhos no Departamento de Obras Subterrâneas, reduzindo a mão-de-obra e gastos despendidos e melhor organizando todo o setor, já que na época a área de construção civil não possuía software que atendesse adequadamente ao controle de obras e que possuísse a especificidade necessária ao departamento. (...)

Já a alegação da defesa é de que o reclamante foi empregado da ré por quase 33 anos, ocupando relevantes cargos e diante da facilidade que o autor tinha com informática, utilizava tais conhecimentos em seus trabalhos do dia a dia e motivado por seu cargo, resolveu criar, com a colaboração do grupo, um sistema de organização de dados, o qual denominou Eletrosite que consistia basicamente num banco de dados onde havia informações do andamento das solicitações de projetos, serviços de manutenção e controle da execução de serviços de construção. Nesse sentido, argumenta a reclamada que no desenvolvimento do programa foi efetuada a utilização de dados, informações tecnológicas, materiais, instalações, recursos, segredos industriais e equipamentos da empresa ré, pertencendo o programa exclusivamente ao empregador. (...)

Assim, diante dos depoimentos colhidos, perícia técnica e documentos constantes nos autos, não restou comprovada a autoria do "Eletrosite" pelo autor, de forma independente, sem a participação da reclamada como descrito na petição inicial. Pelo que temos nos autos, vemos somente que o reclamante tinha acesso aos registros da programação, sendo logicamente um dos desenvolvedores da ferramenta, porém

dentro do contexto do cargo que ocupava na ré e decorrente da própria natureza dos encargos concernentes ao vínculo empregatício, nos termos do caput do art. 4º da Lei n. 9.609/98, o que afasta o pedido de indenização formulado pelo reclamante.

(TRT-2 00029974320115020016 São Paulo - SP, Relator: JOMAR LUZ DE VASSIMON FREITAS, Data de Julgamento: 01/08/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: 04/08/2017)

Também foi nesse sentido, a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, ao julgar o Processo nº RO 900200400510006. No caso em análise, os magistrados negaram o pedido de indenização feito pelo empregado, com o entendimento no sentido de que o eventual desenvolvimento de programa de computador era algo inerente ao cargo por ele ocupado, uma vez que ocupava o cargo de gerente de informática. Fora destacado também que o empregado desenvolveu o programa de computador utilizando a estrutura da empresa empregadora. Segue um extrato da decisão:

(...) Trata-se de ação de indenização por ato ilícito decorrente de violação de direitos autorais c/c cobrança de participação nos lucros. Aduziu o autor na inicial que fora contratado para ocupar o cargo de gerente de informática, sendo responsável pela manutenção da rede de computadores da reclamada, cumprindo as seguintes funções: 1) analisar as ações a serem tomadas em relação à mudança e aquisição de programas, equipamentos e telefonia, 2) manter ativos os sistemas de gestão de cada empresa do grupo, 3) manter funcionais e atualizados a rede de computadores, servidores, e-mail, internet, arquivos e banco de dados da requerida. Alegou que em face de desvios de funções perpetrados pela empresa e devido ao exercício de outras "atividades, principalmente no que diz respeito à manutenção anual da certificação ISO, o autor percebeu a ocorrência de vários erros e incoerências contábeis/financeiras no controle sobre as emissões, cancelamentos, cobranças de bonificações e incentivos em relação aos bilhetes aéreos emitidos" (fl. 4). Esclareceu que,

como não existia na reclamada nenhum programa ou método eficiente na conferência das faturas enviadas, o autor passou a vislumbrar, "durante o exercício de funções alheias ao seu contrato de trabalho" (fl. 8), os possíveis prejuízos daí advindos, o que o incentivou a imaginar formas e maneiras de equacionar tais problemas. O reclamante, então, sugeriu a contratação de mão- de-obra especializada para a criação de um programa de computador com vistas a coibir os prejuízos advindos dos erros contábeis por ele constatados. A reclamada, segundo narrou o autor, teria descartado a sugestão, sob a alegação de que os gastos para a implementação do programa, seguidos de contratação de mão-de-obra especializada, não compensariam os supostos erros no faturamento dos bilhetes emitidos. Em contrapartida a reclamada teria informado ao autor que, caso quisesse desenvolver o programa, o mesmo receberia uma participação de 30% nos lucros efetivamente auferidos e recuperados. Em face da promessa feita, aduziu o autor que criou um programa de computador denominado AUDIT, trabalhando nele em sua própria residência durante várias noites e finais de semana. Com a implantação e incremento do citado programa pelo reclamante, a reclamada acabou por confirmar a existência de erros nas faturas enviadas, bem como falhas nas cobranças junto a clientes e empresas consolidadas, segundo afirmou a exordial. Continuando o autor sua narrativa inicial, afirmou que à medida em que os créditos das divergências apuradas pelo AUDIT foram sendo computados, compensados e recebidos, o requerente procurou o presidente da empresa visando acertar sua participação nos lucros auferidos. Sem obter qualquer resposta sobre a referida promessa, o autor solicitou a rescisão de seu contrato de trabalho em julho/2003. Essa, em suma, a situação fática narrada pelo autor. Em contraposição às alegações iniciais, a reclamada defendeu-se, em síntese, ao argumento de que o reclamante, na qualidade de gerente de informática, era responsável por toda a área de informática da

demandada, cabendo-lhe apontar caminhos, encontrar soluções e desenvolver mecanismos e ferramentas para dinamizar as rotinas de trabalho da reclamada. Asseverou que a criação e aprimoramento do programa AUDIT foi realizado em maquinário e com a utilização de software da reclamada e que jamais seria possível o desenvolvimento da própria estrutura de dados se não contasse o autor com o auxílio do setor financeiro e administrativo da empresa. Alegou, ainda, a reclamada que o presidente da empresa jamais determinou ou autorizou que o reclamante desenvolvesse o software e, muito menos, lhe prometeu a participação sobre os eventuais lucros que o programa viesse a gerar. A instância vestibular julgou improcedente a reclamatória. Fundamentou o magistrado de origem que o reclamante, na qualidade de gerente de informática, desenvolveu o programa AUDIT em função da natureza de sua função, utilizando-se do estabelecimento empresarial e com a utilização de maquinário, programas e auxílio de outros setores da própria reclamada. (...) Ficou bastante claro pelos elementos dos autos que a invenção do reclamante não foi alheia às funções para as quais fora contratado - gerente de informática - vez que tinha por obrigação apresentar soluções aos problemas operacionais de sua empregadora. (...) Por fim, o precedente citado no recurso, proveniente do col. TST (fl. 216), também não tem o condão de modificar a sentença recorrida. Isso porque o julgamento ali proferido foi todo baseado no antigo Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71), legislação então vigente à época do contrato de trabalho daquele empregado, enquanto o presente caso concreto teve sua decisão baseada na Lei nº 9.609/98, em face do princípio da especificidade, conforme já ressaltado nas linhas pretéritas. Nada a prover. **CONCLUSÃO** Pelo exposto, conheço dos recursos e, no mérito, nego-lhes provimento, nos termos da fundamentação. É o meu voto.

(TRT-10 - RO: 900200400510006 DF 00900-2004-005-10-00-6, Relator: Desembargadora MARIA REGINA

MACHADO GUIMARÃES, Data de Julgamento: 15/06/2005,
1ª Turma, Data de Publicação: 19/08/2005)

Por fim, citamos a decisão proferida pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, em 25 de abril de 2014, no julgamento da reclamatória trabalhista RO nº 0000990-21.2012.5.05.0611, cuja relatoria foi da Desembargadora Vânia J. T. Chaves. Nesse processo fora discutida e analisada a legalidade de indenização pleiteada por um empregado, contratado para exercer atividades no setor de informática da empresa reclamada. O empregado alegou ter desenvolvido um programa de computador em benefício da empresa empregadora e pleiteava a indenização pelo uso ilegal por parte da empregadora. Nesse caso, a 3ª Turma também entendeu que a atuação laboral do profissional estava relacionada a atividade de desenvolvimento de programas de computador, afastando, assim, a necessidade de indenização. Segue abaixo um extrato da decisão:

(...) Não há controvérsia quanto à criação do software pelo reclamante em benefício da reclamada. O que se discute, em verdade, é a obrigatoriedade de indenizar ante aos termos o contrato de trabalho e das circunstâncias em que ocorreu a criação software. Os Direitos intelectuais são os que se relacionam à produção mental da pessoa. Sobre o tema a Constituição Federal de 1988 foi expressa assegurou tais direitos, estabelecendo: 'Art. 5º(...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.' No âmbito infraconstitucional a proteção à criação intelectual resta assegurada na Lei nº9.610/98 - Direito Autoral e 2) Lei nº 9.279/96 - Propriedade Industrial 3) Lei 9.609/98 - Propriedade Intelectual de Programa de Computador. No tocante às invenções do empregado no curso da relação de emprego constatamos a existência de regramento específico

nas normas pertinentes à propriedade industrial e intelectual no sentido de que o contrato de trabalho definira a titularidade da propriedade. Quanto a matéria o Art. 88 da Lei 9.279/96 estabelece: 'A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado. § 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado. Mais especificamente o art. 4º da Lei 9.906/98 assim dispõe: 'Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos (...). Cumpre observar, que a criação do programa em questão aprimorou os procedimentos já utilizados pela reclamada, acrescentando celeridade ao processo, circunstâncias que atrelam diretamente o desenvolvimento do programa ao contrato de trabalho. Observe-se que as informações utilizadas para o desenvolvimento do sistema foram obtidas pelo Empregado em razão do contrato de trabalho. Informações essas que são exclusivas da empresa e estão resguardadas em razão da cláusula de sigilo firmada no contrato de trabalho (fls. 104, cláusula13). O autor ter realizado o trabalho além da jornada de trabalho e/ou em sua residência, não desconfigura as circunstâncias de que o programa foi desenvolvido no curso do contrato de trabalho; há inclusive previsão expressa no referido contrato de trabalho quanto a pertencer à empresa a propriedade intelectual de programas desenvolvidos no

curso do contrato; o desenvolvimento do programa só foi possível mediante a utilização de elementos e informações sigilosas de empresa.

Pelo exposto, entendo indevida a indenização fixada.

É importante ressaltar que, no caso acima citado, não obstante os fatos narrados estarem abrangidos pela hipótese legal favorável aos interesses do empregador, a decisão demonstra que o empregador agiu com precaução e fazer constar no contrato de trabalho celebrado entre as partes, uma cláusula dispondo que os frutos do trabalho do empregado seriam de propriedade intelectual do empregador, conforme abaixo demonstrado:

No caso em análise, consta da cláusula 13.1 do contrato de trabalho celebrado entre as partes disposição expressa no sentido de que tudo que vier a ser desenvolvido pelo empregado no exercício de suas atividades (inclusive melhorias, novas fórmulas, ferramentas e/ou processos) será de propriedade da reclamada, *in verbis*:

'13. O (A) EMPREGADO (A) se obriga a guardar absoluto sigilo e a não revelar ou fornecer a terceiros tampouco utilizar, direta ou indiretamente, em proveito próprio ou de outrem qualquer informação ou material didático de qualquer natureza, confidencial ou não, relacionada a planos, prognósticos financeiro sou de negócios, investimentos, estratégias de pesquisa ou marketing, pesquisas tecnológicas, composições, formulas, processos, métodos, cursos, tipos, modelos, desenhos ou produtos pertencentes ou relacionados direta ou indiretamente com negócios da EMPREGADORA ou de qualquer de suas coligadas, subsidiárias ou associadas quer no Brasil quer no exterior.

13.1 Tem ciência, ainda, que tudo que desenvolver no exercício de suas atividades como empregado (a), como melhorais de processo, novas formulas, desenhos, modelos de utilidade, usos, e de pela novidade a industrialidade possam ser objeto de registro de patente, conforme disposta na Lei de Propriedade Industrial, deverá ser comunicado à

EMPREGADORA, respondendo o EMPREGADO (A) por todas as perdas e danos que possam advir do registro da invenção por terceiro, ou pelo próprio EMPREGADO (A), em detrimento da EMPREGADORA, bem como qualquer ferramenta e/ou processo que o mesmo vier a desenvolver, independentemente de qualquer registro de propriedade será transferida para EMPREGADORA, sem custo algum, podendo, ainda, esta registrá-la no órgão competente, como forma de preservar a sua natureza e inviolabilidade por qualquer terceiro.' Assim, temos que prevendo o contrato de trabalho expressamente que a criação de qualquer ferramenta ou processo, é remunerada pelo salário e o produto novo se agrega ao patrimônio do empregador, é descabida a indenização perseguida.

Tal iniciativa é considerada adequada e até mesmo recomendável, pois pode coibir eventuais reclamações trabalhistas que visem a discussão sobre a propriedade intelectual de programa de computador desenvolvido por empregado contratado para atuar em atividades relacionadas ao desenvolvimento de softwares, evitando, assim, dissabores aos contratantes.

Uma vez verificada as hipóteses que se moldam à legislação, é prudente esclarecer que a Lei de Softwares não traz qualquer definição sobre a quem pertenceria a titularidade da propriedade intelectual de programa de computador, na hipótese de esse ter sido desenvolvido pelo empregado contratado para o desenvolvimento de atividades não relacionadas a criação de programa de computadores e que, no âmbito de sua relação laboral, desenvolveu um programa utilizando os recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

Nesse cenário, ciente que nosso ordenamento jurídico não contempla a hipótese de lacuna legal, alguns operadores do direito defendem a utilização, por analogia, da disposição expressa no art. 91 da Lei nº 9.279/96, Lei da Propriedade Industrial, a qual estabelece a possibilidade de que a propriedade intelectual seja compartilhada entre o empregador e o empregado. O citado dispositivo legal estabelece o quanto segue:

Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

§ 1º Sendo mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário.

§ 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.

§ 3º A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas.

§ 4º No caso de cessão, qualquer dos co-titulares, em igualdade de condições, poderá exercer o direito de preferência.

Contudo, há uma corrente que não respalda a aplicação analógica da norma pertinente à Propriedade Industrial, uma vez que as normas que regem o direito à propriedade intelectual do programa de computador seriam somente a Lei de Direitos Autorais e a Lei de Softwares, aplicando-se, nessa hipótese, o princípio da especialidade, pela qual a norma especial afasta e aplicação de norma geral.

Nesse sentido, seguiu a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, no julgamento do Processo nº RO 900200400510006, já citado anteriormente, pela qual os Desembargadores afastaram a aplicação da Lei de Propriedade Industrial e explicitaram que:

(...) Isso porque o julgamento ali proferido foi todo baseado no antigo [Código de Propriedade Industrial](#) (Lei

nº [5.772/71](#)), legislação então vigente à época do contrato de trabalho daquele empregado, enquanto o presente caso concreto teve sua decisão baseada na Lei nº [9.609/98](#), em face do princípio da especificidade, conforme já ressaltado nas linhas pretéritas. (...)

(TRT-10 - RO: 900200400510006 DF 00900-2004-005-10-00-6, Relator: Desembargadora MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES, Data de Julgamento: 15/06/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: 19/08/2005)

Esse também foi o entendimento expresso na decisão proferida pela 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no Processo RO nº 29700033520085040024, proferida em 26/05/2011, de relatoria do Desembargador Fernando Luiz de Moura Cassal. Nesse julgamento os Desembargadores entenderam pela não aplicação analógica da Lei de Propriedade Intelectual, fundamentando tal decisão, em especial, no art. 10º, V, da Lei nº 9.279/96, que dispõe que o programa de computador não é considerado invenção ou modelo de utilidade.

Ressalte-se, por demasia, que a Lei nº [9.279/96](#), que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, não é aplicável ao caso pois o art. 10, V, do referido diploma legal, dispõe que *“Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: [...] V – programas de computador em si;”*. Logo, a indenização devida tem por fundamento o art. [102](#) da Lei nº [9.610/98](#) e não o § 2º do art. [91](#) da Lei nº [9.279/96](#) (*“Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário. [...] § 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração”*).

Contudo, no caso em comento, foi concedido ao empregado o direito de ser indenizado em decorrência da utilização do programa de computador parte da empresa empregadora, uma vez que as funções inerentes a seu contrato de trabalho não se relacionavam com o desenvolvimento de programa de

computador, sendo, portanto, concedida a titularidade dos direitos sobre o programa de computador em favor do empregado. Segue abaixo o extrato da decisão que trata da indenização:

Vê-se, do contexto probatório dos autos, que as funções para as quais o autor foi contratado não compreendiam a criação ou desenvolvimento de programas, *softwares*, sistemas ou aplicativos de computador. (...)

Em razão disso, não tem aplicação ao caso o art. [4o](#) da Lei nº [9.609/98](#) (*“Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.”*) ou o art. [88](#) da Lei nº [9.279/96](#) (*“Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.”*), invocados pela ré, os quais são previstos para a hipótese em que haja prévia contratação da empresa com o empregado para a realização de determinada obra intelectual.

Os programas de computador criados tem o mesmo regime de proteção legal conferido às obras literárias pela legislação de [direitos autorais](#), segundo o art. [2o](#) da Lei nº 9.609/98, que trata da proteção da propriedade intelectual de programa de computador: *“Art. 2o O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de [direitos autorais](#) e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei”*.

Nessa linha, a Lei nº [9.610/98](#), que consolida a legislação sobre [direitos autorais](#), dispõe no seu art. [7º](#), [XII](#), que os “programas de computador” são obras intelectuais protegidas: *“Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] XII – os programas de computador;”*.

A referida [lei dos direitos autorais](#), no Capítulo II, do seu Título VII, cuida das “sanções civis” às violações dos [direitos autorais](#), sendo que no art. [102](#) assegura o direito à “indenização cabível” ao proprietário da obra intelectual que for “de qualquer forma utilizada”, senão vejamos: *“Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível”*. (Grifou-se)

Assim, é devida a indenização arbitrada pela sentença de 1º grau, diante da previsão legal do direito ao reclamante, na condição de autor intelectual dos programas de computador Remates, Gerenciador Banco de dados FARSUL/SENAR e CCT 04/0-2007 (Convênio de Cooperação FARSUL/SENAR), utilizados pela reclamada.

Na hipótese de o empregado ser contratado para a realização de uma atividade que não se relacione com o desenvolvimento de programa de computador, mas que, durante o exercício de suas atividades laborais, venha a atuar nessa atividade de desenvolvimento de programa de computador, poderá haver a caracterização da alteração ilegal do contrato de trabalho, condição, inclusive, vedada pela legislação trabalhista.

Isso porque o art. 468, da CLT, expõe que “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”. Vale ressaltar que a condição elencada não estaria abrangida pela hipótese legal expressa no art. 4º, *caput*, da Lei de Softwares, uma vez que restaria ausente a

condição legal que estabelece que o objeto da atividade deve estar relacionado ao desenvolvimento de programa de computador.

Tampouco poderia ser aplicada a disposição do art. 4º, §2º, da Lei nº 9.609/98, a qual dispõe que pertencerão ao empregado, os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, pois o empregado, ao desenvolver o programa de computador no âmbito dessa relação laboral, possivelmente utilizou recursos e informações da empregadora.

Entendimento diverso, poderia gerar a incompreensível situação em que uma das partes, seja o empregador ou o empregado, obtém um benefício patrimonial, sem a prestação da contrapartida correspondente, configurando a verdadeira hipótese de enriquecimento sem causa, situação também vedada pelo nosso ordenamento jurídico. O fato é que nosso ordenamento jurídico não contempla expressamente essa hipótese e, portanto, os julgadores procuram fundamentar suas decisões ora nas diretrizes da Lei de Softwares, ora nos regramentos da Lei de Propriedade Intelectual, nesse caso, aplicando a analogia.

Podemos observar o entendimento dos Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao julgar o Processo nº 03392200546602005. No citado processo foi julgado o caso de um trabalhador que, na condição empregado de terceirizado, desenvolveu programas de computador em favor da empresa tomadora do serviço. Na demanda trabalhista, o trabalhador pleiteou uma indenização alegando que a atividade contratada pela empresa tomadora de serviço, usuária do programa de computador por ele desenvolvido, não contemplava o desenvolvimento de softwares, cabendo a ele, portanto, a titularidade da propriedade intelectual.

Considerando os fatos narrados e as provas obtidas durante a instrução processual os julgadores entenderam que houve configuração da hipótese do art. 4º, §2º, da Lei nº 9.609/98, dando ensejo a indenização em favor do reclamante, desenvolvedor do programa de computador. Vejamos:

Revelam os autos que o autor, na condição de trabalhador terceirizado, prestou serviços para a reclamada

como Supervisor de Manutenção, dizendo que no período de 2002 a 2005 desenvolveu software que passou a ser utilizado pela empresa, serviço este que não se confunde com aquele contratado de sua empregadora, motivo pelo qual vindicou o pagamento da importância de R\$148.100,00 referentes à programação, licença e manutenção de todo período. A ré combate a tese inicial negando a criação pelo autor e utilização pela empresa de software, salientando que apenas realizou algumas melhorias e corrigiu alguns defeitos do programa existente e de sua propriedade, com o intuito de viabilizar a prestação de serviços para os quais a sua empregadora foi contratada. O MM. Juízo *a quo* afastou a prova documental e, com esteio na prova testemunhal, reconheceu o direito do autor à remuneração relativa às melhorias realizadas no sistema disponibilizado pela reclamada, determinando o pagamento da importância de R\$33.600,00. Decidiu acertadamente a ilustre Juíza sentenciante, posto que absolutamente comprovado e demonstrado o trabalho do autor (além daquele ordinariamente esperado pela contratação de sua empregadora) no sentido de resolver os problemas técnicos enfrentados pela reclamada quando promoveu a mudança da base do programa utilizado, substituindo o ACCESS 97 pelo ACCESS 2000. De fato, como pontuado pela Digna Julgadora de Origem, os ***"depoimentos colhidos confirma que o Reclamante, de fato, prestou alguns serviços de informática, mas não na forma apontada na inicial"*** (fl. 145), bastando simples leitura dos testemunhos colhidos para o convencimento de que ***"que em meados de 2002 houve troca de computadores e o programa passou a dar problemas, ocasião em que o reclamante montou um novo programa com base no programa anterior...que o reclamante desenvolveu outros bancos de dados para a reclamada, tais como controle de motoboy, 0800, poço artesiano e central de cópias... que o Sr. Flávio havia montado o programa com base no Access 97 e o***

reclamante montou o seu com base no Access 2000 que também foi disponibilizado pela reclamada...;" (1ª test., recte, fl. 139). A terceira testemunha do autor, por sua vez, afirmou que ***"que o depoente utilizava o programa de motoboy e pode dizer que foi criado pelo reclamante, que também realizava alterações conforme as necessidades... que o reclamante também desenvolveu banco de dados do 0800, que era utilizado diretamente pela reclamada; que os dois programas foram inseridos na rede da reclamada; que esses programas foram usados pelo depoente até dezembro/2005"***. (fl. 140). A testemunha da reclamada, por sua vez, compareceu em Juízo apenas para negar os fatos, destoando dos demais testemunhos, parecendo que nem mesmo convivia no ambiente de trabalho, de forma que seu depoimento deve ser afastado, eis que desprovido de qualquer credibilidade. Segundo ensinamentos da Prof.^a Maria Helena Diniz ***"Um dos pilares do direito civil moderno é a vedação do enriquecimento ilícito, pois, a ninguém é dado o direito de se prevalecer injustamente e sem causa de outrem mediante sua ingenuidade e boa-fé. São dogmas transcendentais desde o Direito Romano, que hoje, mais do que nunca, diante do cunho social que se apresenta o direito, deve ser aplicado."*** Assim, havendo prova hábil não só de ter o serviço efetivamente prestado, não pode a contratante esquivar-se a inafastável obrigação de pagar ao contratado, sob pena de enriquecimento sem causa. Correto período de trinta e seis meses reconhecido pela sentença, posto que os problemas tiveram início em meados de 2002, como notícia a testemunha ROBERTO LUÍS CAMARGO (fl. 139). Quanto à titularidade do direito, irretocável a r. sentença de primeiro grau ao dispor que ***"caberia a observância do disposto no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.609/98"***. (...)

(TRT-2 3392200546602005 SP, Relator: NELSON NAZAR, 12ª TURMA, Data de Publicação: 07/12/2007)

Não obstante, vale observar que os julgadores desconsideraram o fato de o reclamante ter utilizado a estrutura e os dados da empresa no processo de desenvolvimento do software, o que, em tese, afastaria a configuração da hipótese descrita no art. 4º, §2º, da Lei nº 9.609/98.

3.3. Da relação pautada pelo vínculo de servidor ou empregado público

Em contexto geral, as normas acima citadas para a regulamentação da propriedade intelectual sobre os programas de computador eventualmente desenvolvidos no âmbito da relação trabalhista, também devem ser mantidas nos casos em que envolvam as relações entre os servidores ou empregados públicos e a Administração Pública, uma vez que o art. 4º da Lei nº 9.609/98, contempla, de forma expressa, a sua aplicação na seara de vínculos celetistas e estatutários.

Contudo, é imperioso acrescentar que a Lei nº 10.973/94, também conhecida como Lei da Inovação, estabelece hipóteses em que o empregado ou servidor público, que mantenha vínculo com uma Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação, e que realize, como atribuição funcional, atividades de pesquisa, desenvolvimento e de inovação, obtenha os direitos relativos a propriedade intelectual sobre as criações por ele desenvolvidas ou, ainda, faça jus a uma participação sobre os ganhos econômicos auferidos pela Administração, em eventual transferência de tecnologia ou licenciamento da obra de sua autoria, inclusive, os programas de computador.

Para delinear a aplicabilidade dessa norma, se faz necessário, inicialmente, trazer à lume a definição de Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT). No âmbito da Administração Pública, a ICT poderia ser definida como qualquer órgão ou entidade, seja da administração direta ou indireta, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos.

Assim, a título de exemplo, podemos citar as Instituições Federais de Ensino Superior e as Universidades Estaduais ou Municipais que atuem nos termos do art. 43, III, da Lei de Diretrizes Básicas da Educação, ou seja, que promovam a “pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura”, tal como a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), a Universidade de São Paulo (USP), a Universidade de Campinas (UNICAMP)

e a Universidade Estadual Paulista (UNESP). Também são enquadradas com ICTs outras instituições como a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA); o Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo, (CTMSP), o Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), Centro Tecnológico do Exército (CTEx), o Instituto Paulista de Tecnologia (IPT), dentre outros.

Isto posto, temos que a Lei de Inovação estabelece a denominação de “pesquisador público”, para o ocupante de cargo público efetivo, seja civil ou militar, ou detentor de função ou emprego público que realize, como atribuição funcional, atividade de pesquisa, desenvolvimento e inovação. Assim, a norma fundamenta a possibilidade de que um empregado ou servidor público atue na criação de algo que impacte no desenvolvimento tecnológico, que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental.

Por oportuno, acrescenta-se que o art. 2º, da Lei nº 10.973/04, expressa que o programa de computador também faz parte do rol, não taxativo, de itens considerados como criações fomentadas pela norma legal.

Dito isto, considerando o caso específico do programa de computador, resta estabelecido que, caso o pesquisador público crie um programa de computador, o direito à propriedade intelectual sobre o mesmo, que em regra será da Administração Pública, aplicando-se, nesse caso, a hipótese do art. 4º, caput, da Lei de Softwares.

Contudo, a Administração poderá ceder tal direito ao pesquisador público desenvolvedor do programa de computador. Feito isso, o pesquisador público poderia explorar economicamente a sua obra, podendo, inclusive, solicitar seu licenciamento do cargo ou função, sem remuneração, visando a constituição de empresa para a exploração econômica do programa de computador. Essas hipóteses estão expressas nos artigos 11 e 15, da Lei nº 10.973/04, conforme abaixo exposto:

Art. 11. Nos casos e condições definidos em normas da ICT e nos termos da legislação pertinente, a ICT poderá ceder seus direitos sobre a criação, mediante manifestação expressa e motivada e a título não oneroso, ao criador, para que os

exerça em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade, ou a terceiro, mediante remuneração.

(...)

Art. 15. A critério da administração pública, na forma do regulamento, poderá ser concedida ao pesquisador público, desde que não esteja em estágio probatório, licença sem remuneração para constituir empresa com a finalidade de desenvolver atividade empresarial relativa à inovação.

§ 1º A licença a que se refere o caput deste artigo dar-se-á pelo prazo de até 3 (três) anos consecutivos, renovável por igual período.

§ 2º Não se aplica ao pesquisador público que tenha constituído empresa na forma deste artigo, durante o período de vigência da licença, o disposto no [inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990](#).

§ 3º Caso a ausência do servidor licenciado acarrete prejuízo às atividades da ICT integrante da administração direta ou constituída na forma de autarquia ou fundação, poderá ser efetuada contratação temporária nos termos da [Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993](#), independentemente de autorização específica.

Outra novidade trazida pela Lei de Inovação é a obrigatoriedade de participação do pesquisador público nos ganhos auferidos pela Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação, quando essa efetuar a transferência da tecnologia desenvolvida pelo pesquisador público ou, ainda, quando houver o seu licenciamento em favor de terceiro. Dessa forma, segue abaixo o art. 13, da Lei nº 10.973/04:

Art. 13. É assegurada ao criador participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos, auferidos pela ICT, resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação protegida da qual tenha sido o inventor, obtentor ou autor, aplicando-se,

no que couber, o disposto no [parágrafo único do art. 93 da Lei nº 9.279, de 1996](#).

§ 1º A participação de que trata o caput deste artigo poderá ser partilhada pela ICT entre os membros da equipe de pesquisa e desenvolvimento tecnológico que tenham contribuído para a criação.

§ 2º Entende-se por ganho econômico toda forma de royalty ou de remuneração ou quaisquer benefícios financeiros resultantes da exploração direta ou por terceiros da criação protegida, devendo ser deduzidos:

I - na exploração direta e por terceiros, as despesas, os encargos e as obrigações legais decorrentes da proteção da propriedade intelectual;

II - na exploração direta, os custos de produção da ICT.

§ 3º A participação prevista no caput deste artigo obedecerá ao disposto nos §§ 3º e 4º do art. 8º.

§ 4º A participação referida no **caput** deste artigo deverá ocorrer em prazo não superior a 1 (um) ano após a realização da receita que lhe servir de base, contado a partir da regulamentação pela autoridade interna competente.

Tais condições especificadas na Lei de Inovação, além de estabelecer um meio de estímulo ao desenvolvimento, inovação e a economia nacional, impactam no bem-estar social e visam fomentar a atuação de pesquisadores com vínculo com a Administração Pública, ao estabelecer possibilidade de participação financeira sobre as obras técnicas e as inovações por eles produzidas.

Vale esclarecer que tal participação nos resultados de sua criação, em regra, não prejudica a remuneração dos empregados e servidores públicos pelo desempenho da atividade comum. Tampouco traz prejuízo em eventual contraprestação adicional pela participação em projetos de pesquisa, que poderá ser por meio de adicional variável ou bolsa de estímulo à inovação. Sobre o tema, Denis Borges Barbosa acrescenta que:

Os Arts. 8º, 13, 11, 13 e 15 compreendem normas que se destinam a estimular a natureza especial do trabalho criativo. Os pesquisadores vinculados as ICT, beneficiar-se-ão do resultado financeiro dos serviços prestados sob o Art. 8º, além da remuneração normal. Da mesma forma, enquanto criador ou inventor, o pesquisador participará dos ganhos da exploração comercial de sua criação. Prevê-se também bolsa paga diretamente de instituição de apoio ou de agência de fomento, envolvida nas atividades empreendidas em parceria com sua instituição e até mesmo um direito do pesquisador explorar diretamente suas criações.^[23]

Assim, cabe às instituições públicas a adoção de medidas a fim de regulamentar os procedimentos internos que serão aplicados na hipótese de criação realizada pelo empregado ou servidor público, no âmbito de sua competência. A título de exemplo, a Universidade de São Paulo instituiu a Resolução nº 7035/14, a fim de dispor sobre a inovação tecnológica concebida no contexto de suas atividades de pesquisa, disciplinando os procedimentos para proteção da propriedade intelectual, transferência de tecnologia, licenciamento e cessão, bem como tratar de medidas de gestão e apoio respectivas e critérios para repartição dos resultados.

Podemos verificar, a título de exemplo, que a Universidade de São Paulo informou expressamente que o programa de computador é considerado no conceito de criação e que restou formalmente estabelecido que os direitos patrimoniais sobre as criações resultantes de suas atividades, incluindo as criadas por pessoas a ela relacionadas, incluindo empregados, servidores, alunos e pesquisadores vinculados, serão, em regra, exclusivos da universidade. Segue abaixo o artigo pertinente:

Artigo 3º – Para os fins desta Resolução, considera-se:

I – criação: invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, marca, programa de computador, topografia de circuito integrado, cultivar e qualquer outro desenvolvimento tecnológico, que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, definido pela legislação de inovação, proteção à propriedade

intelectual, proteção de software e outras afins, aplicando-se os conceitos e interpretações correntes de suas disposições;

II – criação da Universidade: criação que resulta da atividade regular da Universidade ou de projeto de pesquisa ou extensão tecnológica especialmente firmado ou criação realizada com a utilização de equipamentos, recursos, instalações, dados, meios, ou materiais da Universidade ou ainda com a participação de pessoal a ela de qualquer forma ligado, com ou sem vínculo funcional ou relação de emprego, como docentes, pesquisadores, estudantes, bolsistas, pesquisadores de pós-doutorado, especialistas externos aposentados com Termo de Adesão ao Serviço Voluntário e de Permissão de Uso e outros pesquisadores que integram projetos e atividades da Universidade, independentemente do regime;

III – pessoal ligado à Universidade: docentes, ativos ou aposentados com Termo de Colaboração, professores colaboradores e visitantes, servidores técnicos e administrativos, estagiários;

IV – criadores: pesquisadores que sejam inventores, obtentores ou autores da criação.

Artigo 4º – Os direitos patrimoniais sobre as criações referidas no art. 3º pertencem à Universidade, em caráter exclusivo, ressalvadas as disposições expressas desta Resolução.

Parágrafo único – Os direitos patrimoniais sobre as criações que resultem de parceria da Universidade com empresas ou entes externos poderão ser compartilhados, na forma do contrato ou convênio que rege as relações recíprocas, observadas as disposições do capítulo V.

Verifica-se um descompasso entre a normativa da Universidade de São Paulo e a disposição expressa no art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.609/98, uma vez que a autarquia estabeleceu como sua, a propriedade intelectual de um eventual programa de

computador criado pelo pessoal a ela relacionado, sem considerar se a ocupação do autor estaria, ou não, relacionada à pesquisa, tecnologia ou criação. Dessa forma, até mesmo um programa de computador desenvolvido por servidor ou empregado com função meramente administrativa, teria seus direitos patrimoniais vinculados à universidade.

O mesmo entendimento foi observado, no caso de criações, inclusive programas de computador, desenvolvidas com a utilização de equipamentos, recursos, instalações, dados, meios ou materiais da universidade, sendo normatizado que os direitos patrimoniais sobre essa criação seriam estabelecidos em favor da universidade. Nesse caso, a norma deixou de considerar a contribuição pessoal do autor da criação, que quando desenvolvida através de sua voluntariedade, assim entendida a criação não respaldada em obrigação estabelecida em contrato, poderia dar ensejo a uma propriedade compartilhada, em termos análogos ao disposto no art. 91, da Lei nº 9.279/96.

Não obstante, a normativa assegurou a participação de 30% sobre os ganhos econômicos auferidos pela universidade, a ser pago ao criador ou aos criadores, conforme o caso, na hipótese de exploração econômica de um programa de computador desenvolvido por pessoal vinculado. Tal disposição é expressa nos art. 25 e 28, conforme abaixo exposto:

Artigo 25 – É assegurada ao criador participação nos ganhos econômicos, auferidos pela Universidade, resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação protegida da qual tenha sido o inventor, obtentor ou autor.

§ 1º – Entende-se por ganhos econômicos toda forma de royalties, remuneração ou quaisquer benefícios financeiros resultantes da exploração direta ou por terceiros, deduzidas as despesas, encargos e obrigações legais decorrentes da proteção da propriedade intelectual.

§ 2º – A participação de que trata o *caput* deverá ser partilhada entre os membros da equipe de pesquisa e desenvolvimento tecnológico que tenham contribuído para a criação, em proporção a ser definida por meio de acordo

entre os criadores, observados os limites de participação fixados na legislação própria.

Artigo 28 – Os ganhos econômicos da Universidade advindos da exploração das criações deverão ser divididos da seguinte forma:

I – 30% (trinta cento) aos criadores ou seus sucessores;

(...)

§ 2º – Os valores recebidos pelos criadores ou seus sucessores caracterizarão incentivo ou premiação, ficando sujeitos à incidência dos tributos e contribuições aplicáveis à espécie, vedada a incorporação aos vencimentos, à remuneração ou aos proventos, bem como a referência como base de cálculo para qualquer benefício, adicional ou vantagem coletiva ou pessoal.

IV. CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, que a propriedade intelectual de programa de computador desenvolvido sob a demanda de um terceiro é um tema que merece atenção, necessitando inclusive de uma consolidação de entendimentos no sentido de definir o que seria, ou não, atividade cuja natureza está relacionada a atividade de desenvolvimento de programa de computador. O atual cenário legal, dá margem a diversas interpretações, impactando, assim, na segurança jurídica das relações havidas entre o demandante do serviço, seja na condição de contratante ou empregador, e o contratado, seja ele empregado, prestador de serviço, empreiteiro ou servidor público.

Assim, no bojo das relações fundadas na legislação civil, é prudente que as partes contratantes definam, no momento da celebração do contrato de prestação de serviço ou de empreitada, quais serão as atribuições e as atividades desenvolvidas pelo prestador de serviço ou empreiteiro, de modo a deixar evidente qual o resultado esperado da atividade e, em especial, se haverá ou poderá haver a entrega de um programa de computador ao contratante. Nesse contrato deve ser clausulado, ainda, a quem caberá o direito intelectual sobre o programa de computador desenvolvido no âmbito da relação contratual.

Já nas relações fundadas na legislação trabalhista e estatutária, é recomendável que os empregadores e órgãos públicos atuem com diligência a fim de que seus empregados e servidores públicos não trabalhem em descompasso com as atividades relacionadas com o contrato de trabalho. Assim, é prudente que somente seja exigido dos subordinados as atividades inerentes a ocupação, sob pena de caracterização de infração legal, situação que poderá ensejar, conforme o caso, a necessidade de haver a devida compensação financeira em favor do empregado ou servidor público, a ser paga pelo empregador.

Nesse diapasão, vale lembrar que o Código Brasileiro de Ocupações, que tem sua tabela definida pelo Ministério do Trabalho e ao qual todo empregado celetista ou prestador de serviço está vinculado, estabelece uma descrição sumária de cada ocupação e, assim sendo, as partes contratantes devem dar a devida atenção ao correto enquadramento da ocupação a ser desenvolvida pelo empregado ou prestador de serviço, devendo haver a devida complementação das atividades a serem desenvolvidas por meio do contrato, quando for o caso. Aos contratantes é aconselhável, ainda, a adoção de medidas protetivas, sejam procedimentais ou tecnológicas, com o fito de evitar que seus empregados, prestadores de serviços ou servidores públicos, que não tenham os seus vínculos relacionados de alguma forma com as atividades de programação, inventiva ou de desenvolvimento, atuem na criação de programa de computador, durante a sua jornada, mesmo que em benefício da contratante.

No que tange aos programas de computador desenvolvidos unilateralmente pelo empregado ou servidor público, hipótese em que os direitos sobre o programa de computador serão exclusivamente do desenvolvedor, bem como nos casos dos programas desenvolvidos pelos contratados mediante a utilização dos recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, instalações ou equipamentos da contratante, hipótese em que os direitos sobre o programa de computador poderão ser compartilhados ou indenizáveis, é recomendável que o contratante atue de forma preventiva, estabelecendo processos ou tecnologia a fim de evitar que tais programas sejam instalados em seus sistemas e utilizados em suas atividades.

Trata-se, portanto, de medidas protetivas a serem tomadas pelo empregador ou órgão público, no sentido de evitar riscos futuros. Tais condutas, além de impactar na redução do risco de vazamento e utilização de informações e dados

confidenciais, poderão resguardar o contratante em face de uma eventual demanda judicial arguida pelo empregado ou servidor, que venha pleitear uma indenização pela utilização ilegal de programa de computador por ele desenvolvido.

Outro ponto que merece destaque é a premente necessidade de consolidação de entendimentos da matéria relativa a propriedade intelectual, inclusive no âmbito do Poder Judiciário. Isso porque se faz necessário o estabelecimento de uma prestação jurisdicional mais robusta e uníssona, quando abordado o tema for a propriedade intelectual. Essa condição poderia impactar positivamente nas relações contratuais que versem sobre o tema, uma vez que, pacificada a interpretação da norma legal, os contratantes poderiam estabelecer as suas relações jurídicas com maior confiança e conforto.

BIBLIOGRAFIA

- Mercado Brasileiro de Software: panorama e tendências, 2018 = Brazilian Software Market: scenario and trends, 2018 [versão para o inglês: Anselmo Gentile] - 1ª. ed. - São Paulo: ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software, 2018. Disponível em: http://central.abessoftware.com.br/Content/UploadedFiles/Arquivos/Dados%202011/af_abes_publicacao-mercado_2018_small.pdf. Acesso em: 25/09/2018.

- PRESSMAN, Roger S. Engenharia de Software: uma abordagem profissional. Tradução de Ariovaldo Griesi e Mario Moro Fecchio. 7ª ed. [S.I.]: AMGH Editora Ltda., 2011.

- PINHO, Marcio Sarroglia. Conceitos básicos de programação. Disponível em: <https://www.inf.pucrs.br/~pinho/LaproI/ConceitosBasicos/ConceitosBasicos.htm>. Acesso em: 18/10/2018.

- MARCACINI, Augusto. Apud. SABINO, Vanessa Cristina. Um estudo sistemático de software livre. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/45/45134/tde.../MestradoVanessaSabino.pdf. Acesso em: 06/09/2018.

- PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. Apud. KRIEGER, Marcelo de Athayde Furtado. Autoria e proteção legal dos Softwares à luz da legislação brasileira. Revista

Jurídica CCJ FURB. v. 14. nº 28. P 93-123. ago./dez. 2010. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/2408/1565>. Acesso em: 17/09/2018.

- BARBOSA, Denis Borges. A Proteção do Software. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_tipos_direitos.html. Acesso em: 06/11/2018.

- NETTO, Costa. Apud. PARANAGUA, Pedro. BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>. Acesso em: 27/09/2018.

- FILHO, Carlos Alberto Bittar. Apontamentos sobre a nova lei brasileira de direitos autorais. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/407/apontamentossobreanova.pdf?sequence=6>. Acesso em: 28/09/2018.

- SANCHES, Limeira Sydney. Direitos Patrimoniais do Autor. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/543/723>. Acesso em: 19/09/2018.

- BARBOSA, Denis Borges. Comentários ao art. 1º da Lei de Softwares. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_tipos_direitos.html. Acesso em: 06/11/2018.

- PRADO, Elaine Ribeiro do. Trabalho Inovador no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/trabalho.pdf>. Acesso em: 07/11/2018.

- BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor na obra feita sob encomenda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 15ª Edição. São Paulo: LTR, 2016.

- BARROS, Alice Monteiro. Trabalhadores Intelectuais. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Alice_Barros.pdf. Acesso em: 19/11/2018.

- BARROS, Alice Monteiro de. Apud. RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. Disponível em: https://ricardoresende.com.br/images/stories/FOLHEIE_DTE_ED_5_2015.pdf. Acesso em 17/10/2018.

- BARBOSA, Denis Borges. Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação de tecnologias após a Emenda Constitucional nº 85. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito_ao_desenvolvimento_2015.pdf. Acesso em: 07/11/2018.

NOTAS:

[1] Mercado Brasileiro de Software: panorama e tendências, 2018 = Brazilian Software Market: scenario and trends, 2018 [versão para o inglês: Anselmo Gentile] - 1ª. ed. - São Paulo: ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software, 2018. Disponível em: http://central.abessoftware.com.br/Content/UploadedFiles/Arquivos/Dados%202011/af_abes_publicacao-mercado_2018_small.pdf. Acesso em: 25/09/2018.

[2] Ob. Cit.

[3] Mercado Brasileiro de Software: panorama e tendências, 2018 = Brazilian Software Market: scenario and trends, 2018 [versão para o inglês: Anselmo Gentile] - 1ª. ed. - São Paulo: ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software, 2018. Disponível em: http://central.abessoftware.com.br/Content/UploadedFiles/Arquivos/Dados%202011/af_abes_publicacao-mercado_2018_small.pdf. Acesso em: 25/09/2018.

[4] PRESSMAN, Roger S. Engenharia de Software: uma abordagem profissional. Tradução de Ariovaldo Griesi e Mario Moro Fecchio. 7ª ed. [S.l.]: AMGH Editora Ltda., 2011. 32 p.

[5] PINHO, Marcio Sarroglia. Conceitos básicos de programação. Disponível em: <https://www.inf.pucrs.br/~pinho/LaproI/ConceitosBasicos/ConceitosBasicos.htm>. Acesso em: 18/10/2018.

[6] MARCACINI, Augusto. Apud. SABINO, Vanessa Cristina. Um estudo sistemático de software livre. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/45/45134/tde.../MestradoVanessaSabino.pdf. Acesso em: 06/09/2018.

[7] PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. Apud. KRIEGER, Marcelo de Athayde Furtado. Autoria e proteção legal dos Softwares à luz da legislação brasileira. Revista Jurídica CCJ FURB. v. 14. nº 28. P 93-123. ago./dez. 2010. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/2408/1565>. Acesso em: 17/09/2018.

[8] BARBOSA, Denis Borges. A Proteção do Software. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_tipos_direitos.html. Acesso em: 06/11/2018.

[9] NETTO, Costa. Apud. PARANAGUA, Pedro. BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>. Acesso em: 27/09/2018.

[10] FILHO, Carlos Alberto Bittar. Apontamentos sobre a nova lei brasileira de direitos autorais. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/407/apontamentosobreanova.pdf?sequence=6>. Acesso em: 28/09/2018.

[11] SANCHES, Limeira Sydney. Direitos Patrimoniais do Autor. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/543/723>. Acesso em: 19/09/2018.

[12] FILHO, Carlos Alberto Bittar. Ob. Cit.

[13] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. Pág. 4.

[14] BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. Pág. 96/98.

[15] BARBOSA, Denis Borges. Comentários ao art. 1º da Lei de Softwares. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_tipos_direitos.html. Acesso em: 06/11/2018.

[16] PRADO, Elaine Ribeiro do. Trabalho Inovador no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/trabalho.pdf>. Acesso em: 07/11/2018.

[17] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor na obra feita sob encomenda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Pág. 105.

[18] Ibidem. Pág. 107

[19] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor na obra feita sob encomenda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Pág. 119.

[20] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 15ª Edição. São Paulo: LTR, 2016. P. 311

[21] BARROS, Alice Monteiro. Trabalhadores Intelectuais. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Alice_Barros.pdf. Acesso em: 19/11/2018.

[22] BARROS, Alice Monteiro de. Apud. RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. Disponível em: https://ricardoresende.com.br/images/stories/FOLHEIE_DTE_ED_5_2015.pdf. Acesso em 17/10/2018.

[23] BARBOSA, Denis Borges. Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação de tecnologias após a Emenda Constitucional nº 85. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito_ao_desenvolvimento_2015.pdf. Acesso em: 07/11/2018.

A SAÚDE NO BRASIL: DIREITO VERSUS DEVER CONSTITUCIONAL

LAÍS GALGANI RIBEIRO: Pós-graduado em Direito Constitucional - Oficial do Ministério Público de Minas Gerais.

RESUMO: Este artigo visa analisar o direito à saúde perante a atual Constituição Brasileira. Como garantidor do bem maior que é a vida, o direito à saúde foi analisado no contexto dos direitos fundamentais sociais e focado também na responsabilidade do Poder Público para com o assunto, como é normatizado pelo artigo 196 da Carta Magna. Principia apresentando os desafios e as dificuldades na conceituação de saúde e do direito à saúde e demonstra a incoerência da aplicação do princípio da reserva do possível como fator limitador da efetividade do direito público à saúde, em detrimento ao princípio do mínimo existencial. Abarca a questão da judicialização do direito à saúde como uma crescente no Brasil e suas dificuldades. Em relação a metodologia usada, tratou-se de pesquisa exploratória, procurando entender a problemática do direito à saúde garantido constitucionalmente para todos. Conclui-se que a efetividade do direito à saúde requer um conjunto de respostas políticas e ações governamentais mais amplas, não devendo ficar na dependência da reserva do possível, para que não se torne praxe ações restritas às ordens judiciais.

Palavras-chave: Direito, Saúde, Princípio da Reserva do Possível, Judicialização da Saúde

ABSTRACT: This article aims to analyze the right to health towards the current Brazilian Constitution. As a guarantor of the greater good of life, the right to health was analyzed in the context of fundamental social rights and also focused on the responsibility of the Public Power for the subject, as regulated by Article 196 of the Constitution. It begins by presenting the challenges and difficulties in the conceptualization of health and the right to health and demonstrates the incoherence of the application of the principle of reserve for contingencies as a limiting factor of the effectiveness public right to health, to the detriment of the principle of existential minimum. It covers the question of the judicialization of the right to health as a growing one in Brazil and its difficulties. Regarding the methodology used, it was an exploratory research, trying to understand the problem of the right to health guaranteed constitutionally for all. It is concluded that the effectiveness of the right to health requires a set of political responses and

broader governmental actions, and should not be dependent on the reserve of the possible, in order to that actions restricted to judicial orders do not become habitual.

Key words: Law, Health, Reserve for the Possible, Health Judicialization

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO À SAÚDE. 2.1 A SAÚDE NO BRASIL: DIREITO DE TODOS, DEVER DO ESTADO. 2.2 DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, através da referida Constituição Federal de 1988, elencou várias garantias ao cidadão brasileiro. Inicialmente, em seu artigo 5º, a Carta constitucional menciona os direitos fundamentais, que compreendem as garantias individuais essenciais ao ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros. Dentre estes direitos destaca-se o direito à vida, pois este é a base para a existência dos demais direitos.

Como acentua Alexandre de Moraes, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.

A vida é o direito por excelência, é a base estrutural de toda uma ordem jurídica. Sem vida não há direito. Sem vida os direitos não podem existir e por consequência, serem exercidos. Todo o direito deve convergir para ela e nela centrar sua evolução, pautando-se na necessidade de sua preservação. (MELLO, Cleyson de Moraes)

Nesse contexto, para que se tenha a manutenção do bem maior que é a vida, é necessário que seja garantida a saúde dos indivíduos. Assim sendo o legislador constituinte não se esqueceu de mencionar o direito à saúde inserindo-o no rol de direitos sociais do artigo 6º, ainda dentro dos direitos e garantias fundamentais da Carta Maior:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O direito constitucional à saúde é um direito público subjetivo e trata-se de uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas.

Além da inclusão do direito à saúde, encontra-se também como direito social a assistência aos desamparados. Estas duas garantias representam um avanço na busca pela dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, retratados no art. 1º, inciso III de nossa Carta Maior.

Definida a saúde e a assistência aos desamparados como direitos sociais constitucionais e, dotando-as da característica da fundamentalidade, o art. 196 da mesma Carta Magna identificou a responsabilidade do Poder Público por sua manutenção, decretando, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim sendo, o Estado tem o poder e o dever de intervir na dinâmica social para a proteção do direito à saúde, visto que esta garantia é reconhecida no Brasil como direito individual humano e essencial para a manutenção da condição vital do ser humano.

Para cumprimento desse dever que a Constituição lhe impõe, o Estado instituiu entidades públicas, pertencentes tanto à Administração direta quanto à Administração indireta, bem como criou mecanismos de cooperação entre essas entidades e entre entidades do setor privado, de modo que a execução das políticas públicas de saúde se efetive de modo universal e igualitário, observando as peculiaridades regionais e sociais da população que atende.

No Brasil, o administrador público está vinculado às políticas estabelecidas na Constituição e nas normas infraconstitucionais para a implementação dessas políticas públicas relativas à ordem social constitucional. É *mister* que o Estado promova os meios de acesso do cidadão aos bens e serviços deste, pois uma vez alienado ao Estado o direito de cada qual, espera-se que este utilize os recursos e poderes aludidos pela Constituição, necessários às suas garantias.

Com efeito, o direito a saúde é um mecanismo para a manutenção da vida, derivando uma prestação obrigação do Estado, determinada na repartição de competência dos entes federados. São obrigações positivas do poder político para garantir existência digna do indivíduo, pois a Constituição Federal já consagrou fundamental à saúde.

Igualmente, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da Organização Federativa Brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema das carências no campo da saúde da população, ou seja, utilizar do argumento de que a implementação de políticas pública à saúde é matéria que afeta a discricionariedade do poder executivo.

O presente trabalho visa analisar o direito à saúde como garantia constitucional e dever do Estado em detrimento ao não cumprimento desse direito fundamental, dada a falta de implementação de políticas sociais e econômicas por parte dos entes federados.

A escolha do tema justifica-se pela preocupação com a ineficácia do direito fundamental à saúde, posto que a CF/88 delimitou a competência aos entes federados, a obrigação de instituir políticas públicas para que o referido direito seja materializado pelos cidadãos, conforme assegura o art. da CF/88.

2. O DIREITO À SAÚDE

A análise do termo “direito” já revela sua complexidade. A palavra direito refere-se a um ramo do conhecimento humano (a ciência do direito), ao mesmo tempo em que elucida seu objeto de estudo: o direito, um sistema de normas que regulam o comportamento dos homens em sociedade. A palavra direito é usada muitas vezes em sentido axiológico como sinônimo de justiça e muitas outras em

sentido subjetivo, "é o meu direito". Trata-se da "regra de direito vista por dentro, como ação regulada". Kelsen, filósofo do direito alemão, partindo da análise lingüística chega à conclusão de que o significado da palavra recht (direito, em alemão) e de suas equivalentes em outros idiomas (law, droit e diritto para o inglês, francês e italiano, respectivamente) é o mesmo: "ordens de conduta humana".

O termo é empregado com seu sentido de direito subjetivo na reivindicação do "direito à saúde". No entanto, a referência à regra de direito vista por dentro implica necessariamente a compreensão do direito como regras do comportamento humano em sociedade.

É fato que as normas jurídicas representam as limitações às condutas nocivas para a vida social. Assim, a saúde, definida como um direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais. Visto como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. Parte-se do entendimento que as pessoas devem ser livres para escolher em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros.

Fica claro, então, que o grau de desenvolvimento do Estado é fator crucial para que se tenha uma efetiva liberdade necessária ao direito à saúde, enquanto direito subjetivo. Somente no Estado desenvolvido o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento. Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade e se faz, atualmente, com respaldo em nossa atual Constituição.

Não há que se dizer que as Constituições brasileiras do passado foram omissas quanto à questão da saúde, visto que apresentavam normas tratando dessa temática, frequentemente com a intenção de fixar competências administrativas e legislativas do Estado. Todavia, a primeira a conferir a devida importância à saúde, tratando-a como direito social-fundamental, foi a Constituição de 1988, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos.

O texto constitucional de 1988 atribui aplicação imediata no que diz respeito às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Desta forma, o direito social fundamental à saúde, deve ser, independente de regulação, promovido pelos entes federados e deve-se conferir máxima e imediata eficácia a todo e qualquer preceito constitucional definido de direito e garantia fundamental.

Assim, quanto aos direitos sociais, Jair Lima dos Santos , manifesta-se no seguinte teor:

O debate sobre os direitos fundamentais prestacionais, surge no marco do Estado Social de Direito e dos novos paradigmas propostos pelos teóricos do Neoconstitucionalismo, que se fazem notar predominantemente a partir do século XX. Ocorreu principalmente depois das duas grandes guerras mundiais e da notoriedade do agravamento das questões sociais, como a fome, a miséria, a desigualdade social, a concentração de renda nas mãos de uma minoria de pessoas, com a conseqüente exclusão social da maioria da população em escala mundial.

José Afonso da Silva cita :

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direito que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.

Daniel Rosa Correia disserta que: “a Revolução Francesa que ocorreu em 1789, contribuiu para a formação de um Estado Constitucional de Direito, caracterizado fundamentalmente pela limitação e divisão do exercício do poder do Estado, frente os administrados.”

A respeito desse tema, já dissertou José Joaquim Gomes Canotilho:

A positivação dos direitos fundamentais deu-se a partir da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem, e das Declarações de Direitos formulados pelo Estados Americanos, ao afirmarem sua independência em relação a Inglaterra. Origina-se, assim, as Constituições liberais dos Estados ocidentais dos séculos XVIII E XIX.

2.1 A SAÚDE NO BRASIL: DIREITO DE TODOS, DEVER DO ESTADO

Com a promulgação da Constituição cidadã, há mais de 20 anos, o direito à saúde passou a ser normatizado como um direito fundamental, de forma a dar mais garantia de um dever do gestor público na efetivação do dever-ser constitucional. Referido direito não é direito exercido contra o Estado, mas sim através do Estado, exigindo prestações materiais positivas que demandam disponibilidade e planejamento orçamentário. Ao se analisar o planejamento orçamentário, observa-se que há a participação da população brasileira, pois é decorrente dos impostos fiscais, contribuição exercida por todos os cidadãos que praticam o fator gerador dos tributos fiscais.

O direito à saúde, no art. 6º da Constituição Federal, é tratado como um direito social. Já o art. 196, trata a saúde como um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas públicas que vise à redução dos riscos à doença.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem

à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De fato, é dever do Estado prestar assistência à saúde a toda coletividade, visto que o direito à saúde é constitucionalmente assegurado ao povo brasileiro como direito de todos e dever do Estado.

No entanto, pontua-se que o referido mandamento constitucional está sendo a cada dia mais esquecido pelo Estado, tendo em vista a falta de adoção de medidas que se mostrem eficazes para a efetivação do direito à saúde em todos os seus aspectos, ou seja, desde o simples tratamento ambulatorial até o fornecimento de medicamentos, equipamentos e tratamentos especializados.

O direito à saúde se configura como um direito indisponível, por estar entre os direitos sociais, e especificamente no *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1988. Isso significa que é aquele direito em relação ao qual os seus titulares não têm qualquer poder de disposição, pois nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade dos titulares. Por isso, deve ser obrigatoriamente observada a sua prestação pelo próprio poder que o institui, o Poder Público.

Nesse sentido, Humberto Ávila consigna :

Portanto, os direitos fundamentais, por estarem em uma posição de destaque dentro da Constituição Federal de 1988, tornam-se um tema bastante relevante para ser debatido, em especial, o direito à saúde, por ser um direito de cunho prestacional e social e pressuposto para a qualidade de vida e dignidade humana de qualquer pessoa.

A razão de ser dessa complexa estrutura de atuação estatal não poderia ser outra senão a proferida pela própria Constituição Federal: garantir a todos o direito à saúde. Porém, mesmo após todo o tempo decorrido da promulgação da nossa Carta Maior, a saúde padece de enfermidades profundas, fazendo com que o direito à saúde, enquanto direito fundamental não tenha a total efetivação conforme os ditames constitucionais.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o poder executivo tem o dever constitucional de conferir tangibilidade às normas constitucionais, no sentido de fazer valer, com máxima efetividade, os preceitos assegurados pelo Poder Constituinte Originário aos cidadãos, conforme pode-se observar da ementa abaixo transcrita:

O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.) Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006; RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.

Rogério Gesta Leal doutrina que “o direito à saúde se apresenta como direito primário e absoluto, a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos, e por esta razão inviolável.”

Conforme o art. 3º da Lei nº 8.080/90, ao referir-se à saúde deve-se considerá-la a integralidade da pessoa humana, abrangendo a saúde física e mental. Schwartz conceitua o direito à saúde como:

Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, e ao mesmo tempo em que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação à possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a saúde como sendo o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Ou seja, o conceito de saúde transcende à ausência de doenças e afecções. Por outras palavras, a saúde pode ser definida como o nível de eficácia funcional e metabólica de um organismo a nível micro (celular) e macro (social).

No mesmo sentido, o serviço de assistência à saúde é público; deve ser garantido pelo Estado, cuja deficiência ou falta, que acarrete dano para o usuário, pode gerar para o Poder Público, a obrigação de indenizar.

A nível internacional há a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que se assumiu posição solene em favor do direito à saúde, conforme consta do seu artigo 25, *in verbis*:

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

Nessa mesma intenção há no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, cuidado com o direito à saúde, apontando mecanismos para assegurar seu pleno exercício, conforme artigo 12: "Os Estados-partes no Presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental."

2.2 DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição da República atual, promulgada em 1988, já em consonância com as mudanças do mundo globalizado, muniu toda e qualquer pessoa com instrumentos necessários para que se assegure, plenamente, o exercício da cidadania.

O avanço da globalização trouxe aspectos do interesse privado do ser humano, que necessita ter a sua disposição proteções necessárias para desfrutar dos serviços públicos essenciais que asseguram dignidade da manutenção da vida humana.

Desta forma, a valorização do ser humano resguardada pelos Direitos e Garantias Fundamentais, não pode encontrar barreiras que dificultem ou impeçam

o acesso aos serviços públicos, principalmente o direito à saúde, essencial à vida e ao desenvolvimento do cidadão.

Conquanto, a utilização de argumentos infundados para justificar a não implementação de políticas públicas de saúde, alegando a falta de previsão orçamentária e a disponibilidade material de recursos econômicos e sociais, infelizmente tem sido uma prática comum dos entes federados.

A efetivação do direito à saúde exige a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, entendidas como ações governamentais voltadas ao atendimento do interesse público, visto que o texto constitucional possui o atributo de imperatividade, o que dá ensejo a atuação dos entes federados na promoção do direito fundamental à saúde.

É mister que o Estado implemente essas políticas públicas, com a finalidade de efetivar os direitos sociais, sobretudo o direito à saúde. Seguindo essa concepção, entende-se que o cidadão pode exigir do Estado uma administração de eficácia da norma fundamental insculpida no texto constitucional, posto que à luz das diretrizes do constitucionalismo moderno, a atuação administrativa encontra-se plenamente vinculada à satisfação dos direitos fundamentais.

É preciso superar o discurso dos detentores de poder de que os direitos fundamentais não são de fato efetivados simplesmente porque o Brasil não possui recursos financeiros e materiais que condicionem a atuação do Estado neste sentido. A positivação de direitos e garantias fundamentais exige que a Administração Pública atue de forma efetiva e condizente com os anseios dos cidadãos, posto que a constituição de 1988 conferiu necessária atenção às políticas fundamentais e à vida humana.

Para tanto, existem tributos arrecadados pelo Estado que devem ser revertidos em serviços sociais, tais como o serviço de saúde, por se tratar de um serviço indispensável à qualidade de vida dos cidadãos que arcam com suas obrigações tributárias.

Sabe-se que a função básica do tributo é assegurar recursos financeiros para o funcionamento do Estado, mormente o acesso à saúde. É a chamada função social do tributo.

Nesse contexto, sobre a função dos tributos e o serviço público de saúde, já dissertou Ely Lopes Meirelles:

Não tem sentido lógico e jurídico o Estado arrecadar tributos e não fornecer a contrapartida social, representada por serviços públicos em padrão adequado, descumprindo a sua obrigação na relação jurídica com o povo. Parece óbvia demais esta conclusão, mas a realidade demonstra que o Estado não presta adequadamente os serviços públicos, bastando uma rápida visualização dos problemas e deficiência dos serviços de saúde, educação, justiça e segurança pública. O serviço público de saúde, no Brasil, é realizado através do Sistema Único de Saúde.

Diante de tais considerações não se pode aceitar o argumento de que não há orçamento suficiente como uma justificativa para a não implementação dos direitos fundamentais sociais. Isso significa afirmar que o custo impede a concretização do texto constitucional, o que é inconcebível.

No Estado Social e Democrático de Direito é o orçamento que viabiliza e instrumentaliza as políticas públicas para seja definido o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. A concretização dos direitos fundamentais depende de orçamento, mas mais ainda de planejamento.

Portanto, a não concretização do direito à saúde nas grandes áreas, gera crise entre a maior parte da população, que se vê desprovida de condições mínimas de existência digna. É, infelizmente, um retrato do abismo que existe entre a previsão constitucional e a realidade.

Existe, porém, no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da reserva do possível, que se baseia na limitação de atuação do Estado no que diz respeito ao cumprimento de alguns direitos, como os direitos sociais, subordinando a existência de recursos públicos disponíveis à atuação do Estado.

O princípio da reserva do possível deve sim ser aplicado, mas não quando se trata da vida humana, sendo a saúde a base para que se garanta a vida. Outrossim, é oportuno ressaltar o princípio do mínimo existencial, que refere-se ao básico da

vida humana, o qual garante bens e utilidades imprescindíveis para a vida humana, ou seja, é um meio de garantia da dignidade da pessoa humana, independente de custo. Sendo assim, sua obtenção independe da existência de lei, visto que é considerado inerente aos seres humanos. Sem o mínimo existencial, não é possível que um indivíduo possa ter uma vida digna, pois o princípio tem o objetivo de garantir condições mínimas para isso.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior menciona que:

Os obstáculos que usualmente se erguem contra essa imediata aplicabilidade é que, segundo pensamos, não podem prevalecer ante a inquestionável vontade do constituinte de ver os direitos fundamentais que consagra diretamente usufruídos por seus titulares, independente da vontade do legislador ordinário. Esclarecemos, porém, que o “mínimo existencial” ou “padrão mínimo social”, como objeto de imediata e irrecusável garantia dos direitos sociais, compreende um completo, eficiente e qualificado atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo, como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência, variando seu conteúdo, evidentemente, de país para país.

Assim, o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como forma de relativizar a execução de políticas públicas de saúde, até mesmo porque a vida humana não pode ser colocada em segundo plano por motivos financeiros, tendo em vista que, há meios para a concretização desses direitos.

Nesse mesmo diapasão, faz-se necessário que os Poderes Executivos e Legislativos sejam forçados a se precaverem e se adaptarem a esta nova realidade, contribuindo, principalmente, para o combate à corrupção e para que haja maior moralidade e responsabilidade na atuação administrativa em programas de saúde.

Além do agravante que é a corrupção em nosso país, sabe-se que o Estado aplica grandes quantidades de dinheiro em turismo, campanhas políticas dentre outras finalidades supérfluas. Logo, há sim a possibilidade garantir em primeiro lugar investimento em políticas públicas de saúde ao invés de fazerem uso do princípio da reserva do possível, até mesmo porque sem saúde, os cidadãos não

teriam como pleitear os demais direitos que lhes são garantidos, ela é a garantia do bem maior que é a vida.

Destarte, a materialização dos direitos fundamentais não deve ficar na dependência a reserva do possível. É imprescindível ressaltar que existe um direito fundamental que deve ser resguardado e/ou protegido, posto que a partir do momento que um princípio se sobressai a um direito fundamental como, por exemplo, a vida humana, estaria contrariando totalmente as normas constitucionais, o que em nosso país é proibido, estando os direitos fundamentais garantidos por meio de cláusulas pétreas.

Pontua-se assim que não é lícito o poder público alegar a falta de verba orçamentária para prover a eficácia dos direitos sociais. Em verdade, o que não se pode é negar estes direitos, já que isso leva a transgressão de normas e princípios constitucionais de aplicação imediata e formadoras de todo o arcabouço jurídico.

Partindo deste pressuposto, o que vem acontecendo no Brasil é o crescente fenômeno da judicialização da saúde para que o direito seja cumprido.

Por ser reconhecido como um direito humano fundamental à preservação da vida e dignidade humana, o direito à saúde deveria ser aliado à práticas morais e legais simples de serem cumpridas. Ora, há absoluta concordância entre o direito vigente, nas leis internacionais e nacionais, e a moralidade comum. Todavia, o que se vê é uma dificuldade imensa no cumprimento de tal norma constitucional, pois o consenso geral quanto aos direitos humanos induz a crer que tenham um valor absoluto, o que, de fato, não tem.

A expressão tão genérica, abrangente e heterogênea do direito à saúde permite uma relativização que traz dificuldades teóricas e práticas, no momento de sua realização, de diversas ordens: filosóficas, políticas, jurídicas, sociais, econômicas, culturais e técnico-científicas. As dificuldades de se articular essas questões e estabelecer os acordos necessários sobre como garanti-las da melhor forma para os cidadãos têm representado o distanciamento entre o direito vigente na lei e o direito vivido na prática por milhões de pessoas, em todo o mundo. O Estado é o principal responsável por esse distanciamento entre direito e dever, no caso do nosso país, acumulando deveres legais de proteção da saúde e de provimento dos meios para o cuidado de todos os cidadãos. A alta intensidade da

demanda judicial no âmbito da saúde reflete a busca da efetividade de um aspecto desse direito, que é o acesso aos meios materiais para seu alcance.

Os pedidos judiciais se baseiam numa prescrição médica relatando urgência na obtenção daquele insumo, ou na realização de um exame diagnóstico ou procedimento, considerados capazes de solucionar determinada “necessidade” ou “problema de saúde”.

A escolha da via judicial para o pedido pode ser dar pela pressão para a incorporação do medicamento/procedimento no SUS ou pela ausência ou deficiência da prestação estatal na rede de serviços públicos. Nesta última situação, pode-se dizer que a judicialização da saúde expressa problemas de acesso à saúde em seu sentido mais genérico, isto é, como uma dimensão do desempenho dos sistemas de saúde associada à oferta, e que o fenômeno pode ser considerado como um recurso legítimo para a redução do distanciamento entre direito vigente e o direito vivido. A resposta judicial, em geral, tem-se limitado a determinar o cumprimento pelos gestores de saúde da prestação requerida pelos reivindicantes e é o que tem funcionado, mesmo que ainda não satisfatoriamente, no Brasil.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se pela pesquisa realizada que os direitos fundamentais sociais, com enfoque ao direito à saúde, são direitos subjetivos assegurados pela Carta Magna de 1988, a qual determina que o administrador público é responsável pelas políticas públicas necessárias para a concretização de tais direitos.

De fato, todo cidadão brasileiro deve ser contemplado com o mínimo existencial, cabendo então ao Poder Executivo a adoção de políticas públicas definidas e condizentes com a noção de Estado Democrático de Direito. Do contrário é evidente que há uma ineficácia absoluta dos direitos fundamentais. O mínimo existencial **abarca os direitos sociais, necessários a consecução de uma vida digna**, ou seja, uma vida permeada pelos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, logo, se sobrepõe ao obstáculo da reserva do possível.

Observou-se, no entanto, que, quando essas políticas públicas não são implementadas, o cidadão pode se valer da via judiciária para solicitar que a norma constitucional seja aplicada, ou seja, para que a eficácia do direito à saúde seja

reconhecida judicialmente, pois representa prerrogativa jurídica indisponível aos administrados.

O argumento de que a implementação de políticas públicas é matéria afeta a discricionariedade do poder executivo, não pode ser acolhido, uma vez que pode prejudicar o direito subjetivo do cidadão, pois é dever do Estado garantir a todos a assistência à saúde e conseqüentemente a proteção à vida.

Diante de inegáveis provas de corrupção de diversos políticos, presume-se que, se não houvesse tanto desvio de verbas, nosso país conseguiria cuidar melhor da saúde de seus descendentes. Dessa forma, lutar pelo combate à corrupção e pela maior moralidade e responsabilidade na atuação administrativa se faz necessário para a melhoria dos programas de saúde.

Uma vez que o Estado não cumpre o seu dever constitucional, é necessária a atuação do Poder Judiciário na implementação desses direitos a fim de manter o equilíbrio do sistema democrático brasileiro diante de omissões estatais abusivas, tendo em vista que o mesmo está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional. Dessa forma, o que se vê é uma crescente da chamada "judicialização da saúde" em nosso país.

Conseqüentemente, o direito a saúde é um mecanismo para a manutenção da vida humana, derivando uma prestação e/ou obrigação do Estado, determinada na repartição de competência dos entes federados, consubstanciado na ordem constitucional vigente.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei Federal nº 8.080. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, set 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Daniel Rosa. *A concretização judicial de direitos fundamentais sociais e a proteção do mínimo existencial*. 2009. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1267643746.PDF>>. Acesso em: 06 out. 2018.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA Thiago. *Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html>. Acesso em: 06 out. 2018.

SANTOS, Jair Lima dos. *Direitos fundamentais prestacionais*. Nota sobre o controle judicial de políticas públicas em saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2449, 16 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14488>>. Acesso em: 12 set. 2018.

SCHWARTS, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Livraria do Advogado Ed.: Porto Alegre, 2001.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

STF. AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 20-8-2010. Acesso em: 06 out. 2018.

APOSENTADORIA ESPECIAL NOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RPPS

ALAN KHRYSYTIAN DE OLIVEIRA CÂMARA:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7.

Resumo: Este trabalho tem como finalidade de estudo uma análise sobre a aposentadoria especial no âmbito dos regimes próprios de previdência social, uma vez que a concessão das aposentadorias especiais encontra-se prejudicada por ausência de regulamentação para os segurados portadores de deficiência física, para os que exerçam atividade de risco, bem como para os servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Pretende-se verificar qual a melhor a melhor solução jurídica para a concessão das aposentadorias especiais, dada a judicialização da matéria nos tribunais em razão da ausência de regulamentação por lei complementar específica. Dessa forma, este trabalho tem como finalidade de estudo uma análise sobre a constitucionalidade das leis que se omitem acerca das aposentadorias especiais no âmbito dos regimes próprios de previdência social. A partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, no desenvolvimento do texto a pesquisa se estruturou fazendo primeiramente uma análise sobre as formas de aposentadorias especiais prevista na constituição. Posteriormente, foi analisada a competência concorrente dos estados, municípios e DF para legislar sobre a matéria, sua conceituação e disposição dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Após, foi feita uma análise sobre o posicionamento dos tribunais superiores acerca da matéria, bem como uma apreciação doutrinária, constitucional e jurisprudencial. Busca-se concluir que os entes devem exercer a competência concorrente prevista no art. 24 da CF/88.

Palavras-chave: Aposentadoria Especial; Regimes Próprios de Previdência Social; RPPS; Súmula Vinculante nº 33; Servidor Público.

Sumário: Introdução. 1. Noções gerais sobre RPPS. 1.1 Princípios Constitucionais. 1.2. Aproximação entre os regimes previdenciários. 2. Das aposentadorias especiais previstas na constituição. 2.1 Competência legislativa concorrente sobre aposentadoria especial 3. Análise jurisprudencial sobre aposentadoria especial no STF e STJ. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

As aposentadorias especiais para os segurados dos RPPS portadores de deficiência física, para os que exerçam atividade de risco, bem como para os servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física encontram-se na Constituição Federal em seu art. 40 § 4º no Regime Geral de Previdência Social - RGPS o direito se encontra regulamentado pela lei 8.213/91 em seus artigos 57 e 58 que versam sobre aposentadoria especial dos trabalhadores em geral e na Lei Complementar 142/2013 para os deficientes físicos.

Ocorre que, nos RPPS que se destinam a servidores públicos titulares de cargos efetivos, vinculados a ente federativo onde exista RPPS, passadas mais de três décadas desde a promulgação da constituição o referido dispositivo ainda não apresenta nenhuma regulamentação, exceto no caso dos professores e policiais civis. Assim, a supramencionada lacuna legislativa vem desencadeando uma judicialização enorme da matéria, uma vez que os segurados dos RPPS que perfazem direito a aposentadoria especial por se enquadrarem dentro das hipóteses do art. 40 § 4º da Constituição Federal procuram o judiciário com objetivo de terem suas aposentadorias concedidas judicialmente, visto que na esfera administrativa não é possível a concessão por ausência de lei específica que trate da matéria, pois o artigo 40 § 4º da CF é norma de eficácia limitada, segundo entendimento do STF.

O Supremo Tribunal Federal, ante a mora do legislativo em tratar da matéria e a judicialização, bem como diante dos diversos Mandados de Injunções, editou em 2014 a Súmula Vinculante nº 33 dispondo da aplicação das regras do RGPS aos segurados dos RPPS na hipótese do inciso III, § 4 do artigo 40 da Constituição que trata da aposentadoria especial aos que exerçam suas atividades exposto a agentes nocivos ou sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, até edição de lei complementar específica.

Entretanto, a edição da referida súmula vinculante encontra-se bem distante de solucionar a questão, visto só tratar da hipótese dos servidores que trabalham expostos a agentes nocivos, não amparando as aposentadorias especiais dos servidores que exercem atividade de risco e deficientes. Não obstante, há diversas

controvérsias envolvendo a aplicação da Súmula Vinculante nº 33 no tocante a conversão do tempo exercido em condições que prejudiquem a saúde ou integridade física em tempo comum para averbação de tempo de contribuição para fins de aposentadoria, visto que o STF ao apreciar o Mandado de Injunção 2140 decidiu que não é possível haver contagem diferenciada de tempo especial para averbação de tempo de contribuição de servidores públicos que trabalham em contato com agentes nocivos, apesar de tal hipótese ser possível no RGPS.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE RPPS

Os Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS são destinados aos servidores públicos titulares de cargo efetivo na União, Estados, Municípios e Distrito Federal, possuindo previsão na Constituição de 1988 em seu art. 40. Destinam-se também aos servidores que entraram no serviço público antes da constituição e encontram-se exercendo cargo público. Dias e Macêdo ensinam que a constituição proíbe a extensão de regime próprio apenas aos que ocuparem exclusivamente cargo em comissão sem vínculo efetivo com o ente público, e aos titulares de cargos temporários e empregados públicos (2012, p. 20).

Neste sentido, os servidores que foram estabilizados pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, mas não efetivados por meio de concurso público, bem como os que ingressaram no serviço público sem concurso após 05.10.1983 e antes do advento da Emenda Constitucional 20/1998 denominados pela doutrina “não estabilizados” também pertencem aos regimes próprios de seus respectivos entes, desde que estes tenham optado por instituir um regime próprio, visto não haver obrigatoriedade aos entes instituir RPPS, hipótese em que se aplica o RGPS a todos os servidores, consoante determinação do artigo 13 da lei 8212/91. Segundo Goes preleciona (2018, p. 19):

A União, o Distrito Federal e todos os estados da Federação já possuem Regime Próprio de Previdência Social. Assim, os ocupantes de cargo efetivo da União, do Distrito Federal e dos estados são amparados por regime próprio, por tanto não são segurados do RGPS. Mas há vários municípios que não possuem regime próprio de previdência. Assim, os ocupantes de cargo efetivo dos municípios podem ou não ser amparados por Regime Próprio de Previdência Social. Se o

município possuir regime próprio, os seus servidores ocupantes de cargo efetivo serão amparados por este regime e, por seguinte ficam excluídos do RGPS. Mas se o município não possuir regime próprio, os seus servidores ocupantes de cargo efetivo serão segurados obrigatório do RGPS.

Cumprido destacar que os RPPS também se destinam detentores de cargos vitalícios como juízes e membros do Ministério Público, por expressa previsão constitucional contida nos artigos 93, VI e 129 § 4º CF de 1988.

Neste contexto, não existem leis que obriguem os entes a instituírem RPPS para seus servidores. Há um entendimento doutrinário de que é uma facultatividade dos entes instituírem RPPS e não uma obrigatoriedade. Assim também entende a Secretaria da Previdência do Ministério da Fazenda (2016, Brasil):

Pela resposta da pergunta anterior, podemos entender que os entes federativos não são obrigados a instituírem seus regimes próprios, sendo facultativa tal opção? R - Exatamente.No Brasil, a união tem o regime próprio para os seus servidores e Estados também. Já em relação aos municípios, existem muitos que não instituíram regimes próprios. Desta forma, os servidores titulares de cargos efetivos dos municípios que não optaram por um regime próprio, são vinculados obrigatórios do regime geral de previdência social (INSS).

Por outro lado, convém destacar o entendimento de Rosana Cólén (2016, p. 61):

O caput do artigo 40 da CF/88 garante este direito, não fazendo nenhuma ressalva, nem deixando margens para interpretações diversas. **A Constituição diz que é assegurado, não que é facultado ao servidor, regime de previdência de caráter contributivo e solidário, com a observância das normas estatuídas pelo citado artigo 40. Em tomo próprio defendemos essa tese, ressaltando que o direito a um regime próprio de previdência é um verdadeiro princípio da previdência pública** [destacou-se]. E quando se fala em regime próprio, deve ser entendido como o regime autossustentável, que se mantém equilibrado

financeiramente e atuarialmente. O servidor público tem o direito incontestado de ter seus benefícios previdenciários garantidos pelo Poder Público, com total respeitabilidade pelo tempo em que se manteve ativo na Administração Pública. É o servidor público os músculos e os ossos da máquina administrativa. É ele quem impulsiona essa máquina, é a mola propulsora. A garantia de um regime próprio de previdência de forma com solvabilidade, liquidez e higidez dos fundos é um direito irrefreável.

O artigo 12 da lei 8.213/91 dispõe que aos servidores titulares de cargo efetivo é assegurado o direito a pertencer ao Regime Geral caso o ente ao qual é vinculado não tenha instituído regime próprio. É importante frisar que o legislador não deve impor aos entes a obrigatoriedade de instituir Regimes Próprios, pois a instituição do mesmo se submete aos dispositivos da lei 9.717/98 que regulamenta a Previdência Pública. Dias e Macêdo sustentam que não seriam todos os entes federativos que conseguiriam instituir Regimes Próprios, principalmente os municípios, uma vez que teria que ser garantido o equilíbrio financeiro e atuarial nos moldes da lei 9.717/98 (2012, p. 11).

Neste contexto, conclui-se que caso existisse uma norma obrigando a instituição de Regime Próprio visando garantir uma maior proteção aos servidores, poderia em verdade prejudicar, tendo em vista que alguns municípios não possuem receitas suficientes para instituição de um Regime Próprio.

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios Específicos da Seguridade Social estão elencados no artigo 194, § único da CF. Sendo estes: Universalidade da Cobertura e do Atendimento, Uniformidade e Equivalência dos Benefícios, Seletividade e Distributividade, Irredutibilidade do Valor do Benefícios, Equidade na Forma de Participação no Custeio, Diversidade da Base de Financiamento e Caráter Democrático e Descentralizado da Administração, estando os regimes próprios submetidos a todos os princípios que regem a seguridade social por ser parte desta.

Entretanto, o princípio mais importante da seguridade social é o princípio da solidariedade artigo 3, inciso I, da CF, apesar de não ser específico da seguridade social, merece mais atenção, pois através dele que se permite a proteção coletiva e não isolada dos segurados. Dias e Macêdo mencionam que o princípio da

solidariedade é o vetor de todo o sistema da seguridade social, funcionando como uma bússola, aplicável na interpretação das suas normas. (2012, p. 99).

A solidariedade nos regimes próprios após a Emenda Constitucional nº 41/2003 ficou ainda mais presente ao prever a contribuição dos servidores inativos e pensionistas, sendo aplicado sobre os proventos de aposentadorias e pensões que superem o teto dos beneficiários do RGPS. Deste modo, todos os sujeitos vinculados aos regimes próprios contribuem para sua manutenção. Segundo Kertzman (2015, p. 53):

Pode-se defini-lo como o espírito que deve orientar a seguridade social de forma que não haja, necessariamente, paridade entre contribuições e contraprestações securitárias. Através dele, tem-se em vista, não a proteção de indivíduos isolados, mas de toda a coletividade. Este princípio pode ser analisado sob a ótica horizontal ou vertical. Horizontalmente significa, representa redistribuição de renda entre as populações (pacto intra-geracional) e verticalmente significa que uma geração deve trabalhar para pagar os benefícios das gerações passadas (pacto inter-geracional). [...] A solidariedade do sistema previdenciário obriga contribuintes a verterem parte de seu patrimônio para o sustento do regime protetivo, mesmo que nunca tenham a oportunidade de usufruir dos benefícios e serviços oferecidos. Este princípio permite que os segurados, bem como seus dependentes nos RPPS possam adquirir um benefício de caráter vitalício, ainda que as contribuições realizadas se somadas não perfaçam o valor do benefício a ser adquirido pelo próprio segurado em se tratando de uma aposentadoria por invalidez, ou pelos seus dependentes como é caso das pensões por morte aos cônjuges e descendentes.

Este princípio permite que os segurados, bem como seus dependentes nos RPPS possam adquirir um benefício de caráter vitalício, ainda que as contribuições realizadas se somadas não perfaçam o valor do benefício a ser adquirido pelo próprio segurado em se tratando de uma aposentadoria por invalidez, ou pelos seus dependentes como é caso das pensões por morte aos cônjuges e descendentes.

1.2 APROXIMAÇÃO ENTRE OS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

Como já discorrido anteriormente, a aposentadoria especial nos RPPS encontra previsão na constituição trazida pela Emenda Constitucional nº 47 que modificou o artigo 40, paragrafo IV da carta magna, onde estabelece que fica vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias com critérios diferenciados aos servidores públicos, exceto para os casos dos servidores portadores de deficiência, servidores que exerçam atividade de de risco e que exerçam atividade sob condições insalubres que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

No RGPS a previsão constitucional para as aposentadorias especiais aos seus segurados estão elencadas no artigo 201 da CF que dispõe:

Art. 201 – [...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Neste sentido, vislumbra-se a tendência do legislador de unificar os regimes previdenciários para visando estabelecer o equilíbrio financeiro e atuarial, o STF na apreciação dos diversos mandados de injunções tem assim se posicionado sobre as controvérsias, uma vez que não raras vezes decide sempre pela aplicação das regras do RGPS aos segurados do RPPS acerca das controvérsias, exemplo de tal posicionamento tem-se a súmula vinculante nº 33 onde o STF decidiu que aplica-se no que couber, as regras do RGPS sobre aposentadoria especial prevista no inciso III do paragrafo 4º do artigo 40 da CF, o qual trata da aposentadoria especial dos servidores que exercem atividade sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

É importante, então, que haja harmonização entre as regras estabelecidas no RGPS e RPPS, para que seja possível a devida aproximação entre os regimes previdenciários, de forma a garantir a ambos os segurados um tratamento justo e igualitário, considerando as diferenças existentes em cada espécie de segurado, pois a aproximação deve ser equitativa para então torna-se justa.

2. DAS APOSENTADORIAS ESPECIAIS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO

As aposentadorias especiais são direitos dos trabalhadores que trabalhem em condições inadequadas, ou que possuam alguma necessidade especial em razão de alguma deficiência, concedendo aos trabalhadores redução no tempo de contribuição para que entre em inatividade mais cedo que os trabalhadores que não possuem tais necessidades, estão previstas na constituição elencadas no artigo 40 § 4º sendo estas: dos trabalhadores que sejam portadores de deficiência, que exercem atividades de risco, que trabalhem expostos a agentes nocivos que prejudiquem a saúde ou integridade física. Conforme Martinez (2016, p. 22) assevera:

A reforma previdenciária iniciada em 1995 trouxe à luz a necessidade de reexaminar-se o significado protetivo, a contingência coberta e o sentido da aposentadoria especial. De certo modo, tem-se como assente tratar-se de uma reparação social pela exposição aos agentes nocivos ou possibilidade de risco de prejuízos à saúde ou integridade física do servidor, distinguindo-a da aposentadoria por tempo de contribuição e da aposentadoria por invalidez em razão do sinistro (que é o risco). Sua semelhança com aquela última prestação por incapacidade indica que também deva obstar a volta do trabalho, principalmente quando na mesma área de risco.

Nota-se que o autor ao definir o conceito de aposentadoria especial, deixou de fora os portadores de deficiência, pois para o autor esta seria independente por ser ter sido inserida na constituição antes das aposentadorias especiais propriamente ditas. Porém, Kertzman (2015, p. 564) preleciona:

De acordo com o § 4º, do art. 40, da constituição federal de 1988, é vedada a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria nos Regimes Próprios de Previdência Social, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos dos servidores: I – portadores de deficiência; II – que exerçam atividade de risco; III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. **O texto**

constitucional prevê, então, três, hipóteses para a concessão de aposentadoria especial, dependendo, no entanto, de regulamentação por lei complementar [destacou-se].

Aposentadoria especial é aquela que adota requisitos e critérios diferenciados para sua concessão. Neste diapasão, a aposentadoria do deficiente físico deve ser tratada como uma das formas de aposentadoria especial, pois a constituição no artigo 40, § 4º, inciso III, desta forma a conceitua ao dar aos segurados portadores de deficiência o direito de se aposentarem mais cedo em face das condições em que se encontram no ambiente de trabalho, visando conferir aos portadores de deficiência condições justas de aposentadoria com tempo reduzido em diante dos demais servidores que possuem plena capacidade de trabalho.

Atualmente para a concessão das aposentadorias aos servidores públicos deficientes o STF vem decidindo nos mandados de injunções que aplica-se as regras contidas na lei complementar 142/2013 que regulamenta a aposentadoria do deficiente no Regime Geral de Previdência Social até edição de lei regulamentadora específica.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, tais conceitos foram trazidos pela Convenção de Nova York que encontra-se incorporada no nosso ordenamento jurídico com força de Emenda Constitucional, considerando que trata-se de convenção sobre direitos humanos, sendo este conceito utilizado pela lei 142/2013 para definir quem são os deficientes físicos que possuem direito a aposentadoria especial.

No tocante ao direito de aposentadoria especial aos trabalhadores que exercem atividade de risco com previsão no artigo 40, § 4, inciso III, sendo consideradas atividades de risco aquelas cujo exercício representarem perigo para a vida do agente público, como é caso da atividade policial. Recentemente no julgamento dos mandados de injunções 6770, 6773, 6780 e 6874, o STF vem permitindo a aplicação da Lei Complementar 51/1985 que regulamenta a aposentadoria especial dos policiais civis, aos guardas municipais por considerar tal atividade como atividade de risco. Kertzman (2015, p. 565) concorda com o posicionamento:

Já para o caso de exercício de atividade de risco, entendemos que a melhor solução seria a aplicação da norma relativa à aposentadoria voluntária do policial, prevista na Lei Complementar 51/85, quando os riscos forem semelhantes. De acordo com esta norma, o policial pode aposentar-se voluntariamente, com proveitos integrais, após 30 anos de serviço, desde que conte com pelo menos 20 anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial. Com isso, as idades de 60 anos, homens e de 55 anos, mulheres não seriam aplicáveis no caso de atividade de risco, bastando possuir o tempo exigido.

Mostra-se, assim, que as lacunas legislativas estão sendo supridas pelo judiciário ante a mora do legislativo, tendo como consequência uma enorme judicialização da matéria. Diante da falta de regulamentação não se tem um conceito específico do que seriam as atividades de risco, ficando a critério do julgador analisar cada caso em separado para a concessão ou não dos critérios diferenciados nas aposentadorias dos servidores que exercem atividade de risco. Foi assim que o STF ao julgar os mandados de injunções 833 e 844 ajuizados por servidores federais e membros do ministério público, indeferiu entendendo que tais atividades não são de risco.

A aposentadoria especial dos servidores que são exposto a agentes nocivos que prejudiquem a saúde ou integridade física é concedida aos servidores que laboraram durante 25 anos de trabalho permanente, profissionais como médicos, dentistas, enfermeiros e outros servidores que venham a exercer suas atividades nas condições supracitadas pelo inciso III do parágrafo 4 do artigo 40 da CF.

Nesta modalidade o entendimento já encontra-se consolidado, uma vez que a edição da Súmula Vinculante nº 33 pacificou o direito a concessão desta modalidade, exceto, no que diz respeito a contagem do tempo e conversão do tempo especial em comum, direitos esses existentes no Regime Geral, onde o funcionário que exerce atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, que trabalhe durante 20 anos nas referidas condições e trabalhe mais 8 anos sob condições comuns, não possui direito no sentido de seu tempo de trabalho em caráter especial seja contado de forma diferenciada, tendo em vista que o STF entende que é indevida a contagem de tempo fictícia para concessão de aposentadoria especial de servidores expostos a gentes nocivos. É importante frisar que a comprovação do exercício de trabalho em condições

especiais para que sejam levadas em consideração na concessão da aposentadoria especial deve ser dar de forma específica com apresentações de uma série de documentos. Como Leitão (2015, p. 833) bem pontua:

Ora, se, para suprir a inércia legislativa a respeito da aposentadoria especial do servidor público, o STF determinou a incidência da lei nº 8213/91 no regime próprio (MI 721-7 e 758-6), impõe-se a aplicação integral dessa disciplina normativa arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/91). Caso contrário, está-se a criar um subsistema híbrido de aposentadoria especial. Também não merece prosperar o argumento de que o art. 40, § 4º, III, da CF/88 limita-se a consagrar o direito subjetivo à aposentadoria especial (e não o direito à conversão de tempo especial). Primeiro porque a CF/88 não dispõe expressamente sobre a “aposentadoria especial” e, sim sobre a possibilidade excepcional de “adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria”, o que é plenamente compatível com o direito a contagem diferenciada. Ademais, a redação do art. 201, § 1º da CF/88, fundamento constitucional da aposentadoria especial do RGPS, também não prevê expressamente a conversão de tempo especial em comum. [...] Não há razoabilidade na tese que garante um tratamento jurídico díspar a situações fáticas idênticas.

Com a edição da Súmula Vinculante nº 33 o STF reconheceu a judicialização da matéria, porém, como já foi mencionado a questão das aposentadorias especiais dos servidores amparados ainda não foi pacificada, pois carece de lei regulamentadora, lei esta que nunca foi sancionada.

2.1 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE SOBRE APOSENTADORIA ESPECIAL

Apesar de conter expressamente no artigo 24, inciso XII a possibilidade dos entes legislarem sobre aposentadoria especial, tendo em vista a sua competência concorrente, a lei 9717/1998 em seu artigo 5º § único dispõe que fica vedada a concessão de aposentadoria especial, até que lei federal regulamente a matéria. Dias e Macêdo (2012, p.17) apud Cavalcanti (1999, p.54) mencionam:

A constituição Federal não atribui competência legislativa à União Federal para estabelecer normas gerais acerca dos Regimes Próprios de Previdência Social dos outros entes políticos da Federação: “não pode a união federal estabelecer regras gerais do sistema de seguridade social dos servidores de outros entes Políticos da Federação pois a Constituição não lhe atribui essa competência. Os limites para gastos com pessoal inativo dos outros entes da federação é que dependem de Lei Complementar [...] A única subordinação dos outros entes políticos, no caso, é do regramento constitucional” **Cumpre observar que tal entendimento não parece correto, se a competência para legislar sobre Regime Geral de Previdência Social é exclusiva da União (é matéria de lei nacional), a previdência social a que se refere o art. 24, XII, da Constituição Federal só pode ser, por exclusão, a concernente aos Regimes Próprios de Previdência Social**[destacou-se].

Portanto, pode-se afirmar que não faz sentido a proibição trazida pela lei 9.717/1998 que em seu artigo 5, § único proíbe que os estados, municípios e DF exerçam a competência concorrente para legislar sobre aposentadoria especial de seus servidores, uma vez que a união apenas editou normas gerais, cabendo aos entes regulamentarem por meio de lei própria, podendo ainda ser possível afirmar que o artigo 5, § único da Lei Complementar 9.117/98 é inconstitucional por violar autonomia dos entes, autonomia esta considerada como cláusula pétrea na Constituição Federal.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE APOSENTADORIA ESPECIAL NO STJ E STF

Como já visto anteriormente, os tribunais superiores STF e STJ tem se posicionado adotando as regras do RGPS aos segurados do RPPS antes mesmo da edição da súmula vinculante nº 33 nos diversos mandados de injunções impetrados.

Porém, a matéria ainda carece de controvérsias, que continuam gerando a judicialização, uma vez que a edição da súmula vinculante nº 33 não se aplica a todos os casos de aposentadorias especiais. O STJ vem mantendo o entendimento firmado pelo STJ de que na ausência de lei que trate sobre aposentadoria especial, aplica-se as regras do RGPS. Se não, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 472 E 485, II E V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.717. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 STJ. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE INJUNÇÃO. ACÓRDÃO A QUO COM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. APOSENTADORIA ESPECIAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 8.213/1991. 1. A alegação de afronta aos arts. 472 e 485, II e V, do CPC, e 5º, parágrafo único, da Lei 9.717/1998, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Incide a Súmula 211/STJ porque é indispensável também a emissão de juízo de valor sobre a matéria. 2. A controvérsia acerca da eficácia e aplicabilidade do art. 57 da Lei 8.213/91, antes do advento da Lei Complementar prevista no art. 40, inciso III, § 4º, da Constituição Federal, bem como o suprimento da omissão legislativa por meio de Mandado de Injunção, possui status constitucional, cuja apreciação compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, do permissivo constitucional. 3. O STJ já se pronunciou acerca da controvérsia e, com entendimento alinhado com a Suprema Corte, entende que, enquanto não editada a Lei Complementar a que se refere o art. 40, § 4º, da Constituição, a concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos é regulada pela Lei 8.213/1991. 4. Recurso Especial não conhecido. (RESP1667767 SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 29/06/2017)

Ademais, o STF ao julgar diversos mandados de injunções, vem entendendo que a aplicação da súmula vinculante não se limita as hipóteses do § 4 do artigo 40 da CF/88, sendo possível sua aplicação por analogia as demais hipóteses de aposentadorias especiais previstas no artigo 40 da CF/88, assim decidiu no julgamento do MI 3.332:

Ainda que se possa afastar o reconhecimento da prejudicialidade, em razão da falta de pertinência do que se contém na [Súmula Vinculante 33/STF](#), considerado o contexto ora em exame (pessoa portadora de deficiência), o fato irrecusável é que, com a superveniência da [LC 142/2013](#), esta Corte — ao estender à situação de servidores portadores de deficiência (ou de necessidades especiais), por analogia legis, referido diploma legislativo— tem rejeitado pretensões recursais que buscam reformar decisões, como a proferida nesta causa, que reconheceu, em favor de agentes públicos nas condições do art. 40, § 4º, I, da [CF/1988](#), o direito à aposentadoria especial. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser aplicável, por analogia, à aposentadoria especial do servidor público portador de deficiência, a da [LC 142/2013](#), editada para disciplinar a aposentação de pessoa com deficiência (ou com necessidades especiais) segurada do Regime Geral de Previdência Social.”[[MI3.322AgR-segundo-ED-EDAgR](#), voto do rel. min. Celso de Mello, P, j. 1º-8-2014, *DJE* 213 de 30-10-2014.]

Diante da análise desse julgado, é possível concluir que o STF vem tentando preencher as lacunas deixadas pelo legislador aplicando por analogia a súmula vinculante nº 33 as demais hipóteses de aposentadorias especiais, buscando suprimir a enorme judicialização da matéria que ocorre não somente nos tribunais regionais, mas também no STF por meio dos mandados de injunções.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, conclui-se que deve ser reconhecida a concorrência legislativa concorrente para legislar sobre a matéria, tendo em vista que a omissão legislativa gera sérios danos aos servidores que exercem atividade em condições de risco, aos que são expostos a agentes nocivos e deficientes físicos, sendo tal tratamento desigual, pois para os segurados do Regime Geral a matéria encontra-se regulamentada.

A aposentadoria é um direito fundamental dos segurados e deve ser tratado como tal, o STF recebeu e continua recebendo vários mandados de injunções acerca da matéria, isso gera um enorme desgasto aos trabalhadores sujeitos aos regimes próprios de previdência e ao erário que movimenta os processos e gasta cada vez

mais com seus servidores para tentar conceder um direito que o próprio legislador dificultou com a edição do artigo 5, § único da lei 9.717/98.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Previdência. Regime próprio de previdência: perguntas e respostas. **Portal da previdência**, Brasília, Perguntas Frequentes, 1 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/perguntas-frequentes/regime-proprio-de-previdencia-perguntas-e-respostas/>>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Brasilia: DF, Senado, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 15 out. 2018.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de Macêdo. **Curso de Direito Previdenciário**. 3 ed. São Paulo: Método, 2012.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de Macêdo. **Nova Previdência Complementar do Servidor Público**. São Paulo: Método, 2012.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 14 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2018.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto. **Manual de Direito Previdenciário**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial do Servidor**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. Malheiros, 2001.

MORENO, Rosana Colén. **Manual de Gestão dos Regimes Próprios de Previdência Social: foco na prevenção e combate à corrupção**. São Paulo: LTr, 2016.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA:

Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre as principais características da Comissão Americana de Direitos Humanos, que nasceu com em virtude da aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, bem como, de como se ocorre o processamento de denúncias de violação aos Direitos Humanos, seus objetivos e, finalidade e acerca dos principais casos submetidos à CIDH, por fim, será mencionado o papel importante dessa instituição na garantia e efetividade dos direitos humanos.

Palavras-chave: Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Direitos Humanos; Direito Internacional; Direitos e Deveres do Homem.

ABSTRACT: This article aims to discuss the main characteristics of the American Commission on Human Rights, which was born with the approval of the American Declaration of Rights and Duties of Man, as well as how to process complaints of violation of Rights Human rights, its objectives, and purpose and on the main cases submitted to the IACHR, finally, will mention the important role of this institution in the guarantee and effectiveness of human rights.

Keywords: Inter-American Commission on Human Rights; Human rights; International right; Rights and Duties of Man.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contexto Histórico e Criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3. Objeto e finalidade da CIDH; 4. Procedimentos das demandas junto à comissão; 4.1 Exame de admissibilidade da denúncia; 4.2 Juízo de mérito; 4.3 Submissão do caso à corte; 5. Análise de casos importantes; 6. Considerações Finais; Referencias.

1 INTRODUÇÃO

Em abril de 1948, a OEA aprovou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, Colômbia, o primeiro documento internacional de direitos humanos de caráter geral. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959, reunindo-se a primeira vez em 1960.

Em 1961, a CIDH passou a fazer visitas *in loco* para observar a situação dos direitos humanos em determinados países, ou para observar uma situação específica. Até então, foram realizadas 92 visitas a países membros. Sobre as visitas, foram feitas observações gerais sobre as situações dos países, a Comissão Interamericana publica informes especiais sobre eles, até os dias de hoje foram publicados 60.

Destarte, no ano de 1965 a CIDH foi permitida expressamente para receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais, que alegavam violações dos direitos humanos. Até dezembro de 2011, estima-se que houve 19.423 casos processados ou em processamento.

Em 1969, foi aprovada a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que passou a vigorar em 1978 e que foi ratificada, segundo dados coletados em 212, por 24 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

A convenção, conceitua os direitos humanos que os Estados membros devam proteger e respeitar ou fazer com que os mesmos tenham garantias de que serão cumpridos. Regula também, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e organiza atribuições e procedimentos da Corte e da Comissão. A CIDH guarda, além disso, obrigações adicionais e antecedentes à Convenção e que não originam diretamente dela, sendo estas, dentre outras, de processar petições individuais de Estados que ainda não são parte da Convenção.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E CRIAÇÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Intramericana de Direitos Humanos foi criada pela OEA (Organização dos Estados Americanos) no ano de 1959. Forma, junto com a Corte

Intramericana de Direitos Humanos (esta, instalada em 1979, 20 anos depois) o Sistema Intramericano de proteção aos direitos humanos – SIDH.

O nascimento formal do SIDH deu-se em 1948, com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, adotada na Nona Conferência Internacional Americana – realizada em Bogotá, Colômbia. Na mesma reunião, também foi aprovada a Carta da OEA, que trata os direitos fundamentais da pessoa humana como pilar fundamental da Organização.

A instalação forma ocorreu no ano de 1960, ou seja, um ano após a sua criação. A primeira visita *in loco* da CIDH (uma de suas atribuições, como será visto adiante) deu-se no ano de 1961. Desde então, já realizou cerca de 92 visitas com a finalidade de observação da situação geral de direitos humanos em um país – sobre essas visitas, a CIDH publica informes especiais – tendo, até o momento, publicado 60 destes.

O ano de 1965 marcou a autorização da CIDH para receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais em que existem indícios de violação a direitos humanos.

3 OBJETO E FINALIDADE DA CIDH

O CIDH objetiva planificação das cartas de disposições dos Direitos Humanos ratificados entre os países, ou seja, as atribuições obtidas com a aderência aos objetivos; sob a égide das considerações de fatores regionais, que nada implicam em distorções quanto aos Direitos Humanos descritos na Declaração Universal, mas considerando seus processos e procedimentos de andamento histórico visando a salvaguarda de novos, e por isso mais frágeis, atores sociais: a mulher, o negro e o indígena, sempre existentes e maioria da população do continente, mas excluídos dos processos políticos e de cidadania.

Para melhor digressão teórica, nós elaboramos uma divisão, não encontrada nas doutrinas gerias, fundada em questão didática que não se pauta em intensidade de atuação da corte, todavia em abrangência dos atos prospectados em sua Carta no âmbito de sua finalidade. Por finalidades, a CIDH dispõe, objetivamente descritas no artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de duas espécies: gerais e específicas.

Nas finalidades gerais atua com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 da referida Convenção; observando o cumprimento geral dos Direitos Humanos dos Estados membros; realizando visitas (in loco) para observação de determinadas situações sociais nos Estados membros; preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções, estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América.

Nas finalidades mais específicas tem-se atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem; formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos e remeter casos à corte.

4 PROCEDIMENTOS DAS DEMANDAS JUNTO À COMISSÃO

Todas as pessoas, grupos de pessoas, Estados e ONG's (Organizações Não-Governamentais), que fazem parte da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, podem denunciar uma suposta violação aos direitos humanos assegurados por ela à Comissão.

Os Estados-parte têm a possibilidade de denunciar pretensas violações perpetradas por outros Estados ratificantes, desde que, reconheçam a competência da Comissão para examinar violações suas.

4.1 Exame de Admissibilidade da denúncia

A Comissão Interamericana exige que uma comunicação de violação Convenção preencha vários requisitos, dentre outros, para admiti-la:

- a) Que os acontecimentos constituam em uma violação da Convenção;
- b) Que a comunicação não seja manifestamente infundada;
- c) A informação não deve ter sido apresentada antes, no que tange termos semelhantes, à Comissão ou outros órgãos da esfera internacional
- d) A não existência de outros processos em órgãos internacionais sobre os fatos denunciados;

- e) A qualificação do denunciante
- f) Em regra, a interposição e esgotamento de todos os recursos de direito internos;
- g) Passagem de no mínimo 6 (seis) meses desde a prolação da sentença final sobre o caso.

Em relação aos dois últimos requisitos, os mesmos não podem ser exigidos caso inexista a presença de devido processo legal para a apuração de ofensas aos direitos garantidos pela Convenção, o ofendido tenha sido impedido de usufruir dos recursos possíveis e existir uma demora injustificada para decidir o caso, como ocorreu no famoso caso Maria da Penha.

Recebida a comunicação da violação, a Comissão deverá enviar ao Estado denunciado os fragmentos da petição que entender importantes, a partir disso, o Estado possuirá dois meses, prorrogáveis por mais um mês, para apresentar uma resposta aos fatos imputados.

Em situações específicas, a Comissão poderá diferenciar o seu juízo sobre a admissibilidade da reclamação para o julgamento sobre o mérito.

4.2 Juízo do Mérito

Iniciado o caso, a Comissão terá a possibilidade de apurar as informações *in loco* assim que recebida a denúncia, se for grave e urgente, ou dar a oportunidade à parte peticionante para que discorra sobre a resposta do Estado, que deverá ser realizada dentro de dois meses, prorrogáveis por mais um. Dada a oportunidade de manifestação ao peticionário, o Estado Parte possuirá o mesmo prazo para apresentar duas respostas.

Findado o prazo, se o Estado não fornecer as informações pedidas, os fatos alegados pela parte autora serão presumidos como verdadeiros. Se houver informações supervenientes, a Comissão decidirá pelo arquivamento da denúncia ou pela continuação do processo.

Importante mencionar que em qualquer momento do processo, as partes poderão acordar uma solução amistosa, situação em que a Comissão redigirá

um relatório e irá encaminhá-lo às partes do processo, aos Estados-membros da Convenção e ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos.

4.3 Submissão do caso à Corte

Caso inexistir solução amistosa, incumbirá à Comissão realizar um relatório, que deverá constar os votos divergentes, as arguições orais e escritas dos interessados e recomendações. Passado três meses, a Comissão por maioria absoluta, irá julgar se o Estado regularizou a situação denunciada e publicará o relatório.

Se o Estado denunciado não corrigir a situação violadora dos direitos humanos e a Comissão ainda não o tiver submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, poderá enviá-la para o tribunal, exceto se a maioria absoluta dos seus membros se opuser.

5 ANÁLISE DE CASOS IMPORTANTES

Dentro da delimitação do presente estudo cabe citar alguns casos relevantes em que houve grave violação de direitos humanos no Brasil com consequente denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Como resultado de tais denúncias, medidas cautelares foram determinadas em face do Brasil, como os Casos das Pessoas Privadas de Liberdade no Presídio Central de Porto Alegre, em 2013; no Presídio de Pedrinhas, em 2013; e no Presídio Aníbal Bruno, em 2011.

Cumprido destacar que o Caso das Pessoas Privadas de Liberdade em Pedrinhas é de profunda relevância neste estudo por se tratar de violação de direitos humanos que ocorreu no Estado do Maranhão com ampla repercussão midiática e comoção social.

Em 22 de outubro de 2013, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma solicitação de medidas cautelares apresentada pela Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e pela OAB requerendo que a CIDH solicitasse à República Federativa do Brasil que protegesse a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Essas pessoas estavam em situação de risco devido a uma série de atos de violência que ocorreram naquela época.

Após analisar as alegações de fato e de direito apresentadas pelas partes, a CIDH considerou que as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas se encontravam numa situação de gravidade e urgência, posto que suas vidas e integridade pessoal estavam ameaçadas e em grave risco. Dessa forma, a CIDH requereu que o Brasil adotasse medidas necessárias e efetivas para evitar a perda de vidas e danos à integridade pessoal de todos os internos e reduzisse de maneira imediata os níveis de superlotação, além de investigação dos fatos que geraram a denúncia com o intuito de prevenir sua repetição.

Os fatos ocorridos na unidade prisional em questão que geraram a denúncia incluem 41 assassinatos em suas instalações durante o ano de 2013, sendo 17 apenas no mês de outubro; déficit de 2900 vagas; além de fatos como tortura, esquitejamento e até mesmo canibalismo dentro de suas dependências. Dessa forma, os requisitos de gravidade, urgência e irreparabilidade estavam presentes, o que motivou a solicitação de medidas cautelares em face do Brasil para resolução imediata dessa questão.

A aplicação de medidas cautelares demonstram as funções e prerrogativas da Comissão enquanto órgão autônomo que atua na visitação in loco para constatação das situações denunciadas, preparação de estudos e relatórios, formulação de recomendações aos governos dos Estados membros da OEA para que adotem medidas eficazes na proteção dos direitos humanos estimulando a consciência de tais direitos nos povos da América.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho realizado sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos mostra a importância desse órgão para a garantia e efetivação dos direitos humanos. É importante ter o conhecimento de como denunciar violações aos direitos humanos, pois todos nós temos direito de viver uma vida digna, uma vida com respeito e livre de preconceitos, sendo a comissão de suma importância, pois a mesma tem o dever de proteger esses direitos e dar maior visibilidade para o respeito destes, recebendo denúncias de diversos países ou casos individuais que tenham seus direitos violados. Ajudando-os assim a solucioná-los da melhor maneira possível e para que não haja violações futuras.

Porém, mesmo com mecanismos que possibilitam as denúncias de violação aos direitos humanos, as mesmas continuam crescentes, sendo necessário que cada Estado se torne mais responsável e dê importância e atenção a esses casos, para que gere cada vez mais uma sociedade igualitária e de real efetivação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil**, 2001.

PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos - Direito Constitucional Internacional**, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007

IMPACTOS DA MP DA LIBERDADE ECONÔMICA SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

RODRIGO ANTOLA AITA:

Advogado. Graduado com Láurea pela UFRGS e Pós-Graduado em Processo Civil pela Rede LFG.

RESUMO: Este estudo tem como primordial motivação a publicação da Medida Provisória nº 881/2019 e as mudanças operadas sobre o tradicional instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Em um primeiro momento, exploram-se os conceitos fundamentais da figura da disregard doctrine e como ela é tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, são exploradas todas as mudanças operadas pela MP 881/2019 sobre o instituto. Por fim, expor-se-á, de forma crítica, opinião sobre o alcance efetivo das mudanças pretendidas pela novo diploma normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Medida Provisória nº 881/2019. MP da Liberdade Econômica. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Código Civil. Legislação setorial. Mudanças.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (“DISREGARD DOCTRINE”). 3. AS MUDANÇAS OPERADAS PELA MP SOBRE O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 4. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

No último dia 30 de abril, o Presidente da República publicou a Medida Provisória nº 881/2019, a qual ficou conhecida como “MP da Liberdade Econômica”. Esta alcunha se deve ao fato de que, no ato normativo, procurou-se estabelecer garantias de livre mercado, além de consagrar o princípio da mínima interferência do Estado sobre a atividade econômica dos particulares.

Pode-se afirmar que o referido ato do Poder Executivo marca a posição ideológica do novo Governo em relação à política econômica do País. Da leitura da “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, prevista no art. 3º da MP, percebe-se uma ênfase daqueles princípios do art. 170 da Constituição Federal

(núcleo do Título “Da Ordem Econômica e Financeira” no Texto Maior) de cunho liberal – como a proteção da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada.

Mas a MP nº 881/2019 não se limitou a prever uma normatização principiológica. Diversos diplomas legais sofreram alterações pontuais em seus dispositivos e, dentre eles, o cerne da legislação privada - o Código Civil de 2002 – passou por mudanças significativas.

Dentre os diversos artigos do Código Civil que receberam novas redações – como os artigos 421, 423, 480-A, 480-B, 980-A, 1.052, dentre outros – destaca-se em importância a mudança operada no art. 50. Este dispositivo contém a regra geral do sistema jurídico brasileiro sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (“DISREGARD DOCTRINE”)

Com o intuito de incentivar o desenvolvimento das atividades econômicas empresariais – as quais são a principal fonte de emprego, de renda e de arrecadação fiscal –, os ordenamentos jurídicos ocidentais criaram o benefício da limitação da responsabilidade dos sócios de alguns tipos societários (como as sociedades limitadas e as sociedades anônimas) ao capital investido, diminuindo os riscos do empreendedorismo.

Se, por um lado, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade de seus sócios são importantes fatores de estímulo ao desenvolvimento econômico; em contrapartida, podem se prestar a fins ilícitos dos mais variados – como a elisão fiscal, a lavagem de capitais e, mais comumente, a fraude contra credores.

A fim de se combater a utilização abusiva da separação patrimonial entre pessoa jurídica e pessoa física dos seus sócios, criou-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Permite-se, destarte, que haja a episódica e temporária superação da autonomia patrimonial da personalidade jurídica para se atingir o patrimônio dos sócios ou administradores que agiram de forma ilícita[1].

A doutrina costuma apontar como origem do instituto o famoso precedente judicial inglês *Salomon v. Salomon Co.*, datado de 1897. Neste caso, pela primeira vez, uma Corte Judicial determinou que o sócio majoritário respondesse por débitos da pessoa jurídica, já que a havia utilizado de maneira abusiva, desvirtuando o propósito da autonomia patrimonial[2].

No Brasil, a desconsideração da personalidade jurídica, assim como outros mecanismos análogos de dilatação da responsabilidade dos sócios ou administradores, são previstos em diversos diplomas legais: no art. 28 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); no art. 4º da Lei 9.605/1998 (Lei de Infrações Ambientais); no art. 34 da Lei 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Concorrência); no art. 14 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), no art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e nos artigos 124 e 125 do Código Tributário Nacional (CTN).

A despeito dessa pulverização normativa, a regra-base de desconsideração da personalidade jurídica para as relações privadas em geral encontra-se insculpida no artigo 50 do Código Civil. Tal dispositivo sofreu relevantes mudanças pela MP da Liberdade Econômica.

3. AS MUDANÇAS OPERADAS PELA MP SOBRE O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Na redação original do Código Civil, seu artigo 50, que contém a regra geral de desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro, possuía a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

Inferre-se, da redação do dispositivo, que o motivo justificador da desconsideração da personalidade jurídica é o seu uso abusivo, o qual fica caracterizado quando ocorrer desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

As expressões "desvio de finalidade" e "confusão patrimonial" são conceitos jurídicos indeterminados, carecendo de densificação interpretativa pelo operador do Direito. Desde a promulgação do *codex*, sempre coube à doutrina e a jurisprudência a determinação do significado e do alcance das referidas expressões abertas.

Com a publicação da Medida Provisória nº 881/2019 (a qual tem eficácia imediata, desde sua edição, na forma do art. 62 da Constituição Federal), o *caput* do art. 50 passou a ter a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a

requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (*grifo nosso*)

A primeira alteração, grifada acima, foi a substituição do verbo "*decidir*" pelo verbo "desconsiderar". Trata-se apenas de uma opção linguística que harmoniza o texto legal com a nomenclatura doutrinária do instituto, sem maiores repercussões práticas.

Já a alteração da parte final do dispositivo, onde se acrescentou a expressão "*beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso*" é significativa. Trata-se de modificação salutar, que visa a combater aquelas – não raras – decisões judiciais que impõem responsabilidade a todos os sócios ou administradores, sem distinguir entre aqueles que efetivamente se beneficiaram com o abuso e aqueles cujas condutas não guardam qualquer nexo causal com o ilícito civil^[3].

Para além da modificação do *caput*, a MP acrescentou diversos parágrafos ao art. 50 do Código Civil. Tais alterações merecem análise individualizada.

O parágrafo primeiro veio com o objetivo de conceituação de "*desvio de finalidade*", e possui a seguinte redação:

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é aututilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (*grifo nosso*)

A norma passa a exigir que, para que se configure desvio de finalidade, haja o elemento subjetivo intencional, o dolo (consciência e vontade), na prática do ato ilícito para que se permita a desconsideração.

Em que pese a alteração seja recentíssima, a doutrina já critica a alteração por considerá-la um retrocesso jurídico, criando um entrave demasiadamente grande para a incidência do instituto da desconsideração na modalidade "*desvio de finalidade*".

Os críticos da inovação apontam que o dispositivo se distancia da moderna tendência do Direito Civil de adotar a teoria objetiva de responsabilização quando se trata de abuso de direito.

A esse respeito, cite-se o Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual possui a seguinte redação:

“Enunciado 37: *A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.*

Vale ressaltar que a MP não só exige o elemento subjetivo, como também apenas o admite na modalidade doloso (e não culposa), o que dificulta sobremaneira a aplicação da desconsideração – até por uma questão processual de ônus da prova.

A despeito das críticas doutrinárias, caso seja mantida, durante a tramitação da MP no Congresso Nacional, a mesma redação, somente nos casos de desvio de finalidade dolosos (dotados de consciência e vontade de fraudar) que se permitirá a desconsideração.

Enquanto o parágrafo primeiro conceitua “*desvio de finalidade*”, o novo parágrafo segundo do artigo 50 do Código Civil traz as hipóteses em que se configura a “*confusão patrimonial*”. *In verbis*:

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

(grifos nossos)

Os parâmetros propostos pela MP para que se configure a confusão patrimonial são, portanto: **a)** o cumprimento REPETITIVO de obrigações do sócio ou do administrador pela sociedade (ou vice-versa) e **b)** a transferência de ativos ou passivos entre pessoa física e jurídica sem a devida contraprestação – exceto quando se tratar de valores insignificantes.

Com relação à primeira hipótese (inciso I), é uma situação clássica de confusão patrimonial. O patrimônio de uma pessoa deve ser destinado ao cumprimento de suas obrigações jurídico-econômicas, e não às de terceiros.

Importante atentar, contudo, para o qualificativo REPETITIVO, exigido pela norma. Tal previsão foi explicitada para que se opere dentro de uma margem de razoabilidade. Sabe-se que, especialmente no caso de pequenos empresários, é razoavelmente comum que haja pequenos e esporádicos pagamentos cruzados entre pessoa física e jurídica. A confusão patrimonial, contudo, para efeitos do artigo 50 do Código Civil, apenas ocorrerá se os valores forem significativos e se a prática for corriqueira.

No que concerne à segunda hipótese (inciso II), que se refere às transferências patrimoniais entre pessoa física e jurídica, desacompanhadas de contraprestação, deve-se saudar a inclusão da exceção quanto às transferências de valor insignificante. Não se pode dizer que os patrimônios foram "confundidos em um só" por conta de uma movimentação de valor ínfimo, sob pena de desproporcionalidade flagrante.

O derradeiro inciso III traz uma cláusula de abertura ("*outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial*"), revelando o caráter exemplificativo – e não taxativo – das hipóteses tratadas nos incisos que o antecedem.

O parágrafo terceiro do art. 50 foi erigido nos seguintes termos:

§ 3º O disposto no caput e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

(grifo nosso)

Neste ponto, consagra-se a desconsideração inversa (ou invertida), por meio da qual atinge-se o patrimônio da pessoa jurídica por débitos originados da pessoa física do sócio.

Trata-se de instituto surgido no âmbito do Direito de Família, em que, não raras vezes, para evitar a partilha de patrimônio por ocasião da dissolução do casamento ou da união estável, o cônjuge ou companheiro transfere bens seus para a pessoa jurídica, prejudicando a meação do consorte^[4].

A desconsideração inversa da personalidade jurídica já era amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Mais recentemente, o instituto foi previsto expressamente no 133, § 2º do Código de Processo Civil de 2015.

A redação trazida ao § 3º pela MP acabou se mostrando um tanto prolixa. Melhor será se, durante a tramitação no Congresso Nacional, for substituída pela expressão "*desconsideração inversa*" – em harmonia com o que já consta no CPC -

, redação mais simples e há muito consagrada na doutrina e na jurisprudência nacionais.

O parágrafo quarto do art. 50, por sua vez, trata da questão da desconconsideração da personalidade jurídica no seio dos grupos societários – chamada pela doutrina de “desconconsideração indireta”. Veja-se:

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* não autoriza a desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica. *(grifo nosso)*

A rigor, a previsão é desnecessária. É evidente que não se pode desconSIDERAR a personalidade jurídica de um ente sem o cumprimento dos requisitos legais, sob pena de se violar frontalmente a lei.

Mas a situação não é tão simples assim. Ainda que o respeito aos requisitos legais, além de intuitivo, seja regra basilar do sistema jurídico, não são raras as decisões que expandem a responsabilidade de uma sociedade empresária para outras integrantes do mesmo grupo econômico, pelo simples fato de haver participação societária de uma no capital social da outra.

Tanto essa situação é comum que, no intuito de coibi-la, editou-se o Enunciado nº 406 da V Jornada de Direito Civil, no âmbito do Conselho da Justiça Federal:

"Enunciado 406: a desconSIDERação da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades"

Tomando esse cenário em conta, a despeito de parecer dizer uma obviedade, o § 4º exerce uma dupla função importante. Por um lado, reforça a necessidade de se preencherem os requisitos legais, desestimulando decisões judiciais arbitrárias. Por outro lado, positiva a previsão de desconSIDERação indireta da personalidade jurídica, permitindo que se combatam fraudes no interior de grupos societários para prejudicar credores.

A última mudança no art. 50 do Código Civil é a inclusão do parágrafo quinto, o qual também versa sobre “desvio de finalidade” e o alcance da expressão:

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.
(grifo nosso)

O requisito do desvio de finalidade já havia tido seu âmbito de incidência restringido com a previsão do § 1º de necessidade de dolo. Com o § 5º, o conceito de “desvio de finalidade” sofre uma nova restrição, diminuindo o seu campo de incidência.

Caberá à doutrina e à jurisprudência delimitar a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados “expansão de finalidade original” e “alteração de finalidade original” como comportamentos lícitos, distintos do desvio de finalidade.

4. CONCLUSÃO

Exploradas todas as alterações promovidas pela MP nº 881/2019 sobre o artigo 50 do Código Civil – alternando a redação de seu *caput* e incluindo-lhe cinco parágrafos –, pôde-se perceber que a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica tornou-se, como regra, mais restrita, demandando uma análise mais criteriosa do magistrado, à luz do preenchimento dos requisitos legais no caso concreto.

Ocorre que, conforme já se pontuou expressamente neste trabalho (no “tópico II: A Desconsideração da Personalidade Jurídica”), o Código Civil, embora seja a regra-base do instituto da desconsideração, não é o único diploma legal que rege a matéria.

A desconsideração da personalidade jurídica está prevista na legislação trabalhista, ambiental, consumerista, dentre outras. E, havendo previsão expressa na legislação setorial, esta é aplicada em detrimento da regra geral do Código Civil, por força da regra basilar de hermenêutica jurídica de que a lei especial derroga a lei geral (“*lex specialis derogat lex generalis*”).

Acrescente-se que as principais arbitrariedades judiciais de aplicação discricionária e descriteriosa da desconsideração da personalidade jurídica são geralmente vistas justamente no âmbito dos processos trabalhistas, fiscais e que resolvem relações de consumo.

Apesar das mudanças apontadas no Código Civil, acima exploradas amiúde, nada foi mudado com relação às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no Código de Defesa do Consumidor (CDC), e demais legislações protetivas setoriais.

Assim, deve-se ter em mente que a nova regulamentação terá incidência direta apenas nas relações civis e empresariais paritárias, o que limita muito a abrangência de seu impacto na segurança do tráfego jurídico – e na Economia, de um modo geral.

Agora, ainda que a MP nº 881/2019 tenha perdido a oportunidade de ir mais longe, regulamentando também a desconsideração da personalidade jurídica na legislação especial (trabalhista, consumerista, tributária etc.), nada impede que isso seja feito durante a tramitação do texto no Congresso Nacional.

Daí a importância de se mobilizar a opinião dos meios jurídicos para levar a questão do âmbito da abrangência da MP às Casas Legislativas, a fim de que ela possa exercer, de forma completa, o impacto positivo econômico a que se destina.

Contudo, ainda que não haja essa ampliação do âmbito de incidência da nova MP, mantida a alteração apenas no Código Civil, ainda é possível que essas mudanças sirvam, se não como fonte normativa imediata, ao menos como norte interpretativo para que sejam coibidas as arbitrariedades atualmente observadas no cotidiano forense.

Somente com um ordenamento jurídico justo, seguro e previsível é que a Economia Nacional poderá voltar a florescer. E o papel de construí-lo que cabe a cada um dos operadores do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARIAS e ROSENVALD, Cristiano Chaves de e Nelson. Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB. 15ª Ed. Salvador: JusPodium, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A medida provisória da liberdade econômica e a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, CC). Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/73648/a-medida-provisoria-da-liberdade-economica-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-art-50-cc>>

TARTUCE, Flavio. A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301612,41046> [A+MP+88119+liberdade+economica+e+as+alteracoes+do+Codigo+Civil](#)>

ULHOA COELHO, Fábio. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: RT, 1989.

NOTAS:

[1] ULHOA COELHO, Fábio. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: RT, 1989. P. 54.

[2] FARIAS e ROSENVALD, Cristiano Chaves de e Nelson. Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB. 15ª Ed. Salvador: JusPodium, 2017. P. 488.

[3] TARTUCE, Flavio. A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301612,41046> A+MP+88119+liberdade+economica+e+as+alteracoes+do+Codigo+Civil > acesso em 21/06/2019.

[4] GAGLIANO, Pablo Stolze. A medida provisória da liberdade econômica e a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, CC). Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/73648/a-medida-provisoria-da-liberdade-economica-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-art-50-cc> > Acesso em 22/06/2019.

SISTEMAS ELEITORAIS DOS ESTADOS UNIDOS E DO BRASIL: UM ESTUDO COMPARATIVO

SAMUEL CUNHA DE OLIVEIRA: Advogado da União. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

RESUMO: Este artigo analisa os sistemas eleitorais do Brasil e dos Estados Unidos da América (EUA), apresentando de maneira resumida um panorama comparativo entre ambos. Partindo-se das similaridades de ambos os países, discute-se o motivo das marcantes diversidades de seus sistemas eleitorais, buscando-se aferir as vantagens e desvantagens de cada um. Como resultado, após pesquisa bibliográfica e documental, foram analisadas possíveis modificações a serem implementadas nos dois países, tendo em vista as transformações sociais e políticas atravessadas pelas aludidas nações.

Palavras-chave: Sistemas eleitorais. Brasil. Estados Unidos da América.

ABSTRACT: This article analyzes the electoral systems of Brazil and the United States of America, presenting in a summarized way a comparative panorama between both. Starting from the similarities of both countries, the reason for the marked diversities of their electoral systems is discussed, trying to assess the advantages and disadvantages of each one. As a result, after bibliographical and documentary research, possible changes to be implemented in both countries were analyzed, considering the social and political changes undergone by the aforementioned nations.

Keywords: Electoral systems. Brazil. United States of America.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sistemas Eleitorais; 3. O sistema eleitoral brasileiro de acordo com a Constituição de 1988; 4. O sistema eleitoral dos Estados Unidos da América; 5. Análise comparativa entre os sistemas eleitorais do Brasil e dos Estados Unidos; 6. Considerações finais; 7. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar os sistemas eleitorais do Brasil e dos Estados Unidos da América (EUA), apresentando de maneira resumida um panorama comparativo entre ambos.

Com efeito, os dois países possuem similaridades marcantes: dimensões continentais, forma federativa de Estado, regime democrático, população diversa e multicultural. A despeito de tais semelhanças, Brasil e Estados Unidos, em decorrência dos diversos processos históricos que levaram à formação de cada país, têm sistemas eleitorais bastante diferentes.

Nesse contexto, uma análise transversal dos sistemas eleitorais dos dois países pode levar à visualização das vantagens e desvantagens de cada um, o que proporcionará uma maior compreensão acerca das possibilidades de aperfeiçoamento da democracia nos dois países.

A importância do tema revela-se diante das frequentes propostas de reforma política no Brasil, bem como em face das recentes discussões travadas nos Estados Unidos a respeito da adequação de seu sistema eleitoral aos tempos atuais, notadamente no que concerne à utilização da sistemática de voto indireto para as eleições presidenciais e ao voto distrital puro nas eleições parlamentares.

Para atingir o objetivo do trabalho, realizou-se pesquisa de caráter bibliográfico e documental, apontando-se, inicialmente, uma breve descrição dos diversos sistemas eleitorais e sua conceituação, para, posteriormente, passar-se à descrição dos sistemas eleitorais adotados no Brasil e nos Estados Unidos, traçando-se, ao final, um panorama comparativo entre ambos, com a análise de possíveis modificações a serem implementadas nos dois países, tendo em vista as modificações sociais e políticas atravessadas pelas aludidas nações.

2 SISTEMAS ELEITORAIS

Em um regime democrático, faz-se necessária a realização de eleições, tanto para que os cidadãos possam escolher os seus representantes e governantes, como, além disso, para que os eleitores manifestem sua aderência a uma determinada política, conferindo assim legitimidade à escolha dos mandatários. (SILVA, 2016, p. 372) Essas eleições, por seu turno, podem ser efetuadas mediante diversos procedimentos e técnicas, que, tomadas em conjunto, configuram os denominados "sistemas eleitorais", os quais podem ser entendidos, nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes, como "os métodos de transformação de votos em mandatos". (FERNANDES, 2014, p. 646)

Conforme aponta José Afonso da Silva (2016, p. 373), os sistemas eleitorais, vistos sob a ótica do modo de realizar a representação, se distinguem em sistema majoritário, sistema proporcional e sistema misto.

Pelo sistema majoritário, é eleito aquele candidato que tiver mais votos dentro de determinada circunscrição territorial, obtendo assim a maioria – absoluta ou relativa, a depender do caso – dos sufrágios. Assim, em regra, despreza-se os votos dos demais postulantes. Essa situação, contudo, pode levar a uma pequena – ou mesmo inexistente – representação das minorias, notadamente em eleições parlamentares. Por esse motivo, o sistema majoritário tem sido objeto de modificações nos locais em que adotado, conjugando-o com a adoção de circunscrições mais amplas, em que são eleitos vários candidatos, em vez de apenas o mais votado (SILVA, 2016, p. 374).

De outra banda, no sistema proporcional, os cargos são distribuídos proporcionalmente às votações dos partidos, garantindo-se a representação das diferentes tendências partidárias existentes na sociedade, de acordo com os seus respectivos tamanhos.

O aludido sistema, entretanto, comporta subdivisões. Cite-se, inicialmente, o critério da lista fechada, em que os eleitores não votam direta e individualmente nos candidatos; mas sim em uma lista de representantes previamente ordenada pelos partidos políticos. Em última análise, no referido sistema, vota-se no partido, e não na pessoa do candidato. Trata-se de modelo adotado majoritariamente nos países que têm o parlamentarismo como sistema de governo (AGRA, 2011). Cabe referir, ainda, o modelo de lista aberta, no qual os partidos apresentam uma lista de candidatos, mas cabe aos eleitores votar individualmente nos postulantes, de modo que a ordem dos representantes de cada agremiação partidária se dará mediante escolha dos eleitores, e não dos partidos. À primeira vista poder-se-ia pensar que tal modelo seria mais democrático; contudo, trata-se de sistema que possui diversas desvantagens:

A desvantagem desse modelo é que ele forceja uma disputa entre os candidatos de um mesmo partido, sem contribuir para a sedimentação dos programas partidários. Por conseguinte, os eleitores que desconhecem o sistema eleitoral nacional votam diretamente naquela celebridade, por tudo que ela representa ou representou, dando ensejo ao voto com base na afinidade ou simpatia, valorizando-se o voto pessoal e depreciando-se as instituições políticas. O sistema proporcional em lista aberta estimula a prática do clientelismo e da venda de votos, permitindo que candidatos sem vivência partidária, apenas por terem certa notoriedade, possam ser eleitos, até mesmo realizando uma concorrência desleal com candidatos de seu próprio partido. (AGRA, 2011)

Por fim, existem os sistemas mistos. Elenca-se, por exemplo, o modelo alemão, em que metade dos parlamentares em cada Estado é eleito de forma direta nos

distritos eleitorais (sistema majoritário) e a outra metade em lista apresentada pelos partidos (sistema proporcional de lista fechada). Outro modelo misto a ser consignado é o mexicano, cuja Câmara dos Deputados é integrada por 500 (quinhentos) representantes, 300 (trezentos) eleitos pelo sistema de maioria relativa nos distritos e 200 (duzentos) eleitos pelo sistema de representação proporcional. (SILVA, 2016)

3 O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A estruturação do sistema eleitoral brasileiro decorre do princípio maior da soberania popular, previsto no art. 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Visando dar eficácia a esse postulado, o próprio constituinte estabeleceu as linhas mestras do sistema de eleições que deve vigorar em nosso País, as quais são desenvolvidas pela legislação infraconstitucional, notadamente o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), bem como pelo Tribunal Superior Eleitoral, quando no exercício de seu poder regulamentar.

A primeira característica desse sistema a ser observada é a adoção do voto direto e secreto, conforme preceitua o caput do art. 14 da Constituição Federal, o qual, cabe frisar, consiste em cláusula pétrea da atual Constituição, conforme preceituado em seu art. 60, §4º, inciso II. É importante salientar, ainda, que o voto no Brasil é, em geral, obrigatório, sendo excepcionados desse dever apenas os analfabetos, os adolescentes entre dezesseis e dezoito anos de idade, e aqueles cidadãos que possuam mais de setenta anos, de acordo com o art. 14, §1º da Constituição da República ora vigente. Demais disso, vislumbra-se que foi adotada a sistemática de eleições proporcionais para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa do Distrito Federal e Câmaras Municipais; e de eleições majoritárias para o Senado e para a chefia dos Poderes Executivos, nas diversas esferas federativas.

No Brasil, existem circunscrições nacionais, estaduais, distritais e municipais, nas quais são tomados os votos de forma majoritária para os cargos de Presidente da República, Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Senadores e Prefeitos Municipais, respectivamente. Em nosso País, utiliza-se a votação por maioria simples para a eleição majoritária dos cargos de Senador da República e Prefeito de municípios com menos de 200.000 (duzentos mil) habitantes, nos termos do art. 29, inciso II, da Constituição Federal. Nas demais hipóteses de utilização do sistema majoritário, aplica-se o critério de maioria absoluta, realizando-se um segundo turno de votação caso a maioria qualificada não seja atingida em primeiro turno.

Por outro lado, no Brasil, usa-se o sistema proporcional – mediante o modelo de lista aberta – para as eleições legislativas, referentes aos cargos de Vereador, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Deputado Federal. Assim, após a incidência dos quocientes eleitoral e partidário, as cadeiras destinadas aos partidos com direito a representação serão ocupadas pelos candidatos que obtiveram dentro do partido o maior número de votos.

Esse sistema eleitoral – proporcional de lista aberta –, na forma como estruturado no Brasil, engendrou uma grande autonomia dos políticos em relação aos partidos, com consequências deletérias:

Nenhuma democracia do mundo ocidental dá aos políticos tanta autonomia com relação aos partidos quanto o Brasil. A questão não diz respeito a nenhuma medida isolada, mas sim a um conjunto de medidas que faz a legislação brasileira sobressair. As consequências dessa legislação eleitoral foram deletérias. Ao lado de outros fatores - a importância massiva da burocracia estatal, as desigualdades sociais extremas, o desenvolvimento precoce (se comparado aos níveis de renda per capita) de uma sofisticada mídia moderna, um sistema presidencialista e intervenções frequentes do Poder Executivo nos partidos –, a legislação eleitoral impediu a construção partidária. Essa legislação institucionaliza um sistema que estimula a ausência de compromisso, solidariedade, disciplina e coesão partidária. (MAINWARING, 1997)

Tais consequências são ainda mais exacerbadas em virtude do sistema de governo presidencialista e da forma de estado federativa adotados no Brasil. Com efeito, o parlamentarismo estimula a coesão partidária, mesmo em sistemas proporcionais de lista aberta, haja vista que, caso o parlamentar não vote com o governo do partido pelo qual se elegeu, pode se sujeitar a ver o governo dissolvido, tendo de passar por novas eleições. Por outro lado, o presidencialismo oferece uma estrutura de incentivos oposta, porquanto, independente de como o parlamentar vote, seu partido continuará (ou não) no poder, sem que exista a possibilidade de novas eleições serem convocadas. Do mesmo modo, a forma federativa de Estado também favorece uma maior autonomia dos políticos em face dos partidos, em virtude da maior diversidade regional das organizações partidárias (MAINWARING, 1997)

4 O SISTEMA ELEITORAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O sistema eleitoral dos Estados Unidos da América, por outro lado, rege-se por regras diferentes das brasileiras. Os americanos decidiram privilegiar em sua estruturação política o princípio federativo, em detrimento da soberania popular.

Afirma-se isso porque naquele país os Estados federados gozam de ampla autonomia para organizar o seu sistema político, no que está incluso o processo eleitoral. Exemplo disso é o fato de que, na eleição presidencial, não há uma totalização nacional dos votos, sendo a apuração realizada por estado (FRANCISCO NETO, 2008)..

Acrescente-se que a eleição presidencial americana é realizada de modo indireto, isto é, os eleitores não escolhem diretamente quem ocupará a chefia máxima da Nação. A escolha do presidente, nos EUA, é realizada pelo Colégio Eleitoral, formado por 538 (quinhentos e trinta e oito) delegados, provenientes de cada Estado da federação, os quais terão o seu número de assentos no Colégio determinado proporcionalmente ao peso de suas populações na composição nacional.

Os delegados dos Estados no Colégio Eleitoral, em sua maioria, conferem todos os seus votos ao candidato que obteve a preferência majoritária da população, sendo tal sistema chamado winner takes all (o vencedor leva tudo). Exceções a essa sistemática são os Estados do Nebraska e do Maine, que dividem os seus delegados de forma proporcional à votação obtida por cada candidato à presidência nas eleições locais (FRANCISCO NETO, 2008). Ressalte-se, todavia, que em alguns estados existe a possibilidade – não muito comum, é verdade – de que os delegados confirmem seus votos a candidato diverso do que os eleitores escolheram (BALIARDO, 2010)

Para ser eleito presidente, o candidato deve, portanto, obter a maioria de votos no Colégio Eleitoral, ou seja, 270 (duzentos e setenta) votos. Caso nenhum candidato consiga obter essa quantia, a escolha do presidente será feita pela Câmara dos Representantes (equivalente à Câmara dos Deputados brasileira), sendo o vice-presidente escolhido pelo Senado, tudo nos termos da 12ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. É interessante registrar que duas eleições presidenciais americanas já foram decididas pela Câmara dos Representantes, nos anos de 1800 e 1824 (UNITED STATES OF AMERICA, online)..

Cabe ressaltar que a eleição para a Câmara dos Deputados americana (House of Representatives) também guarda diferenças em relação à brasileira. É que naquele país os deputados não são eleitos pelo voto proporcional, como ocorre no Brasil, mas sim pelo voto majoritário. Isso significa que vários candidatos concorrem a uma cadeira específica, relacionada a um determinado distrito; aquele que conseguir mais votos naquela circunscrição territorial torna-se representante. João Francisco Neto (2008) vê vantagens nessa forma de escolha dos deputados, pois “Já que o mandato é obtido individualmente, isso os incentiva apoiar os interesses locais de seus Estados e distritos, quando entram em conflito com temas de

interesses nacionais". De outra banda, pode-se argumentar que esse sistema prejudica a representação de minorias e a pluralidade política. Ademais, há sempre o problema da definição territorial dos distritos, que pode eventualmente ser manipulada para favorecer os interesses de uma ou outra corrente partidária.

Diferentemente do que ocorre em nosso País, o voto nos Estados Unidos é facultativo, sendo a idade mínima para exercer o sufrágio de 18 anos, conforme a 26ª Emenda à Constituição americana. Note-se, nesse tocante, que no Brasil a idade mínima é de 16 (dezesesseis) anos, embora o voto não seja obrigatório para os que ainda não tenham completado 18 (dezoito) anos.

Critica-se o modelo eleitoral americano, principalmente pela utilização do voto indireto, que possibilita a eleição de um candidato que não tenha sido sufragado pela maioria da população. Foi o que ocorreu, por exemplo, nas eleições presidenciais do ano 2000, em que o democrata Al Gore, embora tenha tido vantagem na apuração do voto popular, perdeu a eleição para o republicano George W. Bush, que obteve mais votos no Colégio Eleitoral (LEVY, online). O mesmo aconteceu nas eleições realizadas no ano de 2016, nas quais o republicano Donald Trump sagrou-se vencedor no Colégio Eleitoral, conquanto tenha obtido menos votos do que a democrata Hillary Clinton entre a população (BECKWITH, online).

Nessa ordem de ideias, têm surgido movimentos nos Estados Unidos visando abolir a sistemática do voto indireto, diante das diversas distorções causadas pelo referido modelo de eleições. De fato, os votos no Colégio Eleitoral por estado não são distribuídos de acordo com a população, gerando assim subrepresentação dos votos de eleitores dos estados mais populosos. Ademais, o sistema levou a campanha presidencial a se torna estadual, em vez de nacional, haja vista que os candidatos acabam por priorizar os denominados swing states, que não possuem preferência partidária definida, relegando os eleitores de estados tradicionalmente apoiadores de um ou outro partido a segundo plano. Outro problema é que o sistema inviabiliza o crescimento de outros partidos. (MELO, 2016)

Contudo, também é necessário observar os méritos do sistema norte-americano, que vem funcionando de maneira relativamente estável há mais de dois séculos, proporcionando uma grande harmonia institucional aos Estados Unidos da América. Prova disso é a incoerência de golpes de estado ou regimes ditatoriais naquele país, situação muito diferente da vivenciada por países latino-americanos e europeus, muitos dos quais foram submetidos a governos autoritários no último século, situação desconhecida nos Estados Unidos.

E isso se dá por diversos motivos, elencados por João Francisco Neto (2008): em primeiro lugar, o presidente, para ser eleito, precisa ter apoios em muitos Estados federados, não bastando possuir a maioria dos votos nas regiões mais densamente povoadas. Tal fato contribui para a coesão nacional, pois, ao serem forçados a fazer campanha em áreas menos populosas – as quais provavelmente seriam ignoradas em eleições diretas –, os candidatos acabam conhecendo toda a realidade do país. Ademais, torna-se bastante improvável a eleição de candidatos com base unicamente regional, tendo em vista que nenhuma região dos Estados Unidos, sozinha, reúne votos eleitorais suficientes para determinar a eleição de um presidente. Essa maior distribuição dos votos proporcionada pelo sistema de votação indireta confere, portanto, uma maior legitimidade nacional aos mandatários americanos, por mais incrível que possa parecer.

5 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS SISTEMAS ELEITORAIS DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS

Como visto, o sistema eleitoral brasileiro privilegiou a soberania popular em sua estruturação, tanto pela adoção irrestrita do voto direto como pela escolha do sistema proporcional de lista aberta para a escolha dos membros da Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.

A adoção do voto direto para os cargos executivos, embora fortaleça a soberania popular e o princípio democrático, acarreta uma menor efetividade da forma federativa de Estado, haja vista que o presidente da República pode ser eleito com votação majoritária em poucos estados mais populosos, em detrimento da coesão nacional entre as entidades federadas.

Deve-se lembrar, nesse ponto, que o federalismo brasileiro decorreu de movimento centrífugo, ou seja, passou-se de um Estado monárquico, unitário e centralizador para uma república federativa. Entretanto, mesmo na história republicana brasileira estão presentes períodos de maior centralização, como durante o Estado Novo e o Regime Militar. Depreende-se, por conseguinte, que a formação histórica brasileira tem na centralização política um traço marcante, de sorte que o sistema eleitoral adotado no País reflete esse fato.

Noutro giro, o uso do modelo eleitoral proporcional de lista aberta para os cargos legislativos, ao passo que permite uma grande influência dos eleitores no ordenamento das listas de representantes que irão compor o Parlamento, traz, por outro lado, aspectos negativos dignos de nota, como a ausência de vinculação dos políticos aos programas partidários e o estímulo ao clientelismo e à eleição de “celebridades” sem vivência político-partidária.

Por seu turno, o sistema eleitoral americano tem na descentralização a sua característica fundamental, o que decorre de sua formação histórica, de federalismo centrípeto, isto é, originado da união de Estados originariamente independentes, e que mantiveram grande dose de autonomia mesmo após a formação dos Estados Unidos da América.

Em virtude disso, estruturou-se um sistema eleitoral em que os Estados-membros possuem grande importância, o que se evidencia na realização do procedimento eleitoral em si, haja vista a ausência de uma totalização nacional dos votos ou mesmo de um órgão central que organize o processo, tal como a Justiça Eleitoral brasileira, bem como na adoção do sistema de voto indireto para a Presidência da República, no qual a escolha dos Estados-membros individualmente considerados possui, em última instância, mais peso do que a vontade popular.

No que concerne às eleições parlamentares americanas, a adoção de um sistema de voto distrital puro, ao passo que aproxima os representantes de seus constituintes, facilitando a cobrança dos eleitores e a compreensão do modelo, de fácil assimilação pela população comum, leva a uma sub-representação de minorias étnicas e políticas, o que é agravado pela possibilidade de eventuais manipulações na configuração territorial das circunscrições eleitorais (distritos).

Percebe-se, em suma, que as diferenças estabelecidas entre os sistemas eleitorais do Brasil e dos Estados Unidos derivam de suas diversas conformações históricas, mormente no que se refere à (des)centralização do poder político. Todavia, é certo que ambos os países têm passado, historicamente, por modificações na estruturação do Estado, com o Brasil conferindo uma maior autonomia às entidades federativas, especialmente a partir da Constituição de 1988, e os Estados Unidos caminhando na direção de um maior centralismo na União, muito embora ainda confirmem um considerável grau de liberdade aos entes subnacionais.

Nada obstante, afigura-se pouco provável que o Brasil, mesmo que fortaleça seu sistema federativo, adote um sistema eleitoral nos moldes do americano, com voto indireto para a Chefia do Executivo e voto distrital puro para a Câmara dos Deputados. Quanto ao voto indireto, seu estabelecimento afigura-se inviável em face do atual ordenamento constitucional, tendo em vista a cláusula pétreia constante do art. 60, §4º, inciso II, da Constituição de 1988, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico. De outro norte, a adoção de um sistema de voto distrital puro nas eleições parlamentares, conquanto não ostente inconstitucionalidade material *prima facie*, também se mostra de pouca

probabilidade no atual cenário político brasileiro. Com efeito, os problemas decorrentes desse modelo apontados anteriormente – baixa pluralidade na representação, possível manipulação político-partidária na estruturação das circunscrições eleitorais etc. - tornam sua utilização menos atrativa em nosso País. Entende-se mais viável, todavia, que se busque a conjugação das vantagens dos sistemas majoritário e proporcional, levando ao estabelecimento de um sistema de voto distrital misto, similar ao adotado na Alemanha. Consigne-se, inclusive, que já existem projetos de lei parcialmente aprovados nesse sentido.

No que diz respeito à situação norte-americana, cumpre salientar, de plano, as naturais dificuldades de se modificar um sistema mais que centenário de organização eleitoral, que, como dito, vem funcionando de forma relativamente satisfatória ao longo de todo esse tempo, não obstante as críticas de que é alvo. Entretanto, diante da progressiva centralização que vem ocorrendo no sistema político americano, bem como da cada vez maior diversidade étnico-cultural de sua população, em virtude das sucessivas ondas de imigração, tornam-se mais prováveis mudanças na sistemática eleitoral daquele país. Como visto, têm ganhado força movimentos no sentido da abolição do voto indireto, tido como antidemocrático e gerador de distorções. Demais disso, com a maior presença de minorias na sociedade americana, a percepção de sua relativa baixa representatividade no sistema político, decorrente do modelo de voto distrital puro, tende a acentuar as pressões pela reforma do sistema eleitoral, na direção, ao menos, do voto distrital misto, que conjuga as vantagens dos sistemas majoritário e proporcional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi até aqui exposto, conclui-se que os sistemas eleitorais brasileiro e americano possuem profundas diferenças, decorrentes, em grande medida, das diversas formações históricas pelas quais passaram os dois países. O Brasil sempre teve uma grande tendência a um Estado mais centralizador, embora formalmente seja uma república federativa, enquanto os Estados Unidos, de outra face, são, desde sua origem, uma autêntica federação, em que os governos locais possuem grande amplitude de competências. Tais distinções, sem dúvida, influenciaram de forma importante os sistemas eleitorais de cada nação.

Não se pode dizer, contudo, que um sistema seja superior ao outro. Cada país deve estruturar sua formatação política de acordo com suas peculiaridades e experiências políticas e sociais. Deveras, se é possível dizer que o sistema eleitoral norte-americano tem funcionado relativamente bem, não se pode afirmar que o aludido modelo seja livre de falhas, como se depreende do presente debate na sociedade americana a respeito da modificação de aspectos do seu sistema

eleitoral. O mesmo se diga do sistema eleitoral estabelecido no Brasil a partir da Constituição de 1988, que também tem se mostrado relativamente eficaz, proporcionando o maior período de continuidade constitucional vivenciado pelo Brasil em muitas décadas, ao mesmo tempo que enseja profundas críticas acerca da funcionalidade da representação eletiva, sendo frequente o clamor por reformas políticas em nosso País.

Nesse contexto, é importante salientar a tendência de maior descentralização no Brasil e, ao revés, de uma maior concentração de poderes no governo federal nos Estados Unidos. Vislumbra-se ainda, neste país, uma mudança em sua configuração demográfica. Essas situações, aliadas às desvantagens dos sistemas eleitorais utilizados nos dois países, podem, progressivamente, levar a modificações no sistema eleitoral de ambas as nações, sendo a maior probabilidade de que se busque um sistema eleitoral híbrido, combinando as vantagens dos modelos majoritário e proporcional.

7 REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A panaceia dos sistemas políticos. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 6, n. 1, p. 45-63, jan./abr. 2011.

BALIARDO, Rafael. EUA não dispõem de um sistema eleitoral nacional. Revista Consultor Jurídico, 11 de novembro de 2010. Disponível em: . Acesso em: 18 mai. 2019.

BARROS, Francisco Dirceu. Resumo de direito eleitoral. 5 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BECKWITH, David C. United States Presidential Election of 2016. In: Encyclopædia Britannica. Disponível em: . Acesso em: 14 mai. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

FRANCISCO NETO, João. O sistema eleitoral norte-americano e a eleição presidencial. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1879, 23 ago. 2008. Disponível em: . Acesso em: 30 jan. 2013 .

LEVY, Michael. United States presidential election of 2000. In: Encyclopædia Britannica. Disponível em: . Acesso em: 14 mai. 2019.

MAINWARING, Scott. Políticos, partidos e sistemas eleitorais: o Brasil numa perspectiva comparativa. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 335-381, maio/ago. 1997.

MELO, João Ozório de. Americanos intensificam movimento para acabar com o Colégio Eleitoral. Revista Consultor Jurídico, 14 de novembro de 2016. Disponível em: . Acesso em: 18 mai. 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. History, Art & Archives, U.S. House of Representatives. Electoral College Fast Facts. Disponível em: . Acesso em: 18 mai. 2019.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL NA REFORMA TRABALHISTA FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA EFETIVA REPARAÇÃO DO DANO

LUCAS FELIPE ZUCHI: bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, acadêmico premiado com o mérito estudantil de melhor aproveitamento dos formandos 2018/2 pela OAB.

RESUMO: Aborda-se no presente a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) frente à lei 13.467/2017, a qual trouxe inovação no tocante à reparação do dano extrapatrimonial, resultando na imposição legal de limites em salários mínimos, de acordo com a gravidade do dano, que por sua vez de natureza interpretativa ampla, vai de encontro aos primados constitucionais da efetiva reparação do dano, bem como da isonomia, já que pauta a reparação no salário do funcionário, e não no efetivo dano ocorrido, mediante ponderação do binômio proporcionalidade e razoabilidade. Assim, com enfoque doutrinário e jurisprudencial buscou-se demonstrar a inconstitucionalidade de tal disciplina legal, que impede a justa prestação jurisdicional.

Palavras-Chave: Dano moral. Tarifação. Inconstitucionalidade. Direitos fundamentais e sociais à efetiva reparação do dano. Reforma trabalhista.

INTRODUÇÃO

Considerando as inovações legislativas advindas da lei 13.467/2017, vulgo reforma trabalhista, bem como que a Constituição Federal emprestou à reparação do dano moral tratamento especial pelos incisos V e X do art. 5º, impondo que a indenização decorrente desse dano fosse o mais amplo possível, busca-se expor a inconstitucionalidade da alteração presente no art. 223-G, §1º da referida lei, porquanto além de ferir os direitos fundamentais retro citados, também lesiona a isonomia e o direito fundamental dos trabalhadores à efetiva reparação do dano, sem discriminações pessoais.

Assim, constatando que uma lei posterior à Carta Magna de 1988, está impondo uma tarifação (limitação) ao dano extrapatrimonial decorrente da relação

de trabalho, de sorte que, nos termos da nova lei, o Poder Judiciário estará impedido de fixar uma indenização superior à efetivamente devida para reparar o dano ocorrido, condizente com a proporcionalidade e razoabilidade, situação está análoga já declarada inconstitucional pelo STF referente à não recepção da lei da imprensa.

Desta forma, analisando as leis infraconstitucionais, doutrinas e jurisprudências, o presente estudo visa consubstanciar a inconstitucionalidade de tal reforma, a qual inclusive já é alvo de ação direta de inconstitucionalidade impetrada pela ANMATRA – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

1 DO DANO MORAL

Ab initio, convém expor o conceito do instituto do dano moral na seara jurídica brasileira, sendo este como o efeito do ilícito praticado, e não o dano em si, como é o caso do renomado doutrinador Yussef Said Cahali que assim o conceitua:

“Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial.”

Para Orlando Gomes, “a expressão ‘dano moral’ deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

Desta forma, levando-se em consideração a natureza dos interesses jurídicos afetados, e não a qualidade dos direitos que pressupõem esses interesses, o dano moral pode ser puro ou direto ou indireto ou reflexo. Diz-se puro ou direto o dano moral quando lesiona um interesse tendente à satisfação ou gozo de um bem jurídico não patrimonial. Ou seja, são diretos os danos morais quando a lesão afeta um bem jurídico contido nos direitos de personalidade, como a vida, a integridade corporal, a honra, a própria imagem ou mesmo quando atinge os chamados atributos da pessoa, como, o nome, a capacidade, o estado de família.

Destarte, denomina-se indireto ou reflexo o dano moral quando a lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais produz, além disso, o menosprezo a um bem de natureza não patrimonial. Desta forma, Zannoni

esclarece que o dano moral indireto se identifica como aquele que prova uma lesão a qualquer interesse não patrimonial, como consequência de um ataque a um bem patrimonial do afetado, ou seja, um efeito decorrente daquele.

Carlos Alberto Bittar leciona com competência que os fatos danosos podem derivar-se somente em determinada faceta da esfera jurídica lesada, ou refletir-se por outras áreas, desta forma temos que os danos morais dividem-se em puros, ou diretos, e reflexos ou indiretos, na medida em que se produzam e se esgotem em um mesmo aspecto, ou decorram de anterior violação a outro, tendo como exemplo, da primeira hipótese, a injúria que se encerre no relacionamento entre o agressor e a vítima e da segunda hipótese, a perda de afeição de pessoa querida, em virtude de descumprimento de obrigação contratual.

Ressalta-se que o dano moral se reveste de caráter atentatório à personalidade, pois se configura através de lesões a elementos essenciais da individualidade. Como assevera Limongi França, a ordem jurídica reconhece às pessoas os chamados direitos de personalidade, incidentes sobre elementos materiais e imateriais, e que compõem a respectiva estrutura, a fim de possibilitar-lhes a individualização e a identificação no meio social, permitindo-lhes o consequente alcance das metas visadas.

Desta forma, devido à amplitude de sua dimensão danosa, quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: "caráter punitivo" para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou, bem como o "caráter compensatório", para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido", e por fim o respeito à proporcionalidade e razoabilidade no valor que virá a ser arbitrado, já que não é possível verificar sua mensuração.

Neste viés, o arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais deve ser feito de forma equitativa, conforme aludido pelo legislador do Código Civil de 2002 nas hipóteses de ofensas contra a honra (art. 953, parágrafo único) ou contra a liberdade pessoal (art. 954, parágrafo único).

Com bastante propriedade, preleciona a ilustre Maria Helena Diniz que:

“[...] a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal, ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual- não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada”.

Por fim, em relação aos sujeitos do dano moral, de forma mais abrangente, como enfatiza Carlos Alberto Bittar, titulares do direito à reparação - lesados ou vítimas - são as pessoas que suportam os reflexos negativos de fatos danosos; vale dizer, são aqueles em cuja esfera de ação repercutem os eventos lesivos, podendo ser aqueles sujeitos diretos, bem como a existência de dano moral reflexo ou por ricochete.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À EFETIVA REPARAÇÃO DO DANO

No presente momento, após a explanação acerca do dano moral em espécie, *mister* se faz a demonstração dos fundamentos constitucionais de sua incidência. Desta forma, por ferir um de seus fundamentos, qual seja a dignidade da pessoa humana, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura como direitos fundamentais, que se relacionam com o presente tema, a igualdade (art. 5º, *caput*), além de ser assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, e a conseguinte indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, inciso V), bem como caracterizando como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inciso X), e por fim, mas não menos importante, o direito fundamental garantido no capítulo dos direitos sociais incidente no art. 7º, inciso XXVIII, *in verbis*, [...] “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Todos os direitos fundamentais acima transcritos estão estritamente relacionados ao dano moral, na medida em que asseguram que o mesmo deverá ser reparado, na medida do dano sofrido, visando garantir o efetivo prejuízo, na medida dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial, pelos dispositivos retro indicados, desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla, inclusive não recepcionando a lei da imprensa na medida em que tarifava a sua incidência, pratica esta não amparada pelos direitos fundamentais.

Acresce, ainda, há precedentes do TST, que a indenização por dano moral decorrente de lesão ocorrida na relação de trabalho tem sede em outros dispositivos da Constituição Federal, além do inciso XXVII, do art. 7º, a saber, nos artigos 225, caput, § 3º, 170, caput e inciso VI:

"A par disso, cumpre acrescentar que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura ao empregado um meio ambiente de trabalho seguro e determina ao empregador a obrigação de preservar e proteger esse meio ambiente laboral. Com efeito, em seu artigo 225, caput, a Constituição Federal garante a todos, como direito fundamental, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele incluído o meio ambiente do trabalho, impondo "ao Poder Público e à coletividade" e, portanto, ao empregador o dever de defendê-lo e preservá-lo, assegurando, em seu parágrafo 3º, a obrigação de reparação de danos quando não cumprido o dever de preservação do meio ambiente. Nesse ínterim, o artigo 170, caput e inciso VI, da Constituição Federal preceitua que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e observando a defesa do meio ambiente. Portanto, acima dos objetivos econômicos, as empresas têm uma finalidade social a ser cumprida. Especificamente no âmbito do Direito do Trabalho, o constituinte originário posicionou-se pela defesa da saúde do trabalhador e

melhoria das condições de trabalho. Cita-se, como exemplo, entre inúmeros direitos assegurados, a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, conforme efetivamente garante o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal”.

Assim, extrai-se dos julgados acima que a constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados, ora entendimento como fundamentais coletivos e sociais, sendo que nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum, não podendo a constituição limitar-se por normal infraconstitucional, ou até mesmo permitir o tratamento discriminatório.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 223 – G DA LEI 13.467/2017

Salienta-se que na reparação dos danos extrapatrimoniais, conforme lição de Fernando Noronha, segue-se o “princípio da satisfação compensatória”, pois “o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um preço”, mas “será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física”.

Recentemente, fora aprovada a lei 13.467/2017, alterando a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) trazendo em seu texto a tarifação do dano moral, no art. 223 – G, §1º, *ipsis litteris*:

Art. 223-G. [...] § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”

Salienta-se que tal dispositivo viola manifestamente direitos fundamentais tanto coletivos quanto sociais, na medida em que na tentativa de tarifar a dimensão da violação ao patrimônio imaterial, que, como qualquer outro dano, se deveria, em verdade medir por sua extensão (conforme art. 944 do Código Civil), com este atuar legislativo, afronta claramente o texto constitucional, nos termos do inciso V do seu art. 5º, eis que este assegura o direito de resposta, de forma proporcional ao agravo, sem limitações.

Ademais, a lei baliza que a tarifação irá observar o “último salário do ofendido”, o que pode fazer com que um mesmo bem jurídico ofendido venha a merecer indenização em dimensões extremamente diferentes, violando, assim, o disposto no *caput* do art. 5º da Carta Magna, que pressupõe serem todos “iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, bem como afronta ao princípio da isonomia.

Desta forma, profissionais diferentes de uma mesma empresa, submetidos ao mesmo ilícito causador do dano moral, por possuírem salários diversos, terão indenizações em valores diversos, o que não traduz a ideia de dano moral exposta no presente trabalho, indo de encontro com toda sua finalidade.

Assim, leciona Martinez:

A tarifação do dano moral, por fim, parece ser violadora das disposições constitucionais, pois claramente o art. 5º, X, do texto fundamental prevê que seriam invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando-se-lhes o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação. Se a indenização decorre da violação, não há falar-se em tabelas fechadas ou em parâmetros circunscritos.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu matéria análoga ao julgar não recepcionada pelas normas constitucionais a lei da imprensa no tocante à tarifação dos danos morais, eis que a constituição garantiu a reparação pelo dano moral de forma irrestrita, não podendo esta ser limitada por norma infraconstitucional, afrontando a pirâmide de Kelsen.

"A nova Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do art. 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem (inciso V), e declarando invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X). Com essa disciplina, a Constituição criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente de violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao Direito Civil comum, e não a qualquer lei especial. Isto quer dizer, muito objetivamente, que não se postula mais a reparação por violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório. Diante dessa realidade, é inaplicável, até mesmo, a discutida *gesetzeskonformen versassung interpretation*, isto é, a interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária. Dentre os perigos que tal interpretação pode acarretar, GOMES CANOTILHO aponta 'o perigo de a interpretação da Constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional' (Direito Constitucional, Livraria Almedina, Coimbra, 5ª ed., 1991, p. 242). E tal é exatamente o que aconteceria no presente caso ao se pôr a Constituição na

estreita regulamentação dos danos morais nos casos tratados pela Lei de Imprensa."

Diante de tal entendimento, qualquer tentativa de tarifação ou restrição à reparação por danos morais, prevista em lei ordinária, padeceria de vício de inconstitucionalidade, por ofender o disposto no art. 5º, V e X, sendo bastante contundente a observação contida na ementa no sentido de que "estariamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição", sendo ainda mais retrógrada na lei analisada em tela eis que trata de maneira discriminatória os sujeitos ao estabelecer danos morais em relação ao salário do indivíduo e não em relação à extensão do dano moral, bem como suas finalidades, não havendo mínimo juízo de proporcionalidade e razoabilidade para arbitramento das questões, apenas margem de discricionariedade para verificar quando que será ofensa de natureza leve, média, grave ou gravíssima.

Magníficas também as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, ao acompanhar o voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 130/09:

"[...] o princípio da proporcionalidade, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. [...] Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art.

52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.”

Mutatis Mutandis.

“INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente”.

In fine, mediante a pesquisa realizada verificou-se que não existe respaldo na legislação brasileira que possibilite a tarifação do dano moral. Até por que, trata-se de um assunto de abordagem subjetiva, sendo praticamente impossível estabelecer valores de proporção uniforme para os mais variados casos, já que conforme decisão proferida no RE 396386 toda limitação, prévia e abstrata, ao valor da indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual constituição da república.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada, constatou-se diversos fundamentos para consubstanciar a inconstitucionalidade da referida reforma, na medida em que a CRFB/88 consagrou como direitos fundamentais coletivos e sociais a efetiva reparação do dano sofrido, de forma irrestrita, ou seja, sem limitações,

principalmente as derivadas de lei infralegal, que de nenhuma maneira poderá restringir a eficácia de tais cláusulas pétreas.

Ainda, trouxe à tona direta lesão a isonomia/igualdade garantida, na medida em que trabalhadores da mesma empresa, com salários diversos, acometidos pelo mesmo aporte fática causador de um dano, terão a reparação em valores diversos, não pela extensão do dano, mas sim pela tarifação de seus salários, o que demonstra total ofensa constitucional.

In fine, subsiste a violação ao princípio contido no inciso XXVIII do art. 7º da CF, eis que este garante uma indenização ampla do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, sendo tal reforma por inúmeros pontos um verdadeiro retrocesso em relação aos direitos fundamentais coletivos e sociais, resultando apenas no interesse da classe econômica empresária.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 1994.

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

BRASIL. STF. Rcl 18735 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 02/10/2014.

BRASIL, STF - RE: 396386 SP, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 29/06/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-08-2004.

BRASIL. TST.Processo: RR 1813-21.2013.5.09.0652 Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 15/12/2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANÇA, Limongi. **Reparação do Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: 1957.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Responsabilidade Civil, 8ªed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista**: entenda o que mudou, CLT comparada e comentada. São Paulo: Saraiva, 2018.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003,

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, 2 ed. São Paulo: Editora Forense: 1990.

ZANNONI, Eduardo A. **El Daño en la Responsabilidad Civil**, apud Wladimir Waller. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1982.

A COLABORAÇÃO COMO MEIO DE INTEGRAÇÃO ENTRE JUS-NATURALISMO, O POSITIVISMO E REALISMO

ALEXANDRE FRAGOSO SILVESTRE:

Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Especialista em Direito do Trabalho pela COGEAE Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Advogado.

O objetivo deste trabalho é defender que não há corrente filosófica, entre elas, *jus-naturalismo*, o positivismo e realismo que, sozinha, seja suficiente para conferir o melhor caminho para a entrega do direito para a sociedade.

Começamos traçando uma breve relação entre Jean-Jacques Locke, com breves notas sobre a biografia para situá-lo no tempo, a ordem jurídica pré-existente e o direito quântico.

O Direito tem função fundamental na sociedade.

Destina-se, em certa medida, a estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais. O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não^[1].

As leis assumem papel principal na organização das tramas sociais; solucionam problemas; conferem, idealmente, segurança jurídica aos cidadãos; trazem, de alguma maneira, uma expectativa de como as pessoas devem agir, se comportar, o que respeitar; elevam condutas importantes, sob o ponto de vista dos valores sociais, ao patamar de leis.

No entanto, não é menos verdade que todo o sistema do Direito atravessa um momento muito delicado, especialmente se analisarmos a judicialização que atravessamos nos últimos anos.

Além desta característica (judicialização) que pode ser entendida como um exemplo claro de que o sistema atravessa um momento de grande ineficiência de políticas públicas voltadas a propiciar um Poder Judiciário ("... só é válido como

direito o que os tribunais consideram como tal^[2]) mais eficiente, estamos vivendo uma passagem histórica de grande interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário e vice-versa; do Judiciário no Legislativo e vice-versa; o que tem se mostrado muito ruim para que as instituições amadureçam e entreguem à sociedade aquilo que se propõem.

As interferências, irritações ou *irritaciones*^[3] que são naturais para que os sistemas se desenvolvam, estão passando dos limites, desrespeitando preceitos elementares da divisão dos poderes citada na célebre teoria da *Separación dos Poderes* de Montesquieu.

Mas hoje, ainda, vivemos também a interferência de outros sistemas que, diga-se, de maneira contundente, nos Poderes, refiro-nos à mídia, à economia, à força que estes exercem nas decisões e rumos que os 3 (três) poderes da república sofrem.

O resultado desta interferência excessiva nos sistemas não está contribuindo para um melhor desempenho das instituições, demonstrando que a teoria de Luhmann sobre sistemas, quando este afirma que acoplamento é necessário para a evolução dos sistemas, no entanto, que o excesso de interferência de um sistema sobre o outro pode resultar na corrupção sistêmica, ou destruição do sistema, está absoluta e completamente correta.

Mas, sob a ótica de nossos estudos, há como prescindir do direito? Temos que não. Mas o que pretendemos alcançar? Qual o modelo de contrato social que será mais útil ao alcance dos objetivos da sociedade? Qual o melhor modelo de interpretação e aplicação do sistema Direito? São algumas indagações que nos propomos a abordar.

§ 1 – Jean-John Locke e Biografia

Entendemos ser conveniente uma análise da biografia, apontando um pouco do momento histórico em que viveu o autor, o que, em certa medida, contribui para uma melhor compreensão do tema abordado.

Jean-John Locke viveu de 1632 até 1704, um período de desordens e transformações políticas e intelectuais na Europa, sobretudo na Inglaterra.

Locke esteve no coração disso, participando ativamente do processo revolucionário realizado na Inglaterra, desde que deixou Oxford, com aproximadamente trinta anos, para ligar-se à casa do primeiro conde de Shaftesbury, fundador do partido Whig.

Foi médico, filósofo e político. Andou por áreas da química, meteorologia, teologia, metafísica, epistemologia.

Tornou-se amigo de cientistas de destaque, entre eles Robert Boyle [que rejeitando a teoria aristotélica dos quatro elementos (água, terra, ar e fogo), foi o primeiro a formular o moderno conceito de elementos químicos], o eminente médico Thomas Sydenham (que revolucionou a medicina baseando o tratamento das doenças na observação empírica dos pacientes), e, inclusive, Isaac Newton.

A experiência era a fonte de conhecimento para o círculo de relacionamento que Locke participava.

Locke colaborou para elaboração de uma constituição para a colônia de Carolina, situada na América do Norte.

Exerceu brevemente um cargo governamental quando Shaftesbury esteve no poder sob Carlos II, mas mais tarde escreveu e, muito provavelmente, conspirou contra Carlos e seu irmão James II.

Em 1683, após a conspiração para assassinar Carlos e James, Locke exilou-se na Holanda.

A Carta sobre a tolerância e os Dois Tratados sobre o governo versaram sobre os dois grandes temas políticos da época – a tolerância religiosa (guerras por convicções religiosas eram – e são – uma realidade) e o governo constitucional.

O importante trabalho UM ENSAIO SOBRE O ENTENDIMENTO HUMANO, tratou de filosofia geral, proveu uma teoria alternativa, discutindo razão, conhecimento, comunicação, linguagem, fé.

Voltando à Inglaterra com a deposição de James, Locke continuou a escrever extensamente sobre filosofia e religião até sua morte.

Foi conselheiro econômico do governo e ocupou o importante posto de Secretário da Câmara de Comércio e Colônias de 1696 a 1700.

A- CONTRATO SOCIAL

Uma das mais importantes e relevantes contribuições de Locke foi sua visão sobre o contrato social.

Locke é, portanto, um contratualista e reconhece/defende que a ordem jurídica pré-existente repousa em um “direito natural”, o qual consagra o direito à vida, bem-estar, segurança, à propriedade, “que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens”[4]; ordena a paz e a “conservação da humanidade”, e, para garantir que isso ocorra, o povo outorga poderes que todo homem detém no estado de natureza e, o fazendo, abre mão em favor da sociedade, e ali aos governantes que a sociedade colocou à sua frente, impondo-lhes o encargo, expresso ou tácito, de exercer este poder para seu bem e para a preservação de sua propriedade[5].

O contrato social surge de duas características fundamentais: a confiança e o consentimento. Se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento.

A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida, idealmente, confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade. Esses homens podem agir desta forma porque isso não prejudica a liberdade dos outros, que permanecem como antes, na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens decide constituir uma comunidade ou um governo, isto os associa e eles formam um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante.[6]

É, também segundo Durkheim[7], da natureza do ser humano se associar, vejamos:

“A vida em comum é atraente, ao mesmo tempo que coercitiva. Sem dúvida a coerção é necessária para levar o homem a se superar, a acrescentar à sua natureza física outra natureza; mas, à medida que aprende a apreciar os encantos dessa nova existência, ele contrai a sua necessidade e não há ordem de atividade em que não os busque com paixão.

Mas muitos outros fatores intervieram [para a vida em comum]: a proximidade material, a solidariedade de interesses, a necessidade de se unir para lutar contra um perigo comum, ou simplesmente de se unir, foram causas muito mais poderosas de aproximação.”

E, fruto da aproximação das pessoas, da constituição das sociedades, é inegável que será necessária a criação de regras, de leis, a existência de um aparato para dirimir as controvérsias que, certamente, surgiram em decorrência da coexistência dos seres humanos.

Locke defende um direito natural, direitos humanos universalmente aceitos, lei da natureza, intrínseca a todo indivíduo, do homem estar livre de qualquer poder superior diferente daquele que o homem consente e confia, onde o homem pode dispor de suas posses, onde se preserva a igualdade entre os homens.

Oras, se os homens são livres, todos podem exercer a posse de suas propriedades como bem quiserem, por que ter um Estado? Porque nem todos os homens são obedientes e observadores da equidade e justiça. Lembremos a máxima de Hobbes para quem o “homem é o lobo do homem” em um estado sem governante. Para Locke:

A razão por que os homens entram em sociedade é a preservação de sua propriedade; e o fim a que se propõem quando escolhem e autorizam um legislativo é que haja leis e regulamentos estabelecidos, que sirvam de proteção e defesa para as propriedades de todos os membros da sociedade, para limitar o poder e moderar a dominação de cada parte e de cada membro da sociedade.... buscando promover sua própria segurança e tranqüilidade .[8]

Afirma ainda que:

As coisas do mundo seguem um fluxo tão constante que nada permanece muito tempo no mesmo estado^[9].

Portanto, é plenamente sustentável a natureza associativa do ser humano. Uma associação para que os seres humanos possam conviver e se desenvolver com maior segurança.

B- ORDEM JURÍDICA PRÉ-EXISTENTE

Em meados do Século XVII, o cenário político se altera e surge a teoria discutida por Locke (1632 e 1704), que repensa Hobbes, tal como afirma Juliana Ferreira Antunes Duarte na Tese de Doutorado “Teoria jus-humanista multidimensional do trabalho sob a perspectiva do capitalismo humanista”:

“Atualmente, não se questiona mais o reconhecimento jurídico universal dos direitos humanos. Eles independem de positivação, por serem inatos aos seres humanos e preexistentes ao Estado, como idealizado por Locke ao repensar Hobbes, suas liberdades e garantias essenciais, modernamente conhecidos como direitos humanos.... Para Locke a lei de natureza é universal, eterna, imutável, obrigatória e sustenta a ordem positiva: “Se a lei da natureza não for obrigatória aos homens, tampouco será qualquer lei humana positiva.”

Desta forma, a lei deve vir do Parlamento, em detrimento do Poder soberano do Rei absolutista, típica da monarquia que Locke adverte quanto a este regime^[10]:

“pode-se sempre rechar que eles (único homem – rei) creiam ter um interesse distinto do resto da comunidade e então sejam capazes de aumentar suas próprias riquezas e seu poder, tomando do povo o que mais lhes convier.”

O Século XVII ficou marcado por constantes conflitos entre a autoridade real e a autoridade do Parlamento. Além disso, discussões e conflitos entre religiões e interesses econômicos divergentes também caracterizaram este período da história. Ocorreram grandes disputas entre a aristocracia medieval e a burguesia.

A Revolução Gloriosa representou a transição política de uma Monarquia Absolutista para um regime em que o Parlamento é ouvido, inaugurando a atual configuração da política inglesa, em que o poder do rei está submetido ao Parlamento.

O rei Guilherme III aceitou a “Declaração de Direitos” (Bill of Rights) e, em 1689, assumiu a Coroa, colocando fim no atrito entre o rei e o Parlamento.

A Declaração de Direitos é importante e relevante instrumento para se consagrar os direitos, liberdades, a separação dos poderes.

Neste ambiente, Locke traz uma ideia bastante interessante quanto às características do Parlamento, a saber[11]:

“Isso não deve ser muito temido em governos em que o legislativo consiste inteiramente, ou em parte, de assembléias de composição variável, e cujos membros, quando elas são dissolvidas, retornam à condição de súditos e estão sujeitos, da mesma forma que o restante das pessoas, às leis comuns de seu país.” (s.i.c.)

E impõe limites[12]:

Primeiro: Ele deve governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, e se abster de modificá-las em casos particulares, a fim de que haja uma única regra para ricos e pobres, para o favorito da corte e o camponês que conduz o arado.

Segundo: Estas leis só devem ter uma finalidade: o bem do povo.

Terceiro: O poder legislativo não deve impor impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, individualmente ou através de seus representantes. E isso diz respeito, estritamente falando, só àqueles governos em que o legislativo é permanente, ou pelo menos em que o povo não tenha reservado uma parte do

legislativo a representantes que eles mesmos elegem periodicamente.

Quarto: O legislativo não deve nem pode transferir para outros o poder de legislar, e nem também depositá-lo em outras mãos que não aquelas a que o povo o confiou.”

E qual a finalidade da lei? Locke defende^[13]:

“De forma que, mesmo que possa ser errada, a finalidade da lei não é abolir ou conter, mas preservar e ampliar a liberdade. Em todas as situações de seres criados aptos à lei, onde não há lei, não há liberdade. A liberdade consiste em não se estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas; o que não pode ocorrer onde não há lei: e não é, como nos foi dito, uma liberdade para todo homem agir como lhe apraz. (Quem poderia ser livre se outras pessoas pudessem lhe impor seus caprichos?) Ela se define como a liberdade, para cada um, de dispor e ordenar sobre sua própria pessoa, ações, possessões e tudo aquilo que lhe pertence, dentro da permissão das leis às quais está submetida, e, por isso, não estar sujeito à vontade arbitrária de outra pessoa, mas seguir livremente a sua própria vontade.”

Na sociedade civil, nenhum homem poderá ficar imune às leis!

O Senado deve se reunir de tempos e tempos e não ser permanente, porque isso, inclusive, é oneroso.

O objetivo do governo é o bem da comunidade, as modificações feitas visando este objetivo não podem ser um atentado aos direitos de ninguém!

Locke traz conceitos de que o trabalho, tempo dedicado a melhorar as coisas tiradas da natureza, agrega valor, riqueza ao produto obtido. Se eu criei, trabalhei naquilo, é meu, torna minha propriedade. Neste sentido:

“O que faz o pão valer mais que as bolotas, o vinho mais que a água e os tecidos ou a seda mais que as folhas, as peles ou o musgo, deve-se inteiramente ao trabalho e à indústria.”

O trabalho também une os homens e, de igual forma, cria direitos, obrigações, atrai a necessidade de regulamentações legais para balizar as relações.

O objetivo do governo, no cenário ideal, é o bem da humanidade!

E, para isso, a lei, os atores do poder judiciário, são imprescindíveis.

Não é novidade esta ideia e remonta, inclusive, aos ensinamentos de Aristóteles^[14], para quem:

“Diante do fato de que as ciências restantes se prestam ao uso desta e, visto que ela, ademais, estabelece leis quanto à conduta (o que as pessoas devem e não devem fazer), sua finalidade terá que incluir as finalidades de todas as demais. Determina-se, com isso, ser o *bem humano* (*tanthropinon agathon*) a sua finalidade, pois a despeito de o bem ser idêntico para o indivíduo e para o Estado, o do Estado é visivelmente maior e mais perfeito, seja a título de meta, seja como objeto de preservação. Assegurar o bem do indivíduo apenas é algo desejável; porém, assegurá-lo para uma nação ou um Estado é uma realização mais nobre e mais divina.”

Como visto, o objetivo do Estado de conferir aos cidadãos um lugar melhor para se viver é antigo, fato é que ainda não conseguiu, como regra, atingir este desiderato.

O caminho para atingir os objetivos do Estado permeia temas como o *jus-naturalismo*, positivismo e realismo e, neste sentido, entendemos que a melhor solução surgirá do equilíbrio entre todas as trilhas, visando-se a manutenção dos valores mais caros à preservação da sociedade, privilegiando o caráter associativo, colaborativo e fraterno do homem médio.

§ 2 - GOFFREDO TELLES JUNIOR

Viveu entre 16 de maio de 1915 e 27 de junho de 2009.

Formou-se no *Curso Superior* na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Turma de 1937. Soldado na Revolução Constitucionalista de São Paulo (1932). Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil como Solicitador – Acadêmico em 1935; como Advogado desde 1937. Foi advogado militante a vida inteira.

Professor de Direito da Faculdade (USP), desde 1940: a princípio, como Livre Docente, depois como Professor Catedrático, isto é, como Professor Titular. Tomou posse de sua Cadeira (*Introdução à Ciência do Direito*) no ano de 1954.

Lecionou durante quase 45 anos. Em 1985, por força de lei, foi aposentado compulsoriamente, ao atingir 70 anos de idade (idade limite).

Entre as inúmeras obras produzidas pelo saudoso Professor, dedicamo-nos à leitura da seguinte: *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, do onde se estrai que o direito surge nos estágios mais embrionários do ser humano, fruto da organização intracelular que se desenvolve e estimula o ser humano a conviver em sociedade e, assim, o direito, as regras de convivência, permitem o desenvolvimento social.

Da expressão associar, destacada do texto de Locke, no contrato social, decorre a convivência.

A- O DIREITO QUÂNTICO

O Professor Goffredo, na obra *Direito Quântico* [15] afirma:

“Cumprе lembrar, antes de mais nada, que os primeiros sinais da vida, na matéria do mundo, foram manifestações de um ácido, no núcleo das células. Foram – hoje sabemos – *mensagens genéticas*, emitidas pelo *ácido desoxirribonucleioco*, o já famoso *DNA*; o mesmo tipo de *mensagens* que o *DNA* continua a emitir permanentemente, sendo causa determinante de *predisposições* dos seres vivos.

Dessas indefectíveis *mensagens*, depende, certamente, a vocação *social* do gênero humano, isto é, o impulso natural para a convivência.

Tal é o motivo pelo qual dizemos que a primeiríssima fonte da *disciplina da convivência* se encontra situada no *patrimônio genético* do "animal político".

Destacando-se que termo *mensagens* relaciona-se às mensagens genéticas emitidas pelo DNA que é determinante de *predisposições* dos seres humanos.

Lembramos que DNA é uma molécula presente no núcleo das células, portanto, estamos dentro do universo extremamente pequeno, aproximando-se do universo quântico, e, aqui, temos a constatação que há uma força que move os seres para a vida em sociedade, mas não uma sociedade de conflito, mas uma sociedade de colaboração.

E isso digo porque sem a colaboração, a concatenação de atos individualizados para um fim, que é a constituição do ser humano, o agrupamento de células, não seria possível. E, concluindo, o emérito Professor, afirma:

"O termo *DIREITO QUÂNTICO* é um nome. É o nome criado pelo autor deste livro, com a intenção deliberada de assinalar que as *LEIS* – criações da inteligência, para a ordenação do comportamento humano em sociedade – são tempestivas expressões culturais de subjacentes, silenciosas e perenes disposições genéticas da Mãe-Natureza.

Esse nome foi inventado para lembrar que a *DISCIPLINA JURÍDICA DA CONVIVÊNCIA* é a ordenação do Universo no setor Humano."

Nesta linha, podemos afirmar que uma parte da teoria de Locke guarda íntima relação com a doutrina do Professor Goffredo, na medida em que ambos sustentam o caráter associativo e colaborativo dos seres humanos, lembrando que para Locke é de extrema importância o Parlamento, o poder legislativo, que é este que faz as leis para a manutenção da sociedade, assegurando *paz, tranquilidade, preservação da propriedade, a segurança e o bem público do povo* e o Professor Goffredo

aponta que a lei e o respeito a esta já está nas menores e mais delicadas estruturas do ser humano.

A COEXISTÊNCIA E COLABORAÇÃO

Há muito tempo a sociedade desenvolve mecanismos para permitir a manutenção e evolução dos seres humanos. Sem dúvida que a criação dos Estados contribui de maneira decisiva para o desenvolvimento da humanidade e isso se diz porque é da natureza do ser humano o convívio.

Para que este convívio seja salutar, é imprescindível a criação de regras, normas, leis, que haja representantes do povo para que se desenvolva uma liderança. A participação do povo conduz de maneira salutar à Democracia, a qual pressupõe a constituição de Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais devem coexistir e servirem de pesos e contrapesos ao desempenho de suas funções, respeitando-se seus limites e atribuições.

No âmbito do sistema judiciário repousa, precipuamente, as leis, interpretações, aplicação, o estabelecimento dos valores mais caros à sociedade e, logo, a proteção destes valores. Na linha de evolução dos valores, encontramos os direitos fundamentais, onde ganha especial destaque os direitos humanos.

O respeito e a execução, a implementação e realização destes direitos humanos poderão ser alcançados se respeitados de maneira equilibrada princípios e métodos de aplicação do *jus-naturalismo*, o positivismo e realismo, buscando-se a preservação da sociedade, privilegiando o caráter associativo, colaborativo e fraterno do homem, o qual pressupõe em nossos dias o desenvolvimento de uma melhor educação, respeito ao ser humano e amadurecimento com melhoria da cultura. Quaisquer das linhas (*jus-naturalismo*, o positivismo e realismo) aplicada isoladamente, constitui equívoco por ser, no mínimo, limitada.

NOTAS:

[1] Luhmann, Niklas. O direito da sociedade; tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 175.

[2] Apud, p. 407.

[3] Apud, p. 204.

[4] Locke, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Editora Vozes. 2006, p. 84.

[5] Ibid, 2006. p. 171.

[6] Ibid, 2006. p. 139.

[7] Luhmann, Niklas. O direito da sociedade. Tradução Saulo Krieger. – São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. XXII e XXIII.

[8] Ibid, 2006. p. 218.

[9] Ibid, 2006. p. 178.

[10] Ibid, 2006. p. 167.

[11] Ibid, 2006. p. 167.

[12] Ibid, 2006. p. 169.

[13] Ibid, 2006. p. 115.

[14] Aristóteles. *In* Ética a Nicômaco. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Edipro. 4ª Edição, 2014. P. 47.

[15] Telles Junior, Goffredo. Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 337.

EXECUÇÃO DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA E OS SUMÁRIOS MEIOS DE DEFESA IMPEDITIVOS DA PRISÃO DO EXECUTADO

MARCUS VINICIUS DA COSTA PAIVA:

Advogado. Procurador do Município de Jaçanã - RN. Graduado em Direito, na Universidade Federal da Paraíba (Campus I). Pós-Graduado em Direito Processual Civil no Centro Universitário de João Pessoa (Unipê).

RESUMO: A execução da prestação alimentícia, prevista no capítulo IV do Título II do Código de Processo Civil Brasileiro, enseja muitos questionamentos com relação ao rito de execução a ser seguido, além de tantas outras nuances intrigantes. Pelo fato de o rito do art. 528 do CPC implicar na sanção máxima ao ser humano no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a prisão, fervilham entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que se digladiam e, por vezes, convergem a um posicionamento mais pacífico. Assim, discute-se sobre a limitação do leque de defesa à disposição do executado, visto que a legislação a restringe textualmente às provas do pagamento e à impossibilidade de fazê-lo, preconizando, nitidamente, a célere satisfação do crédito. Nesse contexto, permeiam debates acalorados com relação à prisão no âmbito da execução da prestação alimentícia, tendo este trabalho a finalidade de aclarar pontos conflitantes mediante a recorrência aos entendimentos jurisprudenciais prevaletentes e atualizados à casuística.

Palavras-chave: Execução da prestação alimentícia. Sumários meios de defesa do executado. Impossibilidade de pagamento. Prisão.

ABSTRACT: The implementation of food provision, provided in chapter IV of Title II of the Brazilian Civil Procedure Code, requires many questions with respect to the run-Rite to be followed, as well as many other intriguing nuances. Because the rite of art. 528 of the CPC imply in the maximum penalty for the human being in the Brazilian legal system, that is, imprisonment, doctrinal and jurisprudential understanding swarm that jostle and sometimes converge to a more peaceful position. As well, it discusses about the limitation of range of Defense available to the executed, since the legislation restricts verbatim to the evidence of payment and the impossibility of doing so, clearly advocating the swift satisfaction of the claim. In this context, it is seen that permeate heated debates with respect to the arrest in the framework of the implementation of food provision, having this work to clarify

conflicting points by the recurrence to the prevailing case law understandings and updated the material.

Keywords: Implementation of food provision. Media briefs defending the run. Inability to pay. Prison.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Preferência entre a expropriação ou a coerção pessoal. 3. Meios de defesa do executado. 4. Prisão do devedor. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1 Introdução

Ao passo em que se busca a previsão legislativa da execução do crédito alimentar, o presente trabalho busca adentrar e analisar as nuances de defesa do réu no âmbito de cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, bem como dispor sobre o leque de opções aceitas pela jurisprudência para se apresentar em tal procedimento.

Percebe-se, a teor das possíveis consequências atinentes ao não pagamento das prestações alimentícias, que o executado se sujeita à prisão civil, de modo a implicar um temor latente ao alimentante de ser ver encarcerado pela falta ou insuficiência de integral pagamento alimentício.

Nesse viés, diante das disposições do Código de Processo Civil de 2015 e do CPC de 1973 em confronto com a lei nº 5.478/1968 (Lei de alimentos), percebem-se, ainda, dissonâncias de prazo limite para que o réu seja privado de liberdade em decorrência do inadimplemento alimentício, de modo a surgirem doutrinas que se alinham em verificar o prazo máximo de três meses e outros posicionamentos que reiteram o grau de especialidade da lei de alimentos ao restringir a prisão a sessenta dias.

Nessa toada, o presente artigo busca trazer à baila discussões sobre a importância e efetividade da previsão legislativa dessa coerção pessoal com a finalidade de evitar alimentandos relegados às vitais dificuldades de sobrevivência humana.

2 Preferência entre a expropriação ou a coerção pessoal

O meio executório da coerção pessoal desponta como grande fator de eficácia no adimplemento das prestações de caráter alimentício, levando os devedores a uma célere reflexão das consequências iminentes em não prestar os alimentos.

As forças da ideologia liberal, defensoras da máxima da intangibilidade física do executado, avaliam negativamente o aprisionamento do devedor, o qual, segundo as mesmas, teria o condão apenas de implicar na dor, sofrimento e crueldade.

Nesse viés, com resquícos nessas teses, os tribunais adotaram uma sequência de meios executórios a serem esgotados para, finalmente, aplicar a coerção pessoal. Com essa lógica, a prisão do inadimplente só passa a se justificar como último recurso, depois de exauridos todos os meios hábeis de constrição.

Trazendo os fundamentos constitucionais à tona, observa-se que o art. 5º, LXVII, da Lei Maior excepciona dois casos à proibição de prisão civil por dívidas: o depositário infiel (todavia, é considerada ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito, segundo a Súmula Vinculante nº 25, do Supremo Tribunal Federal) e o inadimplente voluntário combinado à inescusável obrigação alimentícia. Largamente conhecida como constituição-cidadã, a Carta Política de 1988, diante de todos seus valores democráticos, previu a inequívoca prisão do devedor de prestação alimentícia, de modo a elevar ao clímax supremo a valoração dispendida ao adimplemento de uma prestação tão vital como a dos alimentos.

Ao se suscitar os reais graus de eficácia da medida prisional, o devedor, na verdade, se depara com uma situação engessadora, visto que o obrigado preso se vê impossibilitado de solver a dívida, ao restar impedido de buscar outros meios hábeis para solucionar o problema. De todo modo, não se pode negar a congênita coação psicológica que uma reprimenda de tamanha magnitude possa causar ao alimentante durante o lapso temporal conferido pela legislação para que o mesmo comprove ou efetue o pagamento solicitado.

Aliado a isso, o eminente Amílcar Castro, na época do CPC de 1939, já adjudicava à prisão um "remédio heroico, só aplicável em casos extremos, por

violento e vexatório”. Nesse viés, há uma gama doutrinária resistente em aceitar a implicação de uma prisão face ao não pagamento de uma dívida, por mais que essa tenha a natureza alimentícia.

Logo, descartadas as ocorrências de imprudência e da inadmissibilidade da pretensão do crédito, acobertada, a rigor, de um título executivo judicial, e observada a ampla defesa ao alimentante no prazo fatal de três dias, essa via se mostra, em tese, apta a produzir a efetivação creditícia.

Não obstante, são raros os episódios em que o executado logre êxito em demonstrar uma justificativa razoável e boa o suficiente para delongar o adimplemento da prestação.

Com relação às medidas dotadas de grande eficácia disponíveis no Código de Processo Civil com relação ao alimentante servidor público ou privado sujeito à legislação trabalhista, o art. 529 estipula que se pode proceder à efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha. Tal comunicação para realização do desconto é efetuada quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação trabalhista, havendo, para tanto, seu direcionamento à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, em que constarão os nomes do credor, do devedor e seus respectivos números de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, a importância da prestação, o período de duração, bem como a conta na qual deve ser feito o depósito.

Outrossim, escolhido o rito do art. 528 do CPC, restam restrições quanto ao número de prestações vencidas, mormente quando se depara com o esvaziamento de sentido ao se privar a liberdade de um cidadão frente à inadimplência de prestações remotas. Nesse sentido, antes de o § 7º do art. 528 do CPC delimitar o rito às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução, a jurisprudência, analisando detidamente as situações concretas, fixou assim em três a quantidade de alimentos pretéritos que teriam o condão de possibilitar o emprego da prisão. Essa limitação temporal encontra supedâneo finalística na suposta desfiguração da dívida alimentícia propriamente dita, visto que o atraso no cumprimento dela desaguaria certamente em sua conversão indenizatória.

Desse modo, vale salientar que as prestações vincendas também serão consideradas como incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do exequente, por se tratar de uma obrigação de cumprimento periódico, conforme inteligência do art. 323 do CPC e texto expresso do § 7º do supramencionado art. 528 do mesmo código.

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento segundo o qual o executado, para livrar-se da prisão civil, está obrigado a pagar as três parcelas anteriores ao ajuizamento da execução, além das subsequentes durante o curso do processo. Vejamos, então, o texto da Súmula nº 309, STJ, que teve sua redação reformulada: "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (redação DJU 24.04.2006)".

É bom lembrar, no entanto, que essa súmula tinha uma redação diferente, pois ela autorizava, anteriormente, a prisão do alimentante diante do acúmulo das três prestações anteriores à citação e das que se vencerem no curso do processo. Ocorre que, quando da elaboração do seu texto originário, havia apenas três precedentes nesse sentido, opondo-se a toda uma evolução jurisprudencial que vinha sendo trilhado no STJ para tornar o marco dessa execução o ajuizamento da mesma, e não a citação. Firmou-se, então, posicionamento pacífico, a exemplo da ementa a seguir transcrita:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. INADIMPLÊNCIA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. LEGALIDADE DA PRISÃO. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA N. 309/STJ. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE ACORDO QUE AFASTA A COBRANÇA DAS PARCELAS ANTIGAS PELO RITO DO ART. 733 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Constata-se a legalidade da prisão civil, segundo o disposto na Súmula n. 309/STJ, que assim determina: "O débito alimentar que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo".

2. Inexistindo pagamento ou renegociação da dívida que ocasionou o decreto de prisão do alimentante, mantém-se a cobrança das parcelas nos termos do art. 733 do CPC.

3. Ordem denegada.

[HC 236.944/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013]

Essa restrição aos três meses é alvo de críticas que remetem à reflexão, como a de Leonardo Greco, ferrenho opositor, que acusa essa sistemática de carecer de fundamentação plausível, considerando que o envelhecimento da dívida não tem o poder de alterar sua natureza, mas apenas de repercutir no padrão de subsistência do alimentando que não obteve os suprimentos necessários ao seu digno convívio diário.

3 Meios de defesa do executado

Recebida a inicial, o magistrado irá realizar o controle desta, em suma, verificando os pressupostos de existência, validade e eficácia do procedimento executivo, de maneira que o juiz se limita a deferir a citação do executado, nos parâmetros do pedido, após analisado tal juízo positivo sobre a admissibilidade da demanda.

Inicialmente, a limitação à citação do executado tem seu fundamento na advertência do mesmo, haja vista que o pronunciamento judicial versará sobre o aviso de que o devedor está sujeito à pena de prisão caso deixe de pagar/complementar a prestação alimentícia ou quede-se inerte em provar seu adimplemento ou em justificar sua impossibilidade no cumprimento da obrigação.

Insta frisar, outrossim, que a citação proveniente da ação executiva tratada já é pretexto suficiente para suscitar a impetração de *habeas corpus* preventivo, justamente por se enquadrar patente ameaça à liberdade de locomoção do cidadão.

Deparando o magistrado com um defeito sanável, determina-se a correção da inicial, mas, se tal despacho judicial for ignorado, será sentenciado o processo sem resolução de mérito, seguindo os ditames do art. 485, I, CPC.

Destarte, decorridos os três dias, contabilizados a partir da juntada do mandado de citação aos autos, o executado gozará das seguintes alternativas: adimplir/complementar a obrigação, justificar-se ou silenciar-se.

O art. 733 do CPC enumera, deste modo, opções com defesas revestidas de natureza sumária, dispondo o juiz de uma cognição limitada, não podendo esquecer, entretanto, das matérias que admitem conhecimento de ofício, como a admissibilidade de rito.

Voluntariamente, o executado dispõe de três dias para efetuar o cumprimento de sua obrigação.

Aplicando-se o art. 524 do CPC, o credor irá apresentar o demonstrativo discriminado e atualizado do crédito até a data da propositura da ação, dentre os documentos elencados a instruírem a petição inicial.

Quando suscitada a dúvida com relação ao valor exato, não seria desarrazoada a utilização da contadoria do juízo como auxiliar do magistrado, ainda mais porque, com o amparo do art. 524, § 2º, CPC, forneceria instrumentos ao controle do quantitativo posto em questão.

Na hipótese de a dívida necessitar de operações correlatas a acessórios supervenientes, e ainda, estando o executado na intenção de cumprir, será necessário intimá-lo do cálculo, e examinar e julgar as refutações provenientes da nova contabilidade, para que se cogite o decreto de prisão.

De toda sorte, a exclusão total da possibilidade de prisão só ocorre indubitavelmente com o pagamento integral. Todavia, brotam questionamentos práticos sobre qual consequência, no caso concreto, pode despontar em face do pagamento parcial da prestação requerida judicialmente.

Nesse viés, fervilham discussões jurisprudenciais sobre a capacidade que o pagamento fracionado da prestação em tela teria para elidir o cerceamento da liberdade da pessoa. Favoravelmente ao devedor, uma parte dos julgadores

entende que, mesmo realizado de modo parcial, esse pagamento figura em um início de prova de momentânea impossibilidade de satisfazer por inteiro a obrigação.

Entretantes, o Superior Tribunal de Justiça é assente em afirmar que o pagamento parcial da dívida não é capaz de elidir a prisão civil do devedor de alimentos. Nessa perspectiva, colhe-se uma ementa bastante elucidativa:

RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PAGAMENTO PARCIAL. INADIMPLEMENTO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS NO CURSODO PROCESSO. PRISÃO CIVIL. LEGALIDADE. SÚMULA 309/STJ - MAIORIDADE DA ALIMENTANDA. SÚMULA 358/STJ. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA DO DEVEDOR E DA NECESSIDADE DO ALIMENTANDO. MATÉRIA DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA. 309358

1 - O pagamento parcial do débito alimentar não produz o efeito de liberar o devedor do pagamento do restante do débito e da consequência da decretação prisão por dívida alimentar. (grifo nosso)

2 - Desnecessário ajuizamento de novo processo de alimentos pelo alimentando, após o pagamento de parcela do débito, no caso de inadimplemento do restante, podendo a prisão do alimentante ser decretada, configurado o inadimplemento, no mesmo processo, até porque "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo"(Súmula 309 do STJ). Inteligência do art. 733 do Código de Processo Civil.

3.- Devidos os alimentos na integralidade, mas prestados apenas em parte, não ocorre prescrição quanto ao valor restante a pagar a parte pendente do débito integral. 4. [...].

5.- Recurso Ordinário em Habeas Corpus improvido, revogado a liminar com observação

[STJ, HC 33931 SP 2012/0205952-1, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/02/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2013]

E mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça corroborou tal entendimento ao preceituar que o juiz não pode liberar o devedor de alimentos da prisão alegando que ele pagou quase toda a dívida e que, portanto, deveria ser aplicada a teoria do adimplemento substancial. Nesse sentido, vejamos:

HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. NÃO INCIDÊNCIA. DÉBITO ALIMENTAR INCONTROVERSO. SÚMULA N. 309/STJ. PRISÃO CIVIL. LEGITIMIDADE. PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. IRRELEVÂNCIA DO DÉBITO. EXAME NA VIA ESTREITA DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Teoria do Adimplemento Substancial, de aplicação estrita no âmbito do direito contratual, somente nas hipóteses em que a parcela inadimplida revela-se de escassa importância, não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, revelando-se inadequada para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar.

2. O pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a possibilidade da prisão civil. Precedentes.

3. O sistema jurídico tem mecanismos por meio dos quais o devedor pode justificar o eventual inadimplemento parcial da obrigação (CPC/2015, art. 528) e, outrossim, pleitear a revisão do valor da prestação alimentar (L. 5.478/1968, art. 15; CC/2002, art. 1.699).

4. A ação de Habeas Corpus não é a seara adequada para aferir a relevância do débito alimentar parcialmente adimplido, o que só pode ser realizado a partir de uma profunda incursão em elementos de prova, ou ainda demandando dilação probatória, procedimentos

incompatíveis com a via estreita do remédio constitucional.

5. Ordem denegada.

(HC 439.973/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 04/09/2018)

Com relação às despesas processuais e aos honorários advocatícios, a jurisprudência se firmou pela sua não inclusão no montante capaz de ensejar a prisão civil do devedor. De outra banda, surgem os questionamentos no que tange à inserção na verba alimentar da correção monetária e dos juros, visto que, caso não os considere, estará se incorrendo em uma inevitável perda do poder aquisitivo da moeda, de modo a diminuir significativamente o padrão de sobrevivência do alimentário. Nesse viés, constata-se que urge abranger a correção monetária e os juros no pagamento da dívida alimentícia atrasada.

O art. 528, caput, do CPC, ao prever a defesa do alimentante, restringe, portanto, textualmente a defesa do executado às provas do pagamento e à impossibilidade de fazê-lo. Abre-se, portanto, ao executado uma defesa sumária, de maneira a permitir o conhecimento pelo juiz de questões de regra remetidas à demanda de embargos.

Ao executado possibilita-se alegar, também, preliminares, além de tudo quanto atingir a disciplina de pressupostos processuais e condições da ação.

De início, a exceção do pagamento abrangerá os fatos extintivos, modificativos e impeditivos, a exemplo das transações e novações tão corriqueiras. Já com relação à "impossibilidade temporária de efetuar o pagamento", os doutrinadores alertam que tal alegação só será palpável caso seja imbuída de temporariedade, isto é, somente terá o condão de justificar a ausência de adimplemento um motivo provisório, como o desemprego, doença própria ou de familiares.

No que tange a uma impossibilidade definitiva, de modo a ocasionar o desfazimento do título, resta inexecutável esse desígnio, haja vista que atingiria frontalmente a existência da pretensão creditícia, algo que o art. 528, *caput*, do CPC, não excepciona, por não ser possível essa desconstituição na própria demanda executória.

Vale salientar que o executado tem o ônus de alegar e provar essa impossibilidade temporária de cumprimento da obrigação. Nesse sentido, as jurisprudências vêm construindo algumas justificativas capazes de impedir provisoriamente a decretação da prisão, tais como: o desemprego, surgimento de moléstia, despedida de um dos empregos que mantinham o devedor ou até mesmo a pendência paralela de demanda exoneratória da obrigação alimentar.

Todavia, com relação ao ajuizamento de demanda exoneratória, não há o afastamento, por si só, da prisão arrimada no Código de Processo Civil, conforme se deflui expressamente do entendimento do Tribunal Superior:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PREVENTIVO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PENSÃO ALIMENTÍCIA. INADIMPLEMENTO. PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 309/STJ. AÇÕES REVISIONAIS EM CURSO. INAPTIDÃO PARA AFASTAR O DECRETO PRISIONAL. EXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE.

1. "A falta do pagamento integral das prestações alimentícias autoriza a prisão civil do devedor" (RHC 21514/GO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 17/09/2007).

2. [...]

3. O mero ajuizamento de ação revisional não justifica, por si só, o afastamento da exigibilidade da prisão civil embasada no art. 733 do Código de Processo Civil. (grifo nosso)

4. Refoge ao conteúdo restrito do remédio heróico a investigação a fundo de matéria de fatos e provas.

5. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

6. Recurso ordinário a que se nega provimento

[STJ, RHC 28.309/BA, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 25/08/2010]

Não é despiciendo advertir que todas aquelas situações elencadas deverão ser cabalmente comprovadas, de forma a se consubstanciar prova convincente de uma das situações efêmeras. Isso porque a simples alegação de desemprego não é o suficiente para eximir o devedor do pagamento das prestações atrasadas.

O que não poderá haver é o descarte da apreciação da justificativa do devedor com relação à impossibilidade de arcar com o ônus do débito, de modo a implicar em sua prisão sumária. O direito à prova deve ser suscitado como meio de defesa ampla, sendo permitido até, em algumas casuísticas, a produção de prova oral em audiência.

Perspicazes questionamentos martelam a consciência de muitos. O desemprego, a doença, a falta de recursos pecuniários seriam fatos que exonerariam o alimentante de prestar uma obrigação tão vital à sua prole? Quanto ao devedor que intencionalmente dissipou seus recursos com despesas fúteis, a prisão seria uma medida inócua e simplesmente punitiva?

Ocorre que o julgamento neste procedimento executório não se perfaz sob o prisma ético ou penal. Ora, a execução se constitui em atividade prática com fim de satisfazer os créditos, logo o meio *in executivis* necessita de uma razoável expectativa de que o devedor irá satisfazer seu crédito diante da manifesta aparência de que o devedor sursupia os recursos próprios do alimentando.

4 Prisão do devedor

Diante da inércia do devedor ou sendo rejeitada sua justificativa, preenchidos os requisitos legais, o magistrado decretará sua prisão civil, no intuito de forçá-lo ao adimplemento, embora os efeitos práticos de tal medida sejam alvos de críticas finalísticas.

No que se relaciona ao prazo da prisão do alimentante, existe uma grande celeuma legislativa nesse aspecto, visto que o art. 528, § 3º, CPC, estipula o

lapso temporal de um a três meses. Já o art. 19, *caput*, da lei nº 5.478/1968 prevê o tempo de prisão em até sessenta dias.

Athos Gusmão Carneiro, utilizando uma interpretação literal, defende que a execução de alimentos provisionais deverá obedecer ao prazo máximo de três meses, conforme preceitua o Código de Processo Civil, ao passo que, em se tratando de alimentos definitivos, não poderá ultrapassar os sessenta dias previstos na lei nº 5.478/1968.

De outra banda, Barbosa Moreira professa que o art. 19, *caput*, parte final, da lei nº 5.478/1968, onde expressa o prazo máximo, estaria derogado. No entanto, Yussef Said Cahali se contrapõe ao mesmo, lembrando que é proibida derrogação de lei especial por lei geral superveniente, conforme o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro).

O ilustre Adroaldo Furtado Fabrício doutrina que, mesmo com a posterior entrada em vigor do antigo CPC, isto é, em 01/01/1974, e diante da alteração da lei nº 4.657/1942 pela lei nº 6.014/1973 em 27/12/1973, o prazo máximo de prisão continuaria seguindo os preceitos da legislação especial, com fulcro na “regra mais favorável ao paciente da medida excepcional”.

Na mesma linha de raciocínio, o eminente Araken de Assis se posiciona, ressaltando o princípio da dignidade da pessoa humana. Vejamos:

Em que pese a divisão da doutrina, o caráter duvidoso da almejada uniformidade do prazo, o campo diferente – alimentos provisionais/alimentos definitivos – e bem delimitado de aplicação das normas, e as objeções técnicas no âmbito do direito intertemporal à última orientação, dúvida alguma há do renovado prestígio da corrente doutrinária. Assim, alterando a opção anteriormente realizada, adota-se, aqui, a tese de que, em nenhuma hipótese, o prazo excederá a sessenta dias, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Favorece a exegese o disposto no art. 620: a prisão é providência executiva e o procedimento executório se desenvolverá pelo meio menos gravoso ao devedor. (ASSIS, 2012, p. 1018)

Partidários dessa corrente, alguns tribunais de justiça no Brasil pactuam também desse juízo, conforme se pode constatar nos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS PELO RITO DO ART. 733 DO CPC. ESTABELECIDO O PRAZO DE 90 DIAS DE PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO PARA 60 DIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 19 DA LEI N.º 5.478/68. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.733 CPC195.478.

[1011091 TJ - SC 2011.101109-1, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 07/02/2012, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Habeas Corpus n. , de São Bento do Sul]

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS. PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS. Não há falar em ilegalidade do ato, tendo em vista o pagamento parcial da dívida sob execução. Ademais, eventual discussão acerca do montante vigente para a obrigação alimentar deve ser veiculada em ação revisional.**Todavia, o prazo de segregação não deve ultrapassar 60 (sessenta) dias, conforme disposição legal** . CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM.

[Habeas Corpus Nº 70044702827, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 22/09/2011]

Entretanto, cabe frisar que esse posicionamento doutrinário não é o mesmo do Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, fixa, de uma forma geral, o prazo máximo da prisão por decorrência de execução de alimentos em três meses, em face da inteligência do Código de Processo Civil. Assim, além do HC 100.104/RJ, de relatoria da então Ministra Ellen Gracie, da 2ª Turma, segue outro excerto:

HABEAS CORPUS. DEVEDOR DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. DECRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. POSSIBILIDADE DE UNIFICAÇÃO DAS EXECUÇÕES NUMA ÚNICA ORDEM DE PRISÃO. SÚMULA 309 DO STJ. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE ECONÔMICA PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I - Consoante dispõe o art. 733, § 1º, do Código de Processo Civil, se o devedor de alimentos, intimado para efetuar o pagamento, não o faz nem justifica a impossibilidade de fazê-lo, o juiz poderá decretar sua prisão pelo prazo de 1 a 3 meses, tal como ocorreu. Não há, nesse ato, qualquer ilegalidade ou abuso de poder que justifique a concessão da ordem. [...]

III - A análise da suposta incapacidade econômica do executado ou do alegado cerceamento de defesa não tem lugar em habeas corpus, por demandar aprofundado exame dos fatos e provas da causa, providência sabidamente inviável nesta via. Precedente.

IV - Ordem denegada.

[STF, HC 112254 RJ, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 04/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 14-12-2012 PUBLIC 17-12-2012]

Outrossim, urge salientar que o Novo Código de Processo Civil reiterou, em 2015, o prazo limite de três meses para a prisão do devedor de pensão alimentícia, a despeito da lei nº 5.478/1968, conduzindo muitos juristas a doutrinarem que deverá ser esse o prazo-limite a ser observado.

Ademais, não há que se esquecer de mencionar a possibilidade de reiteração das prisões, tantas vezes quantas forem necessárias, seja no curso do mesmo processo ou em outro, estando, todavia, aberta a oportunidade de adimplir a dívida, de modo atingir a liberdade. Mas, para tanto, a dívida capaz de renovar o

aprisionamento deverá ser uma diversa da originária, isto porque constitui ilegalidade manifesta prorrogar a custódia relativa a uma única dívida sob o argumento de que o devedor iria permanecer inadimplente.

Torna-se mister lembrar que o CPC/1973, através do art. 733, continha um trecho que foi suprimido pela lei nº 6.515/77, em que dispunha *ipsis litteris*: “mas o juiz não lhe imporá segunda pena, ainda que haja inadimplemento posterior”. Ocorre que, analisando essa passagem, emergiu, no entanto, a constatação de que se tratava de uma relação jurídica continuativa, de modo a ser possível iterar o descumprimento da obrigação em uma data futura.

Nesse viés, o Superior Tribunal de Justiça é enfático em declarar a possível prisão por dívida posterior, não havendo impedimento legal para que a decretação de prisão seja realizada contra o mesmo devedor de alimentos, mesmo que referente a lapsos temporais diversos.

É exatamente o que dispõe a relatoria do Ministro Raul Araújo:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS. RENOVAÇÃO DE DECRETO PRISIONAL. POSSIBILIDADE. CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. QUESTÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NA VIA ESTREITA DO WRIT.

1. É possível a renovação do decreto de prisão do devedor de pensão alimentícia que, tendo quitado parte do débito alimentar, volta a descumprir as prestações subsequentes.

2. Ante a recalcitrância do alimentante, mostra-se possível a renovação do decreto prisional, desde que não ultrapassado o limite de três meses estabelecido no § 1º do art. 733 do CPC. (grifo nosso)

3. É assente na jurisprudência desta eg. Corte que não é o habeas corpus a via adequada para se discutir questões de fato relacionadas à capacidade financeira do executado.

4. Ordem denegada^[1].

[STJ, HC 213.646/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011]

Entretanto, cabe ainda pontuar que o habeas corpus não é o meio adequado para ver alterado o objeto da prestação alimentícia, visto que tal instrumento não permite cognição aprofundada, amparada pelo contraditório entre as partes, com relação aos elementos de prova, necessário ao exame da matéria, pois é incompatível com a via do habeas corpus a verificação das condições financeiras do alimentante em prosseguir no pagamento da pensão alimentícia.

Apesar de haver essa restrição à análise da legalidade ou não dos fundamentos em que se baseia o decreto prisional, o STJ se depara corriqueiramente com habeas corpus imbuídos de pedidos modificadores da prestação alimentícia. Notem-se alguns:

RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PAGAMENTO PARCIAL. INADIMPLEMENTO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS NO CURSODO PROCESSO. PRISÃO CIVIL. LEGALIDADE. SÚMULA 309/STJ - MAIORIDADE DA ALIMENTANDA. SÚMULA 358/STJ. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA DO DEVEDOR E DA NECESSIDADE DO ALIMENTANDO. MATÉRIA DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA.

1. [...]. 4. - O Habeas Corpus não permite cognição aprofundada, com contraditório entre as partes, no tocante aos elementos de prova, necessário ao exame da matéria, pois restrito à análise da legalidade ou não dos fundamentos em que se funda o decreto prisional, de modo que as matérias fáticas desbordantes da pura interpretação legal, trazidas pela impetração, não podem ser examinadas no Recurso Ordinário em Habeas Corpus, necessitando, o deslinde, eventualmente até mesmo de cálculos, de maneira que deve reservar-se a matéria à dedução e julgamento no âmbito dos próprios processos alimentares e seus recursos. 5.- Recurso Ordinário

em Habeas Corpus improvido, revogado a liminar com observação.

[STJ, HC 33931 SP 2012/0205952-1, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/02/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2013]

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. SÚMULA 309/STJ. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PAGAMENTO PARCIAL. IRRELEVÂNCIA. CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. AFERIÇÃO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PEDIDO ALTERNATIVO DE PRISÃO DOMICILIAR. ORDEM DENEGADA. 1. [...] 2. [...] 3. É incompatível com a via do habeas corpus a aferição da real capacidade financeira do alimentante em prosseguir no pagamento da pensão alimentícia, uma vez que o remédio heróico, por possuir cognição sumária, não comporta dilação probatória, tampouco admite aprofundada análise de fatos e provas controvertidos. Destarte, tal questão deve ser ventilada na via apropriada, como a revisional de alimentos ou a própria execução. 4. A jurisprudência desta Corte, somente tem admitido o recolhimento domiciliar do preso portador de doença grave quando demonstrada a necessidade de assistência médica contínua, impossível de ser prestada no estabelecimento prisional (HC 55421/SC, Rel. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 26/11/2007). 5. Ordem denegada.

[STJ, HC 178652 SP 2010/0125317-8, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 07/12/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/12/2010]

Logo, levando em consideração que a ação de habeas corpus, de rito sumário, não se presta à dilação probatória, ainda mais sobre fatos que demandariam profundo reexame do quadro fático-probatório, a exemplo da capacidade econômico-financeira do executado, os caminhos adequados para a

modificação direta da prestação alimentícia estaria no ajuizamento de ação revisional ou de ação exoneratória.

Por derradeiro, não se pode olvidar a possibilidade disposta pela jurisprudência de o devedor propor o parcelamento da dívida, só podendo ser acolhida, entretanto, caso haja anuência do credor com relação ao prazo e ao valor.

5 Considerações Finais

Diante de todo o exposto, pôde-se constatar que a execução da prestação alimentícia regida pelo art. 528, do Código de Processo Civil possui meios sumários de defesa, visto que há uma limitação textual da defesa às provas do pagamento e à impossibilidade de fazê-lo, de modo que a execução preconiza uma busca prática com o fim de satisfazer os créditos.

Viu-se que quanto à "impossibilidade temporária de efetuar o pagamento", os doutrinadores frisam que tal alegação só será palpável caso haja o caráter da temporariedade no motivo suscitado, isto é, somente será aceita a justificativa cabalmente demonstrada com o agente provisório.

No que tange à exclusão total da possibilidade de prisão, só ocorrerá, sem dúvidas, com o pagamento integral, isto porque, com afinco no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o pagamento parcial do débito alimentar não produz o efeito de liberar o devedor do pagamento do restante do débito e da consequência da decretação da prisão por dívida alimentar.

Nessa fase executória, não se inquire uma dilação probatória, ainda mais sobre fatos que demandariam profundo reexame do quadro fático-probatório, a exemplo da capacidade econômico-financeira do executado, restando, para tanto, os caminhos alternativos à modificação direta da prestação alimentícia que se situam no ajuizamento de ação revisional ou de ação exoneratória.

Vislumbrou-se, ainda, certa celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca do prazo máximo da prisão civil do alimentário, visto que o art. 528, § 3º do CPC estipula o lapso temporal de um a três meses, com remissão aos "*alimentos provisionais*", ao passo que o art. 19, *caput*, da lei nº 5.478/1968 prevê o tempo de prisão em até sessenta dias, quando o objeto da pretensão se tratar de "*alimentos definitivos*".

Analisadas detidamente todas as nuances, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal decide, hodiernamente, que, se o devedor de alimentos, intimado para efetuar o pagamento, não o faz nem justifica a impossibilidade de fazê-lo, o juiz poderá decretar sua prisão pelo prazo de um a três meses, consoante inteligência do art. 528, § 3º, do Código de Processo Civil.

Logo, como sabido, o decreto de prisão civil do devedor de alimentos, amparado pelo art. 5º, LXVII, da [Constituição Federal](#), é modo coercitivo de obrigar o inadimplente a cumprir com sua obrigação, cujo procedimento vem previsto no art. 528 do [Código de Processo Civil](#) de 2015, coagindo, portanto, o devedor a não atrasar mais de três parcelas da prestação alimentícia, sob ameaça de sofrer a coerção pessoal.

6 Referências Bibliográficas

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. Volume 3.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 15. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

_____. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Volume I.

HERTEL, Daniel Roberto. **Curso de execução civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEVES, Daniel Moreira Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de alimentos**. 4. ed. Porto alegre: livraria do advogado, 2007.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Volume 2.

A GARANTIA CONSTITUCIONAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: IMPACTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA CELERIDADE DO PROCESSO

FELIPE PACHECO CAVALCANTI: Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Uniderp. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade ASCES. Arcoverde/PE.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar quais são inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 que contribuem para a celeridade dos processos judiciais. Para alcançar os objetivos mencionados será realizada pesquisa de natureza explicativa, utilizando principalmente análise qualitativa de obras bibliográficas sobre a temática abordada no trabalho.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A tempestividade da tutela jurisdicional: generalidades; 1.1. Razões para um novo Código de Processo Civil; 2. As contribuições do Código de Processo civil de 2015 para a duração razoável do processo; 2.1. Implicações do julgamento de casos repetitivos na celeridade processual 3. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil foi formulado após longo diálogo entre legislador, comissão formada por juristas renomados, membros do Poder Judiciário, da Ordem dos Advogados do Brasil e, não menos importante, representantes da sociedade civil, na exposição de motivos do Código fica claro o comprometimento do novel diploma com a duração razoável do processo, prestígio a celeridade e a efetividade do processo.

A partir desse novo paradigma despontam diversos questionamentos, sobretudo como o Código de Processo Civil irá impactar na celeridade da tramitação dos processos, a fim de assegurar o direito fundamental à duração razoável do processo.

Nesse contexto, o presente trabalho científico terá por finalidade examinar quais são inovações proporcionadas pelo Código de Processo Civil de 2015 que contribuem para a celeridade dos processos judiciais. Outrossim, o estudo pretender compreender como os precedentes obrigatórios, especialmente o

juízo de casos repetitivos, podem agilizar a tramitação dos processos judiciais cíveis no Brasil.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em 2 capítulos. O primeiro capítulo abordará, em linhas gerais, a problemática do tempo de duração do processo, sob a perspectiva do direito à tutela justa e tempestiva, e as razões que justificam um Novo Código de Processo Civil, além disso, serão apresentados dados do Conselho Nacional de Justiça sobre o tempo médio de tramitação dos processos. O segundo capítulo apresentará como o Código de Processo Civil de 2015 pretende contribuir para a celeridade processual, especialmente com enfoque no julgamento de casos repetitivos, a fim de compreender se essa espécie de precedente obrigatório pode agilizar a tramitação dos processos judiciais cíveis no Brasil.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será realizada pesquisa de natureza explicativa, utilizando principalmente análise qualitativa de obras bibliográficas sobre a temática abordada no trabalho.

Por fim, o objeto deste trabalho científico voltará em avaliar as contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a garantia constitucional da duração razoável do processo.

1. A TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL: GENERALIDADES

Nas últimas três décadas o processo civil brasileiro passou por diversas mudanças legislativas, entre as mais expressivas foi a chamada “reforma do judiciário”, este termo é utilizado para se referir à emenda constitucional nº 45, 31 de dezembro de 2004, que alterou significativamente a estrutura do Poder Judiciário e inseriu no texto constitucional a previsão da duração razoável do processo. É bem verdade que a duração razoável do processo sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo antes da emenda constitucional nº 45, como postulado do princípio do devido processo legal.

Essas as reformas – e também o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) – têm em comum a preocupação com o tempo, isto porque “não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarde [...]”^[1]. De fato, não basta garantir ao aparato judicial, é preciso, acima de tudo, assegurar que o indivíduo receba a resposta do judiciário em tempo hábil, pois de nada adiante ingressar sem que haja saída.

Não se pode esquecer que a demora do processo implica em lesões irreparáveis ou de difícil reparação ao direito material discutido, Luiz Guilherme Marinoni pondera que:

A questão temporal tem grande importância quando se está diante da tutela jurisdicional dos direitos. A jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, fundamentais ou não. A tutela jurisdicional dos direitos é certamente indissociável da dimensão do tempo, pois tutelar de forma intempestiva equivale a não proteger ou a proteger de forma indevida.

Porém, o juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável não somente para tutelar os direitos, mas igualmente para que o réu tenha um processo justo. Não é justo submeter o réu aos males da pendência processual por um prazo desrazoável.[2]

De mais a mais, Robert Alexy, citado por Levi Rosa Tomé, entende que os direitos fundamentais e os procedimentos são indissociáveis, na medida em que aqueles direitos são concretizados por meio da garantia fundamental de acesso à justiça, sem a tutela jurisdicional os direitos fundamentais padeceriam de eficácia[3].

A par disso, o fato é que o processo deve proporcionar resultados em tempo razoável, ele não é um fim em si mesmo, a sua razão de ser é para conferir tempestivamente a prestação jurisdicional para quem dela necessita, é preciso “operacionalizar o sistema, desburocratizá-lo ou desformalizá-lo tanto quanto possível, com vistas a facilitar a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar”[4].

Se atualmente a doutrina está comprometida em operacionalizar o processo e suas normas, não foi sempre assim, por muitos anos a doutrina tratou o processo por um viés estritamente acadêmico, sobretudo o direito de ação, os institutos eram estudados dissociados dos contornos do direito material e dos aspectos práticos da tutela jurisdicional[5]. Marinoni, Arenhart e Mitidiero apresentam críticas à teoria da relação jurídica processual (formulada por Bülow), sob o argumento de que o estudo do direito processual não pode ignorar as peculiaridades do direito material e, muito menos, as necessidades das partes, arrematam os autores:

A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual certamente escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade de direito material e para a vida das pessoas de carne e osso.[\[6\]](#)

A ciência processual e seus principais institutos – ação, processo, jurisdição – vistos por outra perspectiva, que não meramente conceitual, engloba a ideia de direito às técnicas processuais idôneas à satisfação do direito material em tempo razoável, dar-se prestígio à tempestividade da prestação jurisdicional. Em termos práticos, é necessário que o ordenamento jurídico seja dotado de normas adequadas às necessidades do direito material, que o Estado forneça recursos materiais e recursos humanos para viabilizar a atividade jurisdicional[\[7\]](#). Quem necessita do amparo jurisdicional está mais preocupado com a eficiência da prestação do que em saber se o direito de ação consiste em obter um pronunciamento de mérito, em outras palavras, os efeitos do remédio são mais importantes do que a discussão conceitual sobre o nome científico que queiram lhe conferir.

É compreensível a eminente tormenta com a tempestividade da tutela jurisdicional, tendo em vista que as dilações indevidas do procedimento são capazes de dissipar o objeto litigioso, e até mesmo pode acarretar prejuízos de ordem econômica e psicológicas às partes. Outrossim, não se pode perder de vista que a utilização de expedientes dilatórios para prolongar o processo pode convir ao litigante que não tem razão, porquanto busca vencer a parte contrário pelo cansaço, tenta a todo custo fragiliza-la para que ela desista de continuar litigando ou aceite autocomposição, ainda que isso implique em abrir mão da pretensão.

Essa preocupação não é exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro, até mesmo países desenvolvidos debatem a duração do processo, porém, é óbvio que o grau de morosidade da justiça não é idêntico em todos eles, cada ordenamento tem peculiaridades próprias que favorecem ou não a celeridade processual[\[8\]](#).

Por outro lado, no Brasil, a preocupação com a duração razoável do processo tem fundamental palpável nos dados divulgados pelo Conselho Nacional

de Justiça (CNJ), segundo o relatório Justiça em números 2016 ano base 2015 tramitaram 102 milhões de processos no Poder Judiciário brasileiro, desse universo 74 milhões permaneceram pendentes ao final de 2015[9]. Ainda segundo o relatório, sem contar os recursos para a segunda instância e aos Tribunais Superiores, a média de tramitação dos processos pendentes no primeiro grau de jurisdição é de 2 anos e 11 meses na fase de conhecimento e 8 anos e 6 meses na fase de execução[10]. O relatório não apresenta dados sobre o tempo médio de duração que leve em consideração a natureza do objeto discutido em Juízo, isto é, os dados não especificam a duração média para os diferentes tipos de contendas.

A doutrina processualista aponta critérios para aferir se a duração do processo é, ou não, razoável, o mais aceito deles é o adotado pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, que fixa três critérios para averiguar o tempo de tramitação do processo, são eles: a complexidade da causa; a conduta das partes e dos seus representantes; o desempenho do órgão judiciário[11]. A conjugação de todos esses parâmetros servirá de instrumento para averiguar se, no caso concreto, está caracterizada a demora irrazoável. É imprescindível esclarecer que “[...] a demora para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo”[12].

Apesar da inespecificidade dos dados divulgados pelo CNJ, não parece razoável que o jurisdicionado tenha que aguardar, em média, quase nove anos para que o processo executivo chegue ao fim, inclusive com a possibilidade de que não haja a satisfação do direito reconhecido no título executivo. Não menos grave, a permanência média do processo por mais de 2 anos na fase de conhecimento é alarmante, somado o tempo de conhecimento a fase de execução são mais de 10 anos de tramitação, sem considerar eventuais recursos, por mais difícil que seja a produção da prova ou a instrução do processo, esse tempo é demasiadamente elevado para a fase de conhecimento.

Em linhas de conclusão para este tópico, os dados apresentados evidenciam que algo precisa ser feito para minguar a demasiada demora na tramitação dos processos judiciais no Brasil, para alguns, quiçá uma nova legislação processual seja capaz de atingir essa finalidade. Por outro lado, há outras razões nobres que justificam a edição de um novo código, tema este que será objeto de análise do tópico a seguir.

1.1. RAZÕES PARA UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Compulsando a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que há dois motivos proeminentes que justificam a elaboração da novel legislação processual, são elas: razões sociais e razões jurídicas.

Pela perspectiva social, o Código de Processo Civil de 1973 não atende mais aos anseios sociais, em virtude da evolução ocorrida na sociedade nas últimas décadas, sobretudo pela influência da globalização e informatização nas relações sociais. Ao comentar sobre os motivos justificadores de um Novo Código, Marcelo Abelha identifica que, em seu tempo, a realidade social estava em harmonia com a legislação de 1973, nas palavras do autor:

A razão social está diretamente relacionada com o total descompasso, falta de sintonia mesmo entre as normas processuais e a realidade social. O atual comportamento das pessoas nessa primeira quinzena de novo milênio, a cultura, os modos de ser, fazer criar e viver são totalmente diferentes daqueles vigentes ao tempo da elaboração do CPC de 1973 (que, relembro, foi elaborado pelos idos da década de 1960[13].

É irrefutável que a sociedade brasileira, influenciada pela Constituição Federal de 1988, passou por mudanças no final do século XX e início do século XXI, mormente pela busca da efetivação dos direitos fundamentais e sociais por parte do Poder Judiciário. Como observa Flávia Piovesan:

[...] a Carta de 1988, ao mesmo tempo que consolida a extensão de titularidade de direitos, acenando para a existência de novos sujeitos de direitos, também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, por meio da ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais[14].

Outrossim, a institucionalização da Defensoria Pública e a autonomia concedida ao Ministério Público são transformações expressivas ocorridas nas últimas décadas, causando mudanças profundas no acesso à justiça das pessoas hipossuficientes, que até então permaneciam excluídas do amparo jurisdicional.

Conquanto Fredie Didier Júnior tenha sido contrário ao projeto de um Novo Código de Processo Civil, por entender que era desnecessário, ele foi convencido

pelos debates e as razões expostas para a mudança, também fundamentou a reconsideração da sua postura nas razões sociais, para ele:

O acesso à justiça foi muito facilitado nos últimos anos; o progresso econômico, com a incorporação de uma massa de consumidores, antes alheia à economia, repercutiu diretamente no exercício da função jurisdicional, com um aumento exponencial do número de processos em tramitação. A massificação dos conflitos, fenômeno bastante conhecido e estudado, é um dado de fato que não pode ser ignorado [...][15]

Mas não foram somente mudanças sociais que ocorreram nos últimos anos, as justificativas para um Novo Código estão calcadas também em razões jurídicas, especialmente pela nova ordem constitucional inaugurada em 1988, nas palavras de Marcelo Abelha:

[...] a razão jurídica, intimamente ligada àquela razão social supracitada, tem a ver com o fenômeno de constitucionalização democrática do direito acentuado em países de tradição romano-germânica e que no nosso país aconteceu com o advento da CF/1988. Inegavelmente, também por causa desse fenômeno, o CPC de 1973 estava completamente defasado em relação ao novo paradigma jurídico introduzido pela CF/1988.[16]

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a partir da implementação do Estado Constitucional, toda a legislação e, acima de tudo, os Códigos, assumem compromisso constitucional de tutelar os direitos fundamentais. Para os autores, a Constituição Federal de 1988 é o marco axiológico da legislação processual civil, por isso deve ser concebido como instrumento de proteção e efetivação dos direitos, para conferir adequada efetivação aos comandos constitucionais.

Nesse contexto, é forçoso concluir que o Código de Processo Civil de 1973 estava obsoleto, tanto no aspecto do marco axiológico quanto na adequação dos procedimentos para a tutela dos direitos fundamentais[17]. Marinoni, Arenhart e Mitidiero, se referindo ao Código de 1973 como Código Buzaid, constata que “[...] a tutela dos direitos no Código Buzaid é individualista, patrimonialista,

dominando pela ideologia da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e apto tão somente a prestar uma tutela jurisdicional repressiva”.^[18]

Com efeito, percebe-se que o Código de Processo Civil de 2015 foi construído em observância ao disposto na Constituição Federal de 1988, tanto que no primeiro artigo o CPC/15 deixa claro para o operador do direito que somente é possível compreender as disposições ali contidas a partir da interpretação dos valores constitucionais.

2. AS CONTRIBUIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PARA A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O Novo Código de Processo Civil trouxe para ordenamento jurídico pátrio inovações sem precedentes, entre elas destacam-se, negócios jurídicos processuais atípicos, previsto no artigo 190; calendário processual, consoante a norma do artigo 191; microssistema de formação de precedentes obrigatórios, de acordo com o artigo 927. É bem verdade que essas não são as únicas mudanças relevantes, porém, em razão das limitações as quais este trabalho está sujeito, bem como pelos fins propostos para o presente artigo, não é conveniente aprofundar o estudo sobre todas as modificações do Código de Processo Civil de 2015 que contribuem para a duração razoável.

Segundo Fredie Didier Júnior, negócios processuais podem ser conceituados como “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. Em outras palavras, o negócio jurídico processual consiste na possibilidade das partes firmar acordo sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, desde que seja observado os limites do ordenamento jurídico, mormente os direitos e garantias fundamentais.

Pedro Henrique Nogueira apresenta ampla visão da doutrina estrangeira sobre negócios processuais, segundo o autor “na Itália, Chiovenda admitiu claramente a figura dos negócios processuais, visto que em certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes”^[19]. Tem-se, portanto, que na visão de Chiovenda o elemento volitivo – unilateral ou bilateral – das partes é a característica precípua dos negócios jurídicos processuais, é a partir da vontade das partes que se produzem efeitos constitutivos,

modificativos ou extintivos sobre os ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais.

Tais negociações têm por objetivo adequar o procedimento aos aspectos do caso concreto, de forma a contribuir para o desenvolvimento da marcha processual, indubitavelmente contribuindo para a celeridade e eficiência do processo, na medida em que:

[...] as partes podem, exercitando as faculdades que decorrem da incidência do art. 190 do CPC/2015, ajustar o procedimento de acordo com seus interesses, seja criando um novo rito, seja restringindo fases, seja limitando prazos, meios de prova, ou a própria forma dos atos do processo.^[20]

Com efeito, não é crível que as partes se utilizarão do negócio jurídico processual para criar entraves à duração razoável do processo, até mesmo porque os negócios jurídicos processuais são limitados pelo ordenamento jurídico, não é possível permitir que as partes suprimam direitos e garantias fundamentais, dado que “as normas constitucionais do processo civil, inclusive os princípios, funcionam como limites objetivos aos negócios processuais e convenções sobre o processo e não se admite a prática de atos negociais que afastem suas prescrições”^[21]. Ainda segundo Pedro Henrique Nogueira:

Por isso, não seriam válidos os negócios que afastassem o regime de publicidade externa dos atos processuais fora das exceções constitucionais (CF/88, art. 5º, LX), que implicasse escolha do juiz da causa, ou modificação da competência absoluta, em face do princípio do juiz natural (CF/88, art. 5º, CCCVII e LIII), ou que implicasse a criação de diversas medidas e providências que contrariassem a observância da razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LIV).^[22]

Tem-se, assim, que o legislador, ao conferir às partes a faculdade de celebrar negócio jurídico atípico, pretende que os litigantes utilizem racionalmente do instituto, a fim de conferir mais efetividade às tutelas dos direitos. Em outras palavras, não é possível que a negociação traga prejuízos para a duração razoável do processo, pois esta constitui garantia fundamental inserida no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Outra novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 é o calendário processual, cuja natureza jurídica é de negócio jurídico, que consiste em permitir as partes e o Juiz, de comum acordo, disciplinar o cronograma para a prática de atos processuais. A principal contribuição desse instituto para duração razoável do processo reside na previsão de que, uma vez fixado o calendário processual, são dispensadas as intimações das partes para a prática de atos ou realização de audiência que estejam com data assinalada no calendário. Ao comentar esse assunto, Daniel Assumpção Neves reconhece a importante contribuição do dispositivo para redução do tempo de tramitação do processo, assim afirma o autor:

A grande vantagem da fixação do calendário procedimento é encontrada no § 2º do art. 191 do Novo CPC: a dispensa de intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. Trata-se de forma de diminuir o trabalho burocrático do cartório judicial, com a consequente eliminação de tempos mortos, que consomem em alguns casos até 95% do tempo de tramitação total do processo, e de evitar a nulidade de alguma intimação realizada com vício formal. Nesse sentido, devem ser reconhecidos os benefícios da nova técnica processual.^[23]

O que o autor chama de tempo morto é o tempo improdutivo do processo, ou seja, é o espaço de tempo em que o processo permanece parado sem que esteja a espera do transcurso de algum prazo ou aguardando a prática de algum ato processual. Esse tempo não está previsto na legislação processual, afinal o procedimento é idealizado como uma marcha contínua e cadenciada de atos. Ocorre, todavia, que a prática de cada depende não somente das partes e do Juiz, mas principalmente de atos do escrivão, tais como publicação de atos no Diário Oficial, confecção de mandados de intimação, juntada de petições, entre outros. Com efeito, o calendário processual possibilita que a marcha processual seja contínua, sem necessidade de que o escrivão pratique o ato de intimação, publicação, etc, proporcionando celeridade na tramitação da demanda.

Neste tópico, portanto, há que se destacar que o Código de Processo Civil de 2015 conta com importantes instrumentos que, se bem aplicados, podem

resultar em significativas mudanças positivas na duração razoável do processo judicial.

Registre-se, por fim, que a presente obra não tem a pretensão de esgotamento da análise, por isso o presente tópico ficou restrito aos negócios jurídicos processuais e ao calendário processual. No tópico a seguir, será analisada outra importante mudança contida no Código de Processo Civil de 2015 e a suas implicações para a duração do processo.

2.1. IMPLICAÇÕES DO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS NA CELERIDADE PROCESSUAL

Segundo artigo 928 do Código de Processo Civil, a técnica de julgamento de casos repetitivos é aplicável ao incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e ao recurso especial e extraordinários repetitivos. Graciosos são os ensinamentos de Fredie Didier Júnior, o autor enxerga que o julgamento de casos repetitivos constitui técnica de gestão e julgamento de processos e técnica para formação de precedentes obrigatórios, afirma o autor:

Quer isso dizer que o julgamento de casos repetitivos é gênero de incidentes que possuem natureza híbrida: servem para gerir e julgar casos repetitivos e, também, para formar precedentes obrigatórios. Por isso, esses incidentes pertencem a dois microssistemas: o de gestão e julgamento de casos repetitivos e o de formação concentrada de precedentes obrigatório.

Como técnica de gestão e julgamento de casos, o CPC/15 adotou o sistema da causa-piloto, que consiste na escolha de uma ou mais causas para julgamento pelo Tribunal cuja tese fixada será adotada nos demais casos. Esse modelo de julgamento faz com que os processos em que se discutam a mesma tese, de direito material ou processual, permaneçam suspensos aguardando a definição da tese pelo Tribunal. A razão para a suspensão dos processos é evitar que o Tribunal seja inundado por causas que discutam a mesma questão, evitando que o órgão tenha que julgar inumeráveis processos para aplicar a tese já definida[24]. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “[...] nada justifica que uma mesma questão deva ser examinada várias vezes pelo Judiciário, apenas porque se refere a pessoas diferentes”. [25]

Ao evitar que os Tribunais se ocupem com a análise de inúmeros casos que contenham a mesma questão, abre-se espaço para que o órgão concentre os esforços em decidir outros processos, descongestionando o aparato judiciário e reduzindo o tempo de tramitação dos processos em que se discute questões não repetitivas.

É bem verdade que essa técnica de gestão não é novidade do Novo Código, pois a Lei Federal nº 11.672, de 8 de março de 2008, alterou o Código de Processo Civil de 1973 para incluir o artigo 543-C, que previa o procedimento, restrito ao julgamento dos recursos especiais repetitivos.

Ocorre, todavia, que o Código de Processo Civil deu maior amplitude ao instituto. Em primeiro lugar, a técnica de julgamento de casos repetitivos foi ampliada para o julgamento de recursos extraordinários, pelo Supremo Tribunal Federal, bem como foi estendida a sua aplicabilidade no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça.

Em segundo lugar, uma vez definida a tese, de acordo com o artigo 927 do Código de Processo Civil, sua observância não fica restrita aos Tribunais, mas também deve ser aplicada pelos juízes. Insta mencionar, com destaque, que a aplicação da tese não é faculdade do Juiz, ele deve necessariamente observar os precedentes formados no âmbito do julgamento de casos repetitivos.

Aliás, a aplicação do precedente além de prestigiar a isonomia e a segurança jurídica, também abrevia a tarefa de decidir, na medida em que o magistrado não está obrigado a enfrentar os argumentos que já foram discutidos no âmbito da formação do precedente, como bem ensina Fredie Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Oliveira:

Há, porém, uma situação em que não é necessário analisar todos os fundamentos da tese derrotada: quando houver precedente obrigatório aplicável ao caso, formado em julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência, e o fundamento suscitado no caso concreto, capaz, em tese, de infirmar a conclusão alcançada, já houver sido analisado - e rejeitado - quando da formação do precedente. O Juiz, ao aplicar esse precedente obrigatório, não precisa analisar argumentos que já foram analisados

quando da formação do precedente; não faria sentido que exigisse isso dele[26].

Com efeito, permitir que o Juiz deixe de analisar todos os argumentos trazidos, na situação em que há precedente oriundo do julgamento de casos repetitivos, contribui de certa forma para a duração razoável do processo, porquanto reduzirá a amplitude da análise dos enfrentamentos dos argumentos pela sentença, que por consequência reduz o tempo de elaboração do ato.

CONCLUSÃO

Portanto, foi possível constatar que o tempo é algo indissociável do processo, a observância dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e demais garantias inerentes ao devido processo legal, necessita que o processo tenha duração suficiente para garantir a dialética com as partes, a produção das provas e, sobretudo, que seja suficiente para possibilitar o convencimento do julgador.

Verificou-se que a nas últimas décadas o direito processual brasileiro passou por significativas mudanças, na tentativa de ajustar a duração do processo ao tempo estritamente necessário, ajustando às necessidades do direito material. Além disso, a preocupação com o tempo do processo não é exclusividade do ordenamento jurídico pátrio, até mesmo países considerados desenvolvidos discutem essa temática.

Dados do Conselho Nacional de Justiça, demonstraram que, sem contar os recursos para a segunda instância e aos Tribunais Superiores, a média de tramitação dos processos pendentes no primeiro grau de jurisdição é de 2 anos e 11 meses na fase de conhecimento e 8 anos e 6 meses na fase de execução.

Nesse contexto, investigou-se as razões que justificaram a edição de um novo código de processo civil, tendo sido constatado que a doutrina aponta, preponderantemente, razões sociais e jurídicas como fatores que compeliram o legislador a inovar.

Ao longo do estudo, foi constatado que o Código de Processo Civil de 2015 inovou em diversos aspectos, notadamente no sentido que conferir instrumentos

que favorecem a garantia da duração razoável do processo, sendo possível apontar os negócios jurídicos processuais, calendário processual e a técnica de julgamento de casos repetitivos como medidas que visam conferir celeridade ao processo judicial.

Percebeu-se que as partes poderão utilizar dos negócios jurídicos processuais atípicos e do calendário processual para adequar o procedimento às peculiaridades do direito material, até mesmo sendo possível programar a data para a prática de atos processuais, com isso sendo dispensável a prática de atos instrumentais, por exemplo, expedição de mandados e publicação em diário oficial.

Outrossim, foi constatado que o julgamento de casos repetitivos serve como técnica de gestão de processos, sendo capaz de evitar que o Poder Judiciário desperdice tempo no julgamento de inúmeros casos com a mesma questão idêntica. Por meio dessa técnica, o Tribunal poderá fixar uma tese cuja observância vinculará o próprio Tribunal e aos Juízes, possibilitando otimização na tarefa de decidir.

Por fim, alerta-se para o fato de que o problema da morosidade judicial não é somente uma questão legislativa, é preciso aparelhar os órgãos judiciários com estrutura física e humana, para que este desempenhe o seu papel. O Código de Processo Civil de 2015, caso seja bem aplicado, tem potencial para contribuir positivamente para a redução da morosidade das demandas.

Por enquanto, não é possível aferir os impactos práticos da nova legislação na duração do processo, os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça foram colhidos ainda na vigência do código anterior. Sendo assim, são necessários novos estudos para aferir as implicações práticas do Código de Processo Civil no tempo de duração dos processos judiciais.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Brasília, 2016. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf> Acesso em 10 ago. 2016

DIDIER JR. Fredie, **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 7ª ed. Salvador: Jus podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Razões para um novo CPC: confiteor**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-151/> Acesso em 10 jan. 2017.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARINONI. Luiz Guilherme. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n. 51, set/out 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55455>>. Acesso em 9 mar. 2016.

MARINONI. Luiz Guilherme; Arenhart. Sergio Cruz; Mitidiero. Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. vol. 1. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MARINONI. Luiz Guilherme; Arenhart. Sergio Cruz; Mitidiero. Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

TOMÉ, Levi Rosa. **Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NOTAS:

[1] DINAMARCO. Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

[2] MARINONI. Luiz Guilherme. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n. 51, set/out 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55455>>. Acesso em 9 mar. 2016.

[3] TOMÉ, Levi Rosa. **Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.44.

[4] DINAMARCO. Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 20.

[5] BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

[6] MARINONI. Luiz Guilherme; Arenhart. Sergio Cruz; Mitidiero. Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. vol. 1. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 431/432

[7] MARINONI. Luiz Guilherme. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n. 51, set/out 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55455>>. Acesso em 9 mar. 2016.

[8] RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 50.

[9] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Brasília, 2016. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf> Acesso em 10 ago. 2016, p. 61.

[10] *Idem*, p. 71.

[11] DIDIER JR. Fredie, **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 95.

[12] *Idem*, p. 95.

[13] ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 48.

[14] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

[15] DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Razões para um novo CPC: confiteor**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-151/> Acesso em 10 jan. 2017.

[16] ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 49

[17] MARINONI. Luiz Guilherme; Arenhart. Sergio Cruz; Mitidiero. Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. vol. 1. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 570

[18] MARINONI. Luiz Guilherme; Arenhart. Sergio Cruz; Mitidiero. Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. vol. 1. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, 564.

[19] NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 145.

[20] *Idem*, p. 228.

[21] *Idem*, p. 238.

[22] *Idem*, p. 238.

[23] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317.

[24] MARINONI. Luiz Guilherme; Arenhart. Sergio Cruz; Mitidiero. Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 576.

[25] *Idem*, p. 576.

[26] BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 337

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS: A (IN)APLICABILIDADE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL

LUCAS FELIPE ZUCHI: bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, acadêmico premiado com o mérito estudantil de melhor aproveitamento dos formandos 2018/2 pela OAB.

RESUMO: O presente artigo aborda, de forma sumária, sob sistemática doutrinária e jurisprudencial o instituto da alienação fiduciária em garantia que tem por objeto bens imóveis. Procurou-se conceituar tal instituto, expondo seus requisitos e suas condicionantes para validade e eficácia da constituição *in mora* do devedor, a (in)aplicabilidade do adimplemento substancial em tal contrato, bem como acerca da (in)constitucionalidade do procedimento da venda extrajudicial do bem.

ABSTRACT: This article discusses, under the doctrinal and jurisprudential systematically the institute of chattel in warranty which is immovable object. We sought to conceptualize this institute, exposing their requirements and their limitations to validity and effectiveness of the constitution in arrears of the debtor, the (in)applicability of substantial performance in such a contract, as well as about the (in)constitutionality of extrajudicial procedure of sale of the well.

PALAVRAS-CHAVE: alienação fiduciária de bens imóveis. Mora do devedor. Adimplemento substancial. Procedimento extrajudicial de expropriação do bem. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO: Resumo; Abstract; Palavras Chave; 1. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis; 1.1 Adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária de bem imóvel 2. Da constituição *in mora* do devedor; 3. A (in)constitucionalidade do procedimento judicial; 4. Considerações finais; 5. Referências das fontes citadas.

1. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS.

Isagógicamente, a questão da propriedade fiduciária, no Brasil, foi disciplinada, pelo art. 66 da Lei 4.728/1965, cujo objeto é o mercado de capitais, visando ao seu desenvolvimento. De forma sucessiva, em 1969, a norma sofreu

alterações por força do Decreto-lei 911/1969, sendo que até a década de 1990, a alienação fiduciária estava restrita aos bens móveis. Todavia, no ano de 1997, surge a Lei 9.514 para cuidar exclusivamente da alienação fiduciária de bens imóveis.

Posteriormente, com a edição do Código Civil de 2002, a alienação fiduciária recebeu um tratamento indireto, uma vez que a propriedade fiduciária passou a compor a norma geral privada, diante das regras inseridas entre os arts. 1.361 e 1.368-A, com as alterações posteriores pela Lei 10.931/2004.

Assim, a Lei 9.514/1997 que trata da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, enunciou no seu art. 1.º que, *ipsis litteris*,

“A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”^[1].

Tem origem, de acordo com ensinamentos de GONÇALVES^[2], em virtude de o credor desejar resguardar seus direitos de futura violação, sendo uma medida de caráter preventivo, com natureza extrajudicial, sendo que o princípio do consensualismo restou sufragado pelos formalismos exigidos para acautelamento de seus direitos.

Frisa-se que pela dicção legal do artigo retro transcrito, aufere-se que a propriedade fiduciária constitui modalidade de propriedade resolúvel, sendo esta aquela que pode ser extinta quer pelo advento de condição (evento futuro e incerto) ou pelo termo (evento futuro e certo), quer pela superveniência de uma causa capaz de destruir a relação jurídica, *in casu*, o (in)adimplemento do contrato estabelecido.

Conforme TARTUCE^[3], “Por meio da alienação fiduciária, o bem a ser adquirido passa a ser da empresa credora, que tem a sua propriedade resolúvel; ficando o devedor com a posse da coisa na qualidade de depositário”.

Ademais, leciona GONÇALVES^[4], que a propriedade fiduciária é um negócio jurídico formal, sendo que para se constituir juridicamente e tornar-se-se hábil a produzir seus efeitos no mundo jurídico, deve observar os requisitos contidos no art. 1.361, §1º do Código Civil, devendo conter no contrato, o total da dívida; o prazo, ou a época do pagamento; a taxa de juros; a descrição da coisa objeto da transferência.

Continuando com seus ensinamentos, GONÇALVES frisa que com a constituição da propriedade fiduciária, o devedor torna-se possuidor direto da coisa, sendo que os seus direitos e obrigações irão consistir em: ficar com a posse direta da coisa e o direito eventual de reaver a propriedade plena, com o pagamento da dívida; purgar a mora, em caso de lhe ser movida ação de busca e apreensão; receber o saldo apurado na venda do bem efetuada pelo fiduciário para satisfação de seu crédito; responder pelo remanescente da dívida, se a garantia não se mostrar suficiente; não dispor do bem alienado, que pertence ao fiduciário; entregar o bem, em caso de inadimplemento de sua obrigação, sujeitando-se ao pagamento de perdas e danos.

Registra-se que os direitos e obrigações do fiduciário consistem em proporcionar ao alienante o financiamento a que se obrigou, bem como em respeitar o direito ao uso regular da coisa por parte deste, na forma do art. 1.364 do CC.

Insta salientar que a alienação fiduciária não se enquadra no quadro geral dos direitos pessoais, mas sim no direito das coisas, como garantia real, não podendo ser confundida com um contrato, sendo este apenas o ato que a instituiu.

Nesta linha de raciocínio, expõe TARTUCE:

“É notório que a alienação fiduciária em garantia é tratada por muitos como contrato, notadamente como um contrato empresarial. Porém, conforme se retira do pensamento dos civilistas, em sua maioria, a alienação fiduciária em garantia não constitui um contrato, no sentido categórico e jurídico do termo, eis que o instituto se situa dentro do Direito das Coisas. É verdade que, no geral, a alienação fiduciária é instituída por contrato, no sentido de negócio ou instrumento negocial, mas não se pode enquadrá-la como um direito pessoal de caráter patrimonial” [5].

Frisa-se que tal modalidade de garantia, poderá ser celebrada tanto por pessoa física quanto jurídica, conforme estabelece o art. 22, § 1.º, da Lei 9.514/1997 que “A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI[...]”.

De acordo com o que disciplina a Lei 9.514/1997, a alienação fiduciária em garantia ocorre quando o devedor – ou fiduciante –, com o escopo de garantia,

contrata a transferência ao credor – ou fiduciário –, a propriedade resolúvel de coisa imóvel (art. 22).

Parafraseando TARTUCE[6], a alienação fiduciária pressupõe a transferência da propriedade por meio de um negócio jurídico obrigacional, um contrato em sentido de instrumento negocial. Como consequência, com a alienação surge a propriedade fiduciária, esta sim um direito real de garantia que produz efeitos *erga omnes* e por isso necessita de algumas formalidades para existir, formalidades estas, já citadas.

O fiduciário sempre deve agir com lealdade, devolvendo a propriedade assim que ocorra a condição suspensiva.

A transmissão da propriedade ocorre em dois momentos. De início, como garantia ao fiduciário, de forma transitória e temporária. Depois, se o fiduciante cumprir com as obrigações assumidas, o bem lhe retornará de forma automática, independentemente de qualquer interpelação.

Conceituando, a alienação fiduciária em garantia constitui um negócio jurídico que traz como conteúdo um direito real de garantia sobre coisa própria.

Portanto, três são as pessoas envolvidas no negócio: o vendedor (alienante anterior da coisa), o comprador, que passa a ser o devedor fiduciante, e o credor fiduciário, que tem a propriedade resolúvel da coisa.

Continua TARTUCE, no tocante à sua natureza jurídica de direito real, a alienação fiduciária em garantia envolve a publicidade do ato jurídico. Em se tratando de imóveis ou de móveis infungíveis, sua posse fica com o devedor e a tradição será ficta, por meio do constituto possessório ou cláusula constitui, uma vez que o devedor fiduciante, na qualidade de dono do bem, tinha a posse direta e a indireta, mas com a alienação fiduciária passa a ter apenas a posse direta, perdendo a indireta ao transferir a propriedade ao credor fiduciário. O devedor que possuía o bem em nome próprio passa a possuí-lo em nome alheio.

Anote-se que não há qualquer óbice para que o imóvel alienado seja dado mais uma vez em garantia, pela mesma modalidade. Nesse sentido, aliás, enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação: “Estando em curso contrato de alienação fiduciária, é possível a constituição concomitante de nova garantia fiduciária sobre o mesmo bem imóvel, que, entretanto, incidirá sobre a respectiva propriedade superveniente que o fiduciante vier a readquirir, quando do implemento da condição a que estiver subordinada a primeira garantia fiduciária; a

nova garantia poderá ser registrada desde a data em que convencionada e será eficaz desde a data do registro, produzindo efeito ex tunc” (Enunciado n. 506).

Ademais, segundo o art. 22, § 2.º, da Lei 9.514/1997, igualmente incluído pela Lei 11.481/2007, além da propriedade plena, podem ser objeto de alienação fiduciária em garantia os bens enfitêuticos; o direito de uso especial para fins de moradia; o direito real de uso e a propriedade superficiária.

A exemplo do que consta do Código Civil e do Decreto-lei 911/1969, o art. 24 da Lei 9.514/1997^[7] consagra os requisitos do instrumento ou contrato que serve de título ao negócio fiduciário, que envolvem a sua eficácia, a saber: o valor do principal da dívida; o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; a taxa de juros e os encargos incidentes; a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; a cláusula dispendo sobre os procedimentos do leilão judicial previsto no art. 27 da mesma lei.

A lei específica da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis autoriza a cessão do crédito objeto da alienação fiduciária (art. 28). Em situação tal, a cessão implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia. Além disso, o devedor fiduciante também poderá, com anuência expressa do credor fiduciário, transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações (art. 29).

TARTUCE, em relação à extinção da alienação mediante adimplemento contratual, leciona:

“Como mencionado, com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos do art. 25, caput, da lei, a propriedade fiduciária do imóvel. Ocorrendo o pagamento, no prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato (art. 25, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Sendo apresentado esse termo de quitação, o oficial do competente Registro de

Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária (art. 25, § 2.º, da Lei 9.514/1997)”[8].

In fine, estando inadimplida (vencida e não paga, em todo ou em parte) a dívida, com a mora constituída do devedor fiduciante, conforme o art. 26 da Lei 9.514/1997, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, sendo tal consolidação regulamentada pelos parágrafos do artigo retro mencionado, em suma, será intimado pessoalmente o fiduciante para purgar a mora no prazo de 15 (quinze) dias, por intermédio de Oficial do Registro de Títulos e Documentos da Comarca da situação do imóvel, ou do domicílio do devedor, podendo ser efetuada via AR/MP, podendo ser utilizada a intimação por edital, à critério do oficial. Purgada a mora, em três dias o oficial do registro entregará ao credor fiduciário a importância recebida, deduzida das despesas.

Não efetuado o pagamento, e uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o credor fiduciário, no prazo de 30 dias, contados da data do registro da consolidação, promoverá leilão público para a alienação do imóvel. Se, no primeiro leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, será realizado o segundo leilão, nos 15 dias seguintes (art. 27, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Nesse segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais (art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997).

1.1 ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

A Teoria do Adimplemento Substancial encontra, ainda, fundamento legal de validade nos diversos princípios que norteiam as relações e negócios jurídicos - todos com fundo constitucional -, dentre os quais se destaca o princípio da função social dos contratos (artigo 421 do Código Civil), da vedação ao abuso de direito (artigo 187 do Código Civil), da vedação ao enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil) e, em especial, da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), hoje, considerada como cláusula geral nas relações contratuais.

Sobre o princípio da boa-fé objetiva, RIZZARDO[9] leciona, com muita precisão, que a segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa-fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres.

A Teoria do Adimplemento Substancial tem sua existência e validade quando se está diante da terceira modalidade de inadimplemento, qual seja, o

inadimplemento insignificante, também conhecido por quase adimplemento. Nesta situação, se verifica que houve cumprimento do essencial da obrigação, tendo havido a satisfação quase integral dos interesses do credor e sendo, ainda, interessante satisfazer o remanescente. Incabível, portanto, a resolução do contrato, sob pena de se permitir a má-fé e/ou o abuso de direito, o que é repugnado e vedado em nosso ordenamento jurídico.

Para BECKER^[10] o adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas. Por esta razão, mantém-se o contrato, concedendo-se ao credor o direito a ser ressarcido pelos defeitos da prestação, porque o prejuízo, ainda que secundário, se existe deve ser reparado.

Com base no que foi dito até aqui, pode-se dizer que, para a configuração do adimplemento substancial, faz-se necessária a verificação de alguns pressupostos, sem os quais deve ser permitida a resolução e a extinção do contrato pelo credor. Nesse sentido, se destacam, resumidamente: a) o cumprimento expressivo do contrato; b) a insignificância do inadimplemento; c) a prestação realizada que atenda à finalidade do negócio jurídico; d) a satisfação do interesse do credor; e) a boa-fé objetiva na execução do contrato; f) a diligência por parte do devedor; g) a preservação do equilíbrio contratual; h) a ausência de enriquecimento sem causa e de abuso de direito, de parte a parte. Verificando-se tais pressupostos deve a Teoria do Adimplemento Substancial ser aplicada na sua plenitude^[11].

Por fim, cumprido tais requisitos, a jurisprudência é pacífica na aplicação da referida teoria nos casos *sub judices*, cabendo ao credor fiduciária recorrer a outro meio para persecução de seu crédito do que a resolução contratual e a expropriação prevista na referida lei, conforme julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL APLICÁVEL. - Adimplemento Substancial é aplicável se comprovado nos autos que o valor inadimplido é consideravelmente menor que às parcelas já pagas, levando em conta o montante total do contrato. - No caso em comento, há comprovação que o valor devido pela agravante é irrelevante se comparado ao que já foi pago ou o total contratado. Sendo, portanto, aplicável a tese do "Adimplemento Substancial" ao presente caso. - Decisão recorrida mantida incólume. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. TJ-AM - AI: 40041308920148040000 AM 4004130-89.2014.8.04.0000,

Relator: Yedo Simões de Oliveira, Data de Julgamento: 23/03/2015, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 23/03/2015)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – PAGAMENTO DE 84% DO CONTRATO – TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – RECURSO NÃO-PROVIDO. Mostra-se viável a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial havendo o cumprimento significativo e expressivo das obrigações assumidas, tendo como propósito principal a preservação do interesse do consumidor contra eventuais abusos por parte do credor, sempre em observância aos princípios da função social e da boa-fé objetiva, não se admitindo, assim, a rescisão do contrato. (TJ-MS - APL: 08225696120148120001 MS 0822569-61.2014.8.12.0001, Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Data de Julgamento: 05/08/2015, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/08/2015)

Por fim:

RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - PREÇO - PAGAMENTO - ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - CONFIGURAÇÃO - ENCARGOS DA MORA - AÇÃO PRÓPRIA. Ocorre o adimplemento substancial, quando a prestação for essencialmente cumprida, estando assim satisfeitos os interesses do credor. Nessa situação o instituto resolutorio é afastado em virtude do proveito da prestação pelo credor, afigurando-se injustos os efeitos decorrentes da resolução. O adimplemento substancial está configurado quando pago o preço de venda do imóvel objeto de contrato particular de promessa de compra e venda, ainda que de maneira impontual, situação jurídica que obsta a pretensão rescisória do contrato fundada na falta de quitação dos encargos da mora. Assim sendo, aos promitentes vendedores, desejosos por haverem a quitação dos encargos da mora, de ação própria devem se valer, procedimento que assegura o equilíbrio do contrato de promessa de compra e venda de imóvel e evita o enriquecimento sem causa de qualquer das partes. Recurso não provido. (TJ-MG - AC:

10702120224069001 MG, Relator: Saldanha da Fonseca, Data de Julgamento: 23/04/2014, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/04/2014)

2. DA CONSTITUIÇÃO *IN MORA* DO DEVEDOR.

De acordo com ensinamentos prescritos na obra de NADER^[12], ara a caracterização da mora do devedor devem estar presentes requisitos, entre os quais o da exigibilidade da dívida, ou seja, que a obrigação seja válida, certa e vencida. Se a obrigação é nula, não produz efeito; se é incerta, carece de um dado básico para o seu cumprimento: a determinação; se ainda por vencer, encontra-se na esfera de preparação de pagamento. Ademais, imprescindível que o devedor tenha atuado culposamente, seja por culpa em sentido estrito – imprudência, imperícia ou negligência –, seja por dolo.

In fine, se o incumprimento foi provocado pelo credor não há de se falar em mora solvendi. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “A cobrança de encargos indevidos pelo credor afasta a mora do devedor, nos termos do entendimento pacificado na Segunda Seção desta Corte.”.

Conforme STJ:

Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor. Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente; e iii) não se admite o protesto do título representativo referente à dívida.”(STJ.REsp 1061530/RS–Segunda Seção–Rel. Min. Nancy Andrighi julgado em . 22.10.2008 – DJe 10.03.2009).

Ademais, leciona que inviabilizado o cumprimento da obrigação nos termos do contrato ou da lei, mas por ato de terceiro, não haverá mora.

Por fim, Nader afirma que quando se toma por referência um objeto de prestação diverso do que é devido ou se indica um outro lugar para o cumprimento da obrigação, a interpelação será inválida, imprópria para a constituição da *mora solvendi*.

3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL.

A referida (in)constitucionalidade está inserida no segundo leilão previsto na lei 9.514/1997, em que será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais. Isso porque o leilão independe de ação judicial, ocorrendo de forma administrativa, perante o Registro de Imóveis. Assim, se houve o pagamento de R\$ 70.000,00 de um débito total de R\$ 100.000,00, quando o seu imóvel for a leilão, nada impede que no segundo leilão seja a coisa vendida por apenas R\$ 30.000,00.

Segundo TARTUCE[13], o sistema vigente de Direito Civil, é baseado nos princípios da eticidade e da socialidade, sendo que tal procedimento fere tais princípios, porquanto a lei considera como dívida o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data da sua realização, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais. Considera como despesas a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação, bem como as necessárias à realização do leilão público, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

Nesse caso, o credor fiduciário, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor fiduciante quitação da dívida, mediante termo próprio (art. 27, § 6.º, da Lei 9.514/1997).

Na visão de TARTUCE[14], é exagerado entender pela inconstitucionalidade, a priori. Em sua visão, vem decidindo a jurisprudência, havendo abusos, o devedor fiduciante poderá questionar judicialmente o procedimento administrativo previsto na lei específica, assegurando-se o acesso à justiça e o contraditório.

Conforme Jurisprudência:

Alienação fiduciária. Bem imóvel. Reintegração de posse. Liminar. Consolidação da propriedade (artigos 26 e 30 da Lei 9.514/1997). Constitucionalidade. Reconhecimento. Observando-se, com rigor, os artigos 22 a 30 da Lei 9.514/1997 e consolidada a propriedade fiduciária em nome do credor, assegura-lhe a lei o direito à concessão liminar da reintegração de posse do imóvel, que deverá ser desocupado no prazo de sessenta dias. A previsão de leilão extrajudicial e consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor por ato do registrador imobiliário não afronta a Constituição Federal, já que o acesso ao Judiciário, a ampla defesa e o contraditório continuam assegurados ao devedor que se

sentir prejudicado” (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, AI 880.879-00/2, 5.ª Câmara, Rel. Des. Pereira Calças, j. 27.01.2005).

Ademais, TARTUCE leciona que tal procedimento está de acordo com a função social da propriedade. Isso porque a facilidade do credor fiduciário em receber o seu crédito e o leilão como meio coercitivo seriam fatores de incentivo para novos investimentos na construção civil, incrementando o acesso à moradia.

Frisa-se que é até comum que as alienações fiduciárias em garantia para as aquisições futuras de imóveis tragam como conteúdo desproporções negociais, situações de onerosidade excessiva.

Continua TARTUCE[15]:

Opina-se que o art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997 seja compreendido nos moldes de que esse novo lance não pode ser muito inferior ao valor da coisa que garante a dívida. Não sendo assim, estará configurada a onerosidade excessiva do negócio jurídico a fundamentar a sua revisão, ou mesmo a sua anulação. Para esse argumento, pode-se citar o mencionado art. 157 do CC em vigor, que se refere à lesão como vício do negócio jurídico.

Seguindo parcialmente essa linha, anote-se que, na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013, foi aprovado o Enunciado 567, segundo o qual “a avaliação do imóvel para efeito do leilão previsto no § 1.º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997 deve contemplar o maior valor entre a avaliação efetuada pelo município para cálculo do imposto de transmissão inter vivos (ITBI) devido para a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário e o critério fixado contratualmente”.

Ex positis, o leilão extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997 não é inconstitucional, todavia, tal procedimento fere o princípio da socialidade, bem como deixa o devedor, até mesmo consumidor, em situação de extrema onerosidade excessiva, causando prejuízo em detrimento da alienação ao valor mínimo possível.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Incontroverso que tal modalidade de garantia de direito real resultou em singela inovação a execução dos contratos inadimplidos, trazendo inúmeros benefícios aos credores fiduciários, contudo tal procedimento, na vista deste autor, muito embora constitucional, mostra-se diretamente prejudicial ao devedor.

Verificou-se ser perfeitamente aplicável a teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, haja vista a função social da propriedade e desde que presentes os requisitos de aplicabilidade de tal teoria, sendo um meio de limitar a discricionariedade do credor frente o inadimplemento ínfimo do devedor.

É certo que nenhum contrato, ao menos, contém em sua essência a intenção dos contratantes em não cumprir ao que fora pactuado, a qual, na maioria das vezes, resulta de um fato imprevisível, que acarreta onerosidade excessiva, dependendo de interpelação judicial para buscar rever o pactuado, contudo diante do procedimento extrajudicial prevista no tema analisado, verificou-se que poderá haver a alienação do bem, que no caso imóvel, o qual possui valorização no mercado, em valor inferior ao realmente avaliado, podendo haver sua arrematação unicamente no valor restante para o adimplemento da obrigação, independentemente do valor real do imóvel, causando prejuízo ao devedor, o qual não terá saldo a rever, dependendo de manifestação judicial para eventual nulidade.

De outro norte, mostra-se inovador e possibilita avanço para a aquisição de bens imóveis, tendo o devedor posse direta do bem, enquanto o credor a propriedade resolúvel, o qual traz benefícios para ambas às partes. Verifica-se que tal garantia de direito real deverá estar prevista nos contratos, até mesmo de adesão, dependendo de formalidades para gerar eficácia na seara jurídica, sendo que, no âmbito das instituições financeiras, cobranças indevidas em tal financiamento, afasta a constituição *in mora* do devedor, e conseqüentemente atinge o procedimento extrajudicial, há também a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial.

5. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.

BECKER, Anelise. "A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista". Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, V. 9, n. 1, 2006.

BRASIL. Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. *Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.* Brasília, DF: novembro 1997.

BRASIL. TJ-AM - AI: 40041308920148040000 AM 4004130-89.2014.8.04.0000, Relator: Yedo Simões de Oliveira, Data de Julgamento: 23/03/2015, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 23/03/2015.

BRASIL. TJ-MS - APL: 08225696120148120001 MS 0822569-61.2014.8.12.0001, Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Data de Julgamento: 05/08/2015, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/08/2015.

BRASIL. TJ-MG - AC: 10702120224069001 MG, Relator: Saldanha da Fonseca, Data de Julgamento: 23/04/2014, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/04/2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*. v. 1., 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado: contratos em espécie, direito das coisas*. v. 2., 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos: Lei 10.406, de 10.01.2002*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: Direito das Coisas*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TORRES, Paula Cunha Menezes. *A teoria do Adimplemento Substancial*. Artigo. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

NOTAS:

[1] BRASIL. Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. *Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.* Brasília, DF: novembro 1997.

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado: Parte geral, obrigações, contratos*, p. 456/1369.

[3] TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: Direito das coisas*, p. 449.

[4] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado: contratos em espécie, direito das coisas*, p. 776-782.

[5] TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: Direito das coisas*, p. 450.

[6] TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: Direito das coisas*, p. 451-553.

[7] BRASIL. Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. *Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências*. Brasília, DF: novembro 1997.

[8] TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: Direito das coisas*, p. 380.

[9] RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos: Lei 10.406, de 10.01.2002*, 3 ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2004.

[10] BECKER, Anelise. "A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre*, V. 9, n. 1, 2006, p. 60.

[11] TORRES, Paula Cunha Menezes. *A teoria do Adimplemento Substancial*. Artigo. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009. P. 12-15.

[12] NADER, Paulo. *Curso de direito Civil: Obrigações*, p. 562.

[13] TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: Direito das coisas*, p. 380.

[14] TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: Direito das coisas*, p. 381-382.

[15] TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: Direito das coisas*, p. 383-384.

REFORMA TRABALHISTA E LEI Nº 13.670/2018: REDUÇÃO DE QUADRO DE TRABALHADORES E SEUS IMPACTOS NA CLASSIFICAÇÃO DE SERVIÇOS DOS HOTÉIS PARA A FORMAÇÃO DE CLIENTELA

TIANA CAMARDELLI: Advogada. Sócia no Camardelli e Da Costa Tourinho Advogados, com atuação específica em Direito Hoteleiro.

A Reforma Trabalhista, concretizada pela Lei nº 13.015/2014 com vigência a partir de 10 de novembro de 2017, é objeto de discussão contínua em todos os setores de negócios e atividades (trades) do país desde antes e, após novembro de 2017, com maior ênfase nas vantagens econômicas ao empregador a partir da aplicação imediata das novas regras, em especial as regras que dizem respeito à jornada de trabalho do empregado, como forma de contenção dos custos operacionais. O trade nacional da hospitalidade não é uma exceção.

A expectativa de que o mercado interrompesse a tendência de queda do RevPAR^[1] no ano de 2017 não se concretizou mesmo com o aumento em 1,3% percentual da ocupação média entre os anos de 2016 e 2017 por força da queda da diária média em 6,7% no período. A previsão para o ano recém findo de 2018 não foi melhor com a indicação confirmada de baixo nível de crescimento de oferta. Entre os anos de 2017 e primeiro semestre de 2018, há um saldo médio de 24 mil de postos de trabalho fechados no setor.

Outro influenciador nas decisões pelo desligamento foi a Lei nº 13.670, de 30/05/2018, que suspendeu a desoneração de folha de pagamento no setor hoteleiro (média de até 35% dos custos da operação), e determinou aumento da alíquota do imposto geral sobre esta folha de 4,5% a 20%, com a vedação da substituição do regime de apuração por outro mais vantajoso como facultava a Lei nº 12.546/2011. A previsão pessimista é de que mais 20 mil empregados sejam desligados.

Em paralelo a este cenário, o Ministério do Turismo deixou de emitir e renovar certificados de classificação dos hotéis brasileiros desde 2016, tendo como um dos argumentos a fragilidade das ações de inspeção oficial diante dos melhores reportes pelos consumidores a partir de fóruns de discussão ou outras plataformas^[2].

A identificação dos hotéis pelo critério de classificação de 01 a 05 estrelas segue no trade também a partir dos critérios objetivos antes divulgados pelo Governo, ressaltando-se que a adesão à divulgação da quantidade de estrelas

sempre foi opcional aos hotéis, o que permite ações e divulgação de padrões de experiência ao consumidor através de mera informação de publicidade e marketing.

Feitos estes recortes de destaque, a reflexão se dirige ao posicionamento do empregador hoteleiro no mercado da hospitalidade diante dos impactos da Reforma Trabalhista e frente a seu concorrente na busca da preservação de qualidade de seus serviços e em suas equipes de trabalho e de seu posicionamento em ranking de categorias, sendo o elemento humano critério essencial para a resposta da percepção do hóspede aos serviços tomados, e, portanto, uma de suas mais importantes habilidades (assets) para a distinção em clientela e em competitividade no setor.^[3]

Sem que tenha havido sua expressa revogação e a título de exemplo, o Sistema Brasileiro de Classificação de Meios de Hospedagem (SBClass // Portaria MTUR nº 100/2011) traz no ANEXO II - Serviços^[4] como requisitos mandatórios à classificação dos hotéis urbanos que os serviços de recepção presencial estejam abertos por 12h (categorias de 01 a 02 estrelas), por 18h (03 estrelas) e por 24h (04 e 05 estrelas); aos serviços de mensageiro, a partir da categoria de 03 estrelas, a carga horária diária disponível aos clientes é de 16h (3 estrelas) e 24h (4 e 5 estrelas).

A conta da demanda necessária quantitativa de empregados por classificação de hotel torna-se simples a partir da conjugação do art. 58 da CLT, ainda preservado na fixação do limite da jornada de trabalho em 8h/dia, com a maior flexibilização trazida pelo art. 58-A da CLT (inserido na Reforma), que trata do contrato em regime de tempo parcial. Atente-se que o contrato em regime parcial tem grave trava ao impedir a atividade do empregado em horas suplementares semanais e ainda que a compensação das horas extras tenha passado a ser regra aos novos contratos (§5º do art. 58-A, CLT), esta última regra de economia direta ao empregador.

A implementação deste regramento de jornada da Reforma Trabalhista nos novos contratos de trabalho e nos anteriores alterados por acordo entre as partes trará economia imediata às empresas-hotéis pela possibilidade de alargamento da imposição de horas suplementares de trabalho já sem o receio da descaracterização do acordo de compensação de jornada ou de banco de horas (art. 59-B, Parágrafo único, CLT). Redução de custos permitiria em linha singular de raciocínio a redução significativa do preço da diária.

Parece-nos claro que, à primeira chamada, a Reforma Trabalhista empolgou uns tantos empregadores nas maiores vantagens de revisão dos contratos de trabalho, sabidamente no que diz respeito aos contratos de trabalho intermitentes

e às questões que envolvem os limites de horas diárias de trabalho. A corrida pela revisão dos contratos de trabalho e pela despedida em massa de empregados mais antigos (contratos de trabalho anteriores a 10/11/2017) foi evidente.

A reação acima pareceu óbvia diante da sazonalidade do mercado de turismo, da maior exigência quantitativa de empregados durante as altas estações e em períodos específicos ou atendimento de demandas especiais (eventos, congressos etc.). Esta empolgação também se dirigiu e se justificou pela possibilidade de oferta de diárias em valores mais atrativos, especialmente diante da concorrência de margem do Airbnb e afins.

Ao primeiro motivo (alta estação e maior demanda de empregados), a legislação já atendia e protegia as empresas através da contratação temporária prevista na Lei nº 6.109/1974, também alterada de forma específica na sequência da Reforma Trabalhista pela Lei nº 13.429/2017. Tem-se agora prevista expressamente na CLT a justificativa legal da contratação temporária pela demanda complementar de serviços – art. 2º, CLT.

Todavia, não se pode olvidar que os requisitos mandatórios para a classificação do hotel não sofrem alteração para redução das exigências conforme as estações do ano ou índices de ocupação de cada hotel.

Assim, é tangível a consequente e proporcional perda de qualidade do serviço diante do comprometimento da sustentabilidade psicossocial do empregado exposto a situação de sobrejornadas de trabalho contínuas[5]. E a impecabilidade dos empregados no trato com os clientes e hóspedes é marca imprescindível de distinção em classificação de hotéis, se não pelo Órgão Público, que não traz este critério explícito, pelos consumidores que através das redes sociais e fóruns abertos de discussão atuam de forma opinativa contundente na preservação ou não da qualidade e reputação de cada hotel[6].

Esses fatores são indissociáveis da precificação do valor da diária em cada hotel.

É evidente que precificação reduzida da diária a partir da revisão dos contratos de trabalho sem observação dos critérios acima trará impacto não só ao mercado de trabalho no trade mas também à concorrência diante de clara oferta incompatível com a classificação anterior do hotel, que, relembremos, deixou de ser fiscalizada e analisada por qualquer Órgão do MinTUR desde 2016, o que também deixa claro que a alusão às classificações e categorias de novos empreendimentos a partir deste ano não contou com qualquer validação prévia de cumprimento das normas do SBClass.[7]

É esta a hipótese que mais traz indagações no momento, pela discussão sobre a sustentabilidade da oferta de diárias menores a partir do dito enxugamento de número de empregados pela possibilidade de alargamento das horas diárias de trabalho e conseqüente redução de escalas de equipes e de como isto pode evoluir do que temos batizado “dumping de estrelas” para a efetiva prática de crime de concorrência desleal no setor a partir da oferta de diárias em preços de direta concorrência por hotéis de classificação de 02 a 03 estrelas por hotéis outrora classificados em 04 e 05 estrelas mas que não mais mantenha os critérios a tanto sem que tenham perdido ou revisto esta designação ou pela disputa de mercado entre hotéis anunciados em mesma classificação de estrelas mas que, de fato, não possuam os critérios de sua identificação nesta linha classificatória.

O atrativo ao hóspede/consumidor é certo: se uma diária em um hotel 05 estrelas custa o mesmo que a diária de um hotel 03 estrelas, é o primeiro o escolhido; se entre dois hotéis 04 estrelas um possui diária inferior ao outro, o de menor preço tenderá a ser o escolhido. E, ainda que, após o consumo dos serviços a expectativa do consumidor seja frustrada e haja repercussão negativa, a situação é de perda concreta de reserva pelos hotéis preteridos, os quais poderiam ter prestado excelente serviço no cumprimento da oferta verdadeira feita.

Todavia, sendo os atos de concorrência desleal tipificados, vale dizer, estão descritos em forma objetiva de conduta do agente conforme incisos do art. 195 da Lei nº 9.279/96, não se poderá caracterizar como ato ilícito a divulgação da classificação do hotel opcional e utilizada a partir de critérios livres de marketing e, por isto mesmo, subjetivos (como o é a classificação de hotéis em mais de 06 estrelas), em especial pelos hotéis que obtiveram até 2016 a validação oficial de sua classificação em estrelas mas que não mais foram inspecionados desde então, donde não se poderá enquadrar como engano a publicidade de se anunciarem em estrelas que, efetivamente, não estejam em sua constelação.

Se difícil tipificar a conduta acima descrita como ato puro de concorrência desleal sob o rigor da lei, é inegável o reconhecimento de prejuízo ao setor, entre os hotéis e com reflexos aos consumidores. Podemos, sem excesso e em empréstimo do comércio internacional, utilizar, como temos feito, a expressão dumping de estrelas, com os limites e recortes necessários em seu conceito jurídico, e, neste cenário, para entendê-lo como oferta de serviços em preço inferior ao justo do mercado doméstico da hospitalidade.

Já tendo afastado de si o encargo desde 2016, o Ministério do Turismo joga aos players do setor o ônus da fiscalização e a conseqüente revisão de

enquadramento de categoria e classificação para cada hotel a partir da reestruturação de seu quadro pessoal, seja pela ordem direta de número seja pela qualidade de serviços envolvida. É dizer, o setor hoteleiro rege-se, hoje, pelo *laissez-faire*, ao menos neste campo de classificação de serviços.

A responsabilidade pelo êxito do negócio agregará, então, a de fiscalização contínua e a reclassificação de cada empreendimento, quando se imponha, sob pena de violação do equilíbrio da concorrência, exatamente porque apenas a partir desta classificação poder-se-ia avançar da expressão emprestada acima – *dumping de estrelas* – no início desta reflexão à caracterização do crime de concorrência desleal (art. 195 da Lei 9.279/96) pelos hotéis que se valham da Reforma Trabalhista para mero esvaziamento de seus custos sem considerarem os impactos de tal na qualidade de seus serviços e no dever de atenderem as expectativas de seus hóspedes, consumidores, mantendo em suas propagandas e publicidades em classificação/categoria não mais compatível com a realidade dos serviços que prestem.

Em adendo de conclusão e diante da própria validade das novas regras da CLT estar posta em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, soa como solução mais segura em contraponto a uma política demissional para contratação de novos empregados a capacitação contínua dos empregados experientes, sempre com vistas ao médio e longo prazo da operação: os custos das rescisões nunca são baixos, e esta realidade não foi alterada pela Reforma Trabalhista, e os custos indiretos delas são ainda mais custosos a toda a operação: contratação de novos empregados, treinamento e aumento da rotatividade de empregados, esta que, por si só, retira um dos critérios de exclusividade de um bom hotel que é a personalidade do tratamento da experiência do hóspede/cliente.

[1] Índice representativo da receita de UH por UH disponível – RevPAR = Total de receita de UH/UH disponíveis no ano ou RevPAR = taxa de ocupação/ano x R\$ diária média.

[2] Relacionamos como bases confiáveis de avaliação dos serviços por clientes as plataformas Booking, Decolar e Hoteis.Com, por exigirem que o usuário tenha feito de fato reserva e utilizado o serviço, ao contrário do TripAdvisor, que permite a avaliação por qualquer usuário.

[3] PRZYBYLSKI, Inês Machado, Hospitalidade sob o olhar do hóspede nos espaços do hotel, 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Turismo.

[4] <http://www.classificacao.turismo.gov.br/MTUR-classificacao/mtur-site/downloadRegulamento.action;jsessionid=8682D6DAB352962C166DAC36965987F0?tipo=1>

[5] A propósito, Pesquisa “Happiness and Productivity” conduzida pela Universidade de Warwick (Reino Unido) e do Institute of Labor Economics, estudo publicado em fevereiro de 2014.

[6] Relacionamos como bases confiáveis de avaliação dos serviços por clientes as plataformas Booking, Decolar e Hoteis.Com, por exigirem que o usuário tenha feito de fato reserva e utilizado o serviço, ao contrário do TripAdvisor, que permite a avaliação por qualquer usuário.

[7] Observação válida aos hotéis oficialmente classificados pelo MINTUR até o ano de 2016.

A APLICAÇÃO INTERTEMPORAL DA LEI Nº 13.491/2017

ROBERTA EIFLER BARBOSA: Defensora pública do estado do Amazonas, especialista em políticas e gestão de segurança pública pela Universidade Estácio de Sá, pós graduanda em direito da criança e do adolescente pela Fundação do Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.491/2017 quanto à classificação dos crimes considerados militares e sua aplicação intertemporal. Com base no método hipotético-dedutivo, a nível exploratório, primeiramente, busca-se analisar as regras de direito intertemporal aplicáveis em matéria penal e processual penal, utilizando a revisão bibliográfica. Após, estuda-se o enquadramento da Lei nº 13.491/2017 como uma medida penal ou processual penal. São expostos, ainda, os diferentes entendimentos quanto à aplicação intertemporal da novel legislação e as consequências jurídicas decorrentes da compreensão construída sobre a norma objeto de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Classificação dos crimes militares. Lei nº 13.491/2017. Aplicação intertemporal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regras gerais de direito intertemporal penal. 3. A aplicação intertemporal da Lei nº 13.491/2017. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a explorar a alteração promovida pela Lei nº 13.491/2017 no tocante ao enquadramento dos crimes como militares e analisar a sua aplicação no tempo.

A metodologia de pesquisa utilizada observa o nível exploratório e, a partir de uma revisão bibliográfica, procura identificar o estado da arte no que diz respeito à

compreensão jurídica quanto aos efeitos temporais da nova legislação, motivo pelo qual se optou pela realização de uma pesquisa qualitativa.

O problema de pesquisa é analisar as consequências da mudança normativa para os processos em curso. A hipótese do trabalho é que, considerando o conteúdo da norma objeto de estudo, deve ser conferido o tratamento jurídico-penal das normas materiais.

Primeiramente, são expostas as regras gerais de aplicação intertemporal das leis penais e processuais penais. Após, passa-se à análise específica da Lei nº 13.491/2017 a fim de realizar seu enquadramento como uma regra de direito penal ou de direito processual penal. Após a confrontação de diferentes entendimentos, objetiva-se confirmar ou não a correlação entre o conteúdo da norma e a forma de sua aplicação intertemporal.

2 REGRAS GERAIS DE DIREITO INTERTEMPORAL PENAL

As regras referentes ao direito intertemporal estudam o ciclo vital das normas jurídicas, é dizer: o nascimento, momento correspondente ao início da vigência da lei; a aplicação e permanência em vigor; e a revogação destas (GONÇALVES C.R., 2003, p. 38).

Conforme refere Capez (2003, p. 45), o período entre a entrada em vigor e a revogação de uma lei, ou seja, o espaço de tempo no qual a lei produz os seus efeitos chama-se atividade. Antes e após esse período, normalmente, a lei não interfere no mundo jurídico. Excepcionalmente, no entanto, pode-se ter a extra-atividade da norma, isto é, “a incidência de uma lei fora de seu período de vigência” (CAPEZ, 2003, p. 45). Ocorre retroatividade quando a incidência se dá em período anterior a sua entrada em vigor; e, por outro lado, há ultra-atividade quando a incidência é posterior.

A entrada em vigor de uma lei ocorre após a sua publicação no Diário Oficial. Segundo disposição do artigo 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”. Isso significa que “a obrigatoriedade da lei não se inicia no dia da publicação, salvo se ela própria assim o determinar” (GONÇALVES C.R., 2003, p. 38). Algumas vezes, o legislador entende por bem estipular um lapso temporal maior entre a publicação e a entrada em vigor

da norma, seja pela sua importância, seja pela maior necessidade de divulgação dessa (PEREIRA, 2009, p. 97/98). Se nada for disposto a respeito, aplica-se a regra do artigo mencionado acima.

O lapso temporal entre a publicação e a efetiva entrada em vigor de uma lei chama-se *vacatio legis* e é assim definido por Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 62): "período estabelecido pelo legislador para que a sociedade tome conhecimento de uma determinada norma, após a sua publicação, antes de sua entrada em vigor". Segundo o art. 3º da Lei nº 13.491/2017, ora analisada, sua vigência é imediata, ou seja, não há período de *vacatio legis*, entrando a lei em vigor na data de sua publicação, isto é, 13 de outubro de 2017.

Depois que a norma está em vigor, é necessário observar as regras que dispõem a respeito da aplicação, no tempo, das leis penais e processuais penais. Determina o artigo 2º, do Código de Processo Penal que "a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

Incide, enfim, o princípio do *tempus regit actum*, também chamado de *princípio do efeito imediato*, ou da *aplicação imediata da lei processual penal*, significando que o tempo rege a forma como deve revestir-se o ato processual e os efeitos que dele podem decorrer. Logo, se no curso de um processo criminal sobrevier nova lei processual, os atos já realizados sob a égide da lei anterior manterão sua validade normal. Contudo, os atos posteriores serão praticados segundo os termos da nova normatização (AVENA, 2009, p. 61).

Portanto, como consequência de tal princípio, tem-se que os atos processuais praticados enquanto a legislação anterior ainda estava vigendo não serão invalidados; e, a nova lei terá aplicação desde logo, não sendo importante quando se deu o fato objeto do processo (AVENA, 2009, p. 61).

Fernando Capez (2003, p. 46) refere que apesar da nova legislação não atingir os atos já praticados^[1] no processo, há retroatividade sob outro aspecto, já que "as normas de natureza processual aplicam-se aos processos em andamento, ainda que

o fato tenha sido cometido antes de sua entrada em vigor e mesmo que sua aplicação se dê em prejuízo do agente". Isso porque as leis processuais não estão abrangidas pelo artigo 5º, XL, da Constituição Federal^[2], que dispõe que a norma penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o acusado.

No caso de tal preceito constitucional, como também informa Capez (2003, p. 46), só interessa a data do fato delituoso. Aplica-se o parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal, o qual determina que "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado". Em vista disso, se o fato é anterior à lei, ela só poderá retroagir em benefício do réu; se, por outro lado, for posterior, a lei o alcança, sendo benéfica ou prejudicial (CAPEZ, 2003, p. 46).

Logo, "no conflito entre as leis penais no tempo, é sempre relevante averiguar qual a que se mostra favorável ao condenado" (NUCCI, 2008, p. 61). Haverá ultra-atividade quando a lei antiga for mais benéfica ao réu, prevalecendo ao tempo de vigência da lei nova, caso em que, na denominação exposta por Nucci (2008, p. 61), a lei nova será chamada de "*novatio legis in pejus*". Surgindo lei posterior mais benéfica, para Nucci "*novatio legis in melius*" (2008, p. 60), aplicar-se-á retroativamente.

Diante do exposto, percebe-se que para determinar-se a aplicação intertemporal de certa norma é essencial definir a sua natureza jurídica, havendo três hipóteses possíveis^[3]: lei de natureza processual, lei de natureza penal ou, ainda, lei de natureza mista, conforme refere Aury Lopes Júnior (2007, p. 211). Na sua visão, "a lei penal pura é aquela que disciplina o poder estatal^[4]. Dispõe sobre o conteúdo material do processo, ou seja, o Direito Penal. Diz respeito à tipificação de delitos, pena máxima e mínima, regime de cumprimento etc." (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 211). Por conseguinte, as normas materiais são aquelas que visam assegurar direitos e garantias, no dizer de Norberto Avena (2009, p. 64).

As leis processuais penais, de outra feita, segundo Aury Lopes Júnior (2007, p. 211), dizem respeito ao início, desenvolvimento ou fim do processo, como, por exemplo, as normas atinentes aos ritos processuais, às perícias e às audiências. "São aquelas que regulamentam aspectos relacionados ao procedimento ou à forma dos atos processuais" (AVENA, 2009, p. 64). Então, "processual é a norma que repercute apenas no processo, sem respingar na pretensão punitiva" (CAPEZ, 2003, p. 47).

Existem, ainda, as regras de natureza mista que possuem tanto características processuais como penais (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 212). Segundo expõe Norberto Avena (2009, p. 66), normas mistas são aquelas que apresentam duplicidade de conteúdo, ou seja, possuem tanto um conteúdo material, quanto processual. Quanto à aplicação dessas normas, para Mirabete (2000, p. 80), “se um preceito legal, embora processual, abriga uma regra de direito material, aplica-se a ela não o disposto no art. 2º do CPP, mas os princípios constitucionais que regem a aplicação da lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna”. É a mesma posição adotada por Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 19), quando afirma que “tratando-se de normas de conteúdo misto, contendo disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, deve-se seguir o conteúdo normativo das primeiras”, pois a determinação de irretroatividade da norma desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual.

Por outro lado, Norberto Avena (2009, p. 67) propõe que sejam separados os conteúdos processuais e penais contidos em uma mesma norma. Dessa maneira, à parte penal seriam aplicados os princípios de retroatividade e ultra-atividade da lei mais benéfica; e, à parte processual, o princípio do *tempus regit actum*. Cabe aqui a ressalva de que “nos casos de leis de conteúdo misto, o que não poderá ocorrer é a separação entre uma e outra [norma], do que resultaria, na verdade, como que uma terceira legislação” (OLIVEIRA, 2008, p. 19).

Por fim, cessa a vigência da lei com a sua revogação^[5], conforme expõe Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 40), matéria regida pelo artigo 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro^[6]. “Pelo princípio da continuidade, a lei somente perde a eficácia em razão de uma força contrária à sua vigência” (PEREIRA, 2009, p. 105), ou seja, “a lei tem, com efeito, em regra, caráter permanente: mantém-se em vigor até ser revogada por outra lei” (GONÇALVES, C.R., 2003, p. 40).

Portanto, uma lei revogada deixa de integrar o sistema jurídico (AVENA, 2009, p. 70) e a revogação pode se dar de duas maneiras: revogação expressa ou tácita. A primeira modalidade ocorre quando uma lei posterior determina expressamente a cessação da eficácia de uma lei vigente (CAPEZ, 2003, p. 48). É o que ocorreu, por exemplo, na supressão dos artigos 607 e 608, do Código de Processo Penal, em que o artigo 4º, da Lei nº 11.689/08, dispôs que: “ficam revogados o [inciso VI do caput do art. 581](#) e o [Capítulo IV do Título II do Livro III](#),

[ambos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941](#) – Código de Processo Penal”.

A revogação tácita, noutra senda, “ocorre quando a lei nova apresenta dispositivos incompatíveis com a disciplina ditada pela legislação anterior” (AVENA, 2009, p. 70). Logo, “o princípio cardeal em torno da revogação tácita é o da incompatibilidade” (PEREIRA, 2009, p. 108) e ela ocorre por via oblíqua ou indireta, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 44).

Quanto à abrangência da revogação, Norberto Avena (2009, p. 70) refere que pode ser ela total (também chamada de ab-rogação) ou parcial (conhecida por derrogação). A ab-rogação “consiste na supressão integral da norma anterior” (GONÇALVES, C.R., 2003, p. 42); enquanto que na derrogação, somente uma parte da norma é atingida, permanecendo o restante em vigor (GONÇALVES, C.R., 2003, p. 42).

Cabe, por último, referir que, conforme dispõe o parágrafo 3º, do artigo 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a repristinação^[7] somente é possível quando houver expressa determinação legal. Em regra, “não há, portanto, o efeito repristinatório, restaurador, da primeira lei revogada, salvo quando houver pronunciamento expresso do legislador nesse sentido” (GONÇALVES, C.R., 2003, p. 46).

3 A APLICAÇÃO INTERTEMPORAL DA LEI Nº 13.491/2017

A Lei nº 13.491, sancionada em 13 de outubro de 2017, promoveu mudanças na redação do artigo 9º do Código Penal Militar, redefinindo o conceito dos crimes militares em tempo de paz e “estabelecendo um aparente alargamento da matéria de competência da Justiça Militar dos Estados e da Justiça Militar da União” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2018).

Em resumo, enquanto a redação anterior alçava à condição de crime militar (impróprio ou de tipificação indireta)^[8] apenas os crimes previstos no CPM que possuíssem idêntica definição na lei penal comum, a alteração promovida pela Lei nº 13.491/2017 busca elastecer o conceito de crime militar para todas as figuras típicas delitivas previstas na legislação brasileira, independentemente de previsão

correspondente na parte especial do CPM. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2018)

Houve, portanto, o rompimento da dicotomia entre crimes propriamente e impropriamente militares^[9]. Conforme explica Renato Brasileiro (2017), o art. 9º, inciso II do Código Penal Militar trata dos crimes cometidos por militares da ativa. Anteriormente à referida alteração, só era considerado crime militar aquele crime com previsão expressa no Código Penal Militar. De acordo com Aury Lopes Júnior (2017):

Se houvesse conexão entre um crime militar e outro previsto em lei especial, haveria uma cisão: o crime militar seria julgado pela Justiça castrense, e o crime não previsto no CPM seria julgado na Justiça comum (estadual ou federal, conforme o caso).

A partir da nova lei, considerar-se-ão crimes militares, em tempo de paz, os crimes previstos no Código Penal Militar e os previstos na legislação penal comum, quando praticados por militares da ativa.

Refere, ainda, Renato Brasileiro (2017) que a expressão “legislação penal comum” abrange não apenas o Código Penal, como também crimes previstos na legislação extravagante. Como ocorre, por exemplo, com o crime de abuso de autoridade, em que havia súmula do Superior Tribunal de Justiça que previa que a competência no caso dos crimes previstos na Lei nº 4.898/65 seria sempre da justiça comum, mesmo quando praticado por militar em serviço.

Essa mudança, conforme exposto por Aury Lopes Junior (2017), é rechaçada de forma categórica pela Organização das Nações Unidas e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos^[10], que defendem há muitos anos que a investigação e o julgamento por tribunais militares de denúncias de violações de direitos humanos cometidas por militares, mormente no que se refere a práticas criminosas contra civis, impedem uma investigação independente e imparcial realizada por autoridades judiciais não vinculadas à hierarquia de comando das próprias forças de segurança.

Importante referir, ainda, que a alteração da redação legislativa deu-se apenas no inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, porém, há repercussão também no inciso III. Isso porque a previsão do inciso III faz menção ao rol de crimes elencados no inciso precedente, sendo aplicável apenas na Justiça Militar da União, tendo em vista que trata do caso de militares da reserva ou reformados e civis, que não são submetidos a julgamento perante a Justiça Militar Estadual (BRASILEIRO, 2017).

Outra observação que deve ser feita é a de que a Justiça Militar passou a ter competência para julgar os crimes previstos na legislação penal comum, desde que “não haja previsão constitucional ou legal outorgando a referida competência a outra Justiça” (BRASILEIRO, 2017). Nesse caso, aplicam-se os princípios gerais da hierarquia e da especialidade. Os crimes eleitorais, por exemplo, mesmo que cometidos por militar em situação de atividade, serão julgados pela Justiça Eleitoral, conforme prevê o art. 121 da Constituição Federal^[11].

Ademais, sob pena de violação ao princípio da legalidade, não há a abrangência das contravenções penais, previstas no Decreto-lei 3.688/41, que continuam a ser julgadas exclusivamente pela justiça comum, mesmo que cometidas por militares em serviço. Outra alteração promovida pela mesma lei no Código Penal Militar foi a previsão de julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas pela Justiça Militar da União e não pelo Tribunal do Júri.

No tocante à aplicação intertemporal da Lei nº 13.491/17, Renato Brasileiro (2017) destaca que a alteração foi promovida no bojo do Código Penal Militar, apesar de tratar sobre matéria afeta ao direito processual penal, qual seja, competência. Segundo ele, verifica-se, no caso, o fenômeno da heterotopia, explicando que

há determinadas regras que, não obstante previstas em diplomas processuais penais, possuem conteúdo material, devendo, pois, retroagir para beneficiar o acusado. Outras, no entanto, inseridas em leis materiais, são dotadas de conteúdo processual, a elas sendo aplicável o critério da aplicação imediata (*tempus regit actum*). É aí que surge o fenômeno denominado de heterotopia, ou seja, situação em que, apesar

de o conteúdo da norma conferir-lhe uma determinada natureza, encontra-se ela prevista em diploma de natureza distinta. (BRASILEIRO, 2017)

Desse modo, segundo o autor, a novidade possui conteúdo exclusivamente processual, pois trata sobre normas referentes à competência, devendo aplicar-se, portanto, o princípio do *tempus regit actum*.

Do mesmo modo entende Aury Lopes Júnior (2017) referindo que “a lei processual penal no tempo é regida pelo princípio da imediatidade, de modo que muitos processos atualmente em andamento na Justiça comum poderão (ou melhor, deverão!) ser imediatamente enviados para a respectiva Justiça Militar”. O autor demonstra preocupação com a capacidade estrutural da Justiça Militar em absorver tais processos em curso, mencionando que “como se trata de lei processual penal, com aplicação imediata — inclusive para os processos em curso, repita-se —, é evidente que esse deságue inesperado de processos irá gerar grande impacto na administração da Justiça Militar”.

Não se aplica, nesse caso, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, segundo o qual

determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta (art. 43, Código de Processo Civil).

É também o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar conflito de competência entre a Justiça Militar e a Justiça Comum (Conflito de Competência nº 160.902 – RJ, 2018), determinou a remessa imediata dos autos à justiça castrense, referindo que “tratando-se de competência absoluta em razão da matéria e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se aplica a regra da perpetuação da jurisdição, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao processo penal, de modo que os autos devem ser remetidos para a Justiça Militar”.

Apesar dessa posição, outro problema a ser analisado é que diversas normas previstas no Código Penal Militar são mais gravosas do que aquelas trazidas pelo Código Penal comum. Sobre a possibilidade de aplicação das normas mais benéficas previstas no Código Penal comum para os fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.491/2017 diretamente pela Justiça Militar, Eduardo Cabette (2017) rechaça a hipótese, sustentando que

Em se tratando de norma híbrida, o caráter material deve prevalecer para estabelecimento de sua retroatividade ou não. Assim sendo, cada caso concreto deverá ser cuidadosamente analisado, de modo que a norma deverá ser aplicada em sua inteireza, sem a criação de uma “lex tertia”. Não é, portanto, cabível a alteração da competência e a aplicação, na Justiça Militar da norma mais benéfica. Se o caráter material (penal) for mais benéfico na Justiça Comum, então ali deverá permanecer o feito e ser aplicada a lei “in totum”, sem divisão. Se o deslocamento para a Justiça Castrense não importar em prejuízo ao réu sob o aspecto material (penal), então este deverá ser levado a efeito. Obviamente, nos casos ocorridos posteriormente à entrada em vigor da nova lei, a competência será da Justiça Militar sem levar em consideração se há “lex mitior” ou “lex gravior”.

Para ele, a separação dos efeitos legais no tempo tratar-se-ia da criação de uma terceira legislação, o que é vedado pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Contudo, em que pese a mudança imediata de competência, com a remessa dos feitos em andamento à Justiça Militar, de acordo com Renato Brasileiro (2017), tal circunstância não impede à luz do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa a aplicação das normas do Código Penal Comum diretamente pela Justiça militar. É o caso, por exemplo, da não previsão de penas restritivas de direitos pelo CPM. Se o crime for cometido anteriormente à vigência da Lei nº 13.491/17, não pode o acusado ser privado desse direito às penas alternativas.

Entende Ronaldo Roth (2018), que a alteração legislativa possui

(...) dupla natureza jurídica. O fato de a novel lei incidir no CPM, alterando o artigo 9º e ampliando o rol de crimes

militares, inegavelmente dá-lhe a natureza penal. Por outro lado, cremos que também é inegável a natureza processual penal da lei, porquanto a mesma alterou a competência da Justiça Militar tanto no âmbito da União (JMU) quanto na esfera estadual (JME), às quais, como Justiças Especializadas, competem processar e julgar os crimes militares, a teor do que prescreve a Lei Maior (art. 124 em relação à JMU, e art. 125, § 4º, em relação à JME).

Nesse ponto, importante diferenciar a dupla natureza jurídica do fenômeno da heterotopia. Explica Eduardo Cabette (2017) que

Esse fenômeno de normas heterotópicas é existente, mas, para que realmente se configure, mister se faz que a referida norma legal não tenha caráter misto ou híbrido, trate realmente de um tema processual ou penal (jamais processual e penal), estando alocada num diploma diverso de sua natureza. O que ocorre no caso da definição de crime militar e sua utilização para o estabelecimento da competência da Justiça Militar não é o fenômeno do heterotopismo, acenado por Brasileiro. Trata-se, isto sim, da presença de uma norma de caráter misto ou híbrido, esteja ela prevista onde quer que seja (...).

Havendo o reconhecimento de que se trata de norma de caráter misto, segundo Ronaldo Roth (2018),

A consequência da nova Lei é que, a partir da sua entrada em vigor, os processos em trâmite na Justiça Comum deverão ser remetidos à Justiça Militar, havendo de se reconhecer o caráter mais benéfico da norma se os delitos foram praticados em data anterior à vigência da novel Lei. Nesse ponto, a doutrina se divide quanto ao processo continuar tramitando na Justiça Comum ou ser remetido à Justiça Castrense quando se tratar de situação mais gravosa ao réu, mas, em ambas as hipóteses, garantida a irretroatividade da lei penal.

Ademais, segundo a Ministra Laurita Vaz em seu voto no Conflito de Competência nº 160.902 – RJ (2018),

É importante registrar que, como a lei pode ter caráter híbrido em temas relativos ao aspecto penal, a aplicação para fatos praticados antes de sua vigência somente será cabível em benefício do réu, conforme o disposto no art. 2.º, § 1.º, do Código Penal Militar e no art. 5.º, inciso XL, da Constituição da República. Por sua vez, no que concerne às questões de índole puramente processual – hipótese dos autos –, o novo regramento terá aplicação imediata, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

Destarte, segundo essa orientação, considerando que a Lei nº 13.491/2017 promoveu alterações na própria definição de crime militar, escancarando sua natureza material, mas, por outro lado, ampliou de modo substancial a competência da Justiça Militar, o que constitui matéria de natureza processual, deve-se também separar os seus efeitos.

No âmbito processual, com relação à modificação da competência, entende-se pela remessa imediata dos autos à Justiça Militar, constituindo-se exceção ao princípio da perpetuação da jurisdição, e hipótese de aplicação do princípio do *tempus regit actum*. Contudo, no tocante aos efeitos materiais e, principalmente, aos direitos previstos no Código Penal comum e que não estão previstos na legislação castrense, impende que seja respeitado o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Portanto, a aplicação total da legislação militar só será possíveis àqueles crimes cometidos após a entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, a partir da revisão bibliográfica, buscou-se analisar a natureza da Lei nº 13.491/2017 e os efeitos de sua aplicação no tempo. No primeiro capítulo, foram analisadas as normas gerais quanto à aplicação intertemporal das normas penais e processuais penais.

Após, foram apontadas as modificações efetuadas pela novel legislação no âmbito do Código Penal Militar e analisadas os entendimentos a respeito de seu enquadramento como uma norma de conteúdo material ou processual. Verificou-

se que há entendimento unânime quanto à natureza híbrida da norma, sendo que, para Renato Brasileiro, trata-se de expressão do fenômeno da heterotopia.

Em sequência, foram enfrentados as posições quanto à aplicação intertemporal da lei. Segundo a maioria dos autores estudados, a Lei nº 13.491/2017 no seu aspecto processual, que determinou a modificação de competência para julgamento de crimes antes não considerados militares, deve ser aplicada imediatamente, com a remessa dos autos à Justiça Militar. Trata-se de clara exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, tendo em vista a modificação de competência absoluta.

Quanto às implicações materiais da alteração legislativa, porém, entende-se que deve incidir o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, em observância aos artigos 2.º, § 1.º, do Código Penal Militar e 5.º, inciso XL, da Constituição Federal.

Portanto, essa incidência não se trata de criação de norma *tertia*, mas sim de aplicação dos princípios constitucionais, penais e processuais penais a fim de permitir a maior eficácia possível à legislação, preservando-se os direitos fundamentais dos acusados.

5 REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal: esquematizado*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 160.902 - RJ**. Suscitante: Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ, 18 dez. 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 11 abr 2019.

BRASILEIRO, Renato. **Nova Competência da Justiça Militar – Lei 13.491/17**. 2017. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=T8CXqSxa1f4>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes militares e a Lei 13.491/17 em relação ao direito intertemporal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5270, 5 dez. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62605>>. Acesso em: 7 jun. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivmp, 2016.

GALVÃO, Fernando. **Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquiridos e processos em curso na justiça comum para a justiça militar**. Disponível em <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-20/limite-penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Competência da Justiça Militar e Lei nº13.491/2017: breves apontamentos**. 2018. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_Lei13491_2017_Competencia_Justica_Militar_2.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **A Lei nº 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas**. 2018. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/09/26/A-Lei-n%C2%BA-1349117-e-os-reflexos-na-aplica%C3%A7%C3%A3o-da-parte-geral-do-C%C3%B3digo-Penal-Militar-e-nas-penas>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=367&lang=en>. Acesso em: 15 abr. 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed., rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROTH, Ronaldo João. **Lei 13.491/17 - Os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade**. 2018. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/08/31/Lei->

1349117---Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-o-princ%C3%ADpio-da-especialidade>. Acesso em: 20 maio 2019.

NOTAS:

[1] “Por atos já praticados deve-se entender também os respectivos efeitos e/ou consequências jurídicas. Por exemplo: sentenciado o processo e em curso o prazo recursal, a nova lei processual que alterar o aludido prazo não será aplicada, respeitando-se os efeitos preclusivos da sentença tal como previstos na época de sua prolação” (OLIVEIRA, 2008, p. 18).

[2] Art. 5º - XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

[3] Norberto Avena (2009, p. 64) propõe ainda uma quarta classificação quanto à natureza das normas jurídicas: as normas heterotópicas. São aquelas regras que “apesar de inseridas em diplomas processuais penais (v.g., o Código de Processo Penal), possuem um conteúdo material, retroagindo para beneficiar o réu. Outras, ao revés, incorporadas a leis materiais (v.g., a Constituição Federal), apresentam, não obstante, um conteúdo processual, regendo-se pelo critério *tempus regit actum*.” Nesses casos, refere o autor que a aplicação, no tempo, de tais normas será feita a partir de seu conteúdo, e não de sua localização nos diplomas legais.

[4] “Convém ressaltar que é irrelevante se o dispositivo se encontra no Código Penal ou no processual penal, interessando apenas saber se a pretensão punitiva será afetada” (CAPEZ, 2003, p. 47).

[5] Observa-se ainda que existem normas jurídicas que independem de uma lei posterior que as destitua (PEREIRA, 2009, p. 105). É o caso das leis temporárias, que possuem, em seu próprio texto, o seu termo de vigência (GONÇALVES, C.R., 2003, p. 42).

[6] Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §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. §2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. §3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência (BRASIL, [Decreto-lei nº 4.657, 4 de setembro de 1942](#)).

[7] “Na acepção jurídica, consiste no fenômeno pelo qual a lei revogada restabelece sua vigência em face da revogação da norma revogadora” (CAPEZ, 2003, p. 48).

[8] “Os crimes militares de tipificação indireta estão previstos nos incisos II e III do art.9º do CPM. Nesse caso, como tais delitos também estão previstos na lei penal comum, afigura-se indispensável a conjugação dos elementos da descrição típica da Parte Especial do Código Penal Militar com os elementos de uma das alíneas dos incisos II e III do art.9º do CPM.” Por sua vez, os crimes militares de tipificação direta “são aqueles mencionados no art.9º, inciso I, do CPM. Versando esse inciso apenas dos crimes de que trata o Código Penal Militar, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial, verifica-se que, para o juízo de tipicidade de tais delitos, basta a descrição típica da parte especial do Código Penal Militar, na medida em que o inciso I do art.9º não contém qualquer circunstância que possa ser constitutiva de um tipo penal” (DE LIMA, 2016, p. 358-359).

[9] “A própria Constituição Federal enalteceu essa legendária classificação doutrinária do crime militar ao estabelecer, dentre as hipóteses de prisão no Brasil, aquela decorrente do crime propriamente militar e que, em virtude desta condição, não depende de autorização ou de ordem judicial (art. 5º, inciso LXI, CF)” (ROTH, 2018).

[10] “La Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. (...) El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.” (OEA, 1999)

[11] Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. (BRASIL, 1988).

EXPOSIÇÃO E APLICABILIDADE DAS NORMAS EMANAS PELA O.I.T.: TRATADOS E CONVENÇÕES SOB O ENFOQUE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA:
Graduanda do Curso de Direito pela
Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo expor a aplicabilidade das normas regidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobretudo no que permeia o âmbito da legislação brasileira. A princípio serão abordados a criação da OIT e a eficácia da aplicabilidade de suas normas na seara trabalhista, também será observado a estrutura do determinado órgão internacional, seus Tratados e Convenções ratificados pelo Brasil, suas convenções prioritárias e fundamentais e, por fim, será mencionada a sua importância da garantia dos direitos humanos.

Palavras-chave: Organização Internacional do Trabalho; Tratados e Convenções; Direitos Humanos; Eficácia e Aplicabilidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to expose the applicability of the norms governed by the International Labor Organization (ILO), especially in what concerns the scope of Brazilian legislation. The creation of the ILO and the effectiveness of the applicability of its norms in the labor sphere will be discussed at the outset. The structure of the international body, its treaties and conventions ratified by Brazil, its priority and fundamental conventions will also be addressed. importance of guaranteeing human rights.

Keywords: International Labor Organization; Treaties and Conventions; Human rights; Efficacy and Applicability.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Eficácia das disposições da OIT no direito interno brasileiro; 3. Órgãos da OIT; 4. Tratados: Convenções; 4.2 Convenções da OIT; 4.2.1 As convenções fundamentais; 4.2.2 Tipos de Convenções Prioritárias; 5. Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Surgida em 1919, na Conferência de Paz que aprovou o Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho, mais comumente conhecida

como OIT, é uma agência especializada da ONU (Organização das Nações Unidas), cuja finalidade principal reside na atuação legislativa internacional.

O presente trabalho tem como escopo principal a exposição e a aplicabilidade das Convenções emanadas da Organização Internacional do Trabalho – O.I.T. – no âmbito trabalhista.

A norma internacional do trabalho, independentemente de qual área ou setor irá influir e operar, ao ser adotada e aplicada pelo Brasil, no âmbito trabalhista, deve, imprescindivelmente, observar se a mesma respeita e valoriza a dignidade da pessoa humana, no seu maior significado, pois, caso contrário, poderá ser declarada inconstitucional, através do eficaz controle de constitucionalidade, com sede no Egrégio Supremo Tribunal Federal, ou ainda, ter a sua eficácia restringida.

Além disso, para que uma norma internacional, seja através de Resolução ou Convenção, ambas emanadas da Organização Internacional do Trabalho – O.I.T. –, referidos comandos deverão passar pelos trâmites legais de aprovação das normas internacionais existentes no país para que, após aprovadas, surtam seus efeitos, conforme nos prescreve o artigo 5º, parágrafo terceiro, da Carta Magna, de 05 de outubro de 1988.

2. EFICÁCIA DAS DISPOSIÇÕES DA OIT NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), fundada em 1919 com a instituição do Tratado de Versalhes, trata-se de agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU) e composta pelos membros desta. Foi criada com o objetivo de disseminar a justiça social através de uma composição tripartite: representante dos governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores.

O estudo da OIT insere-se no âmbito do Direito Internacional do Trabalho, o qual, todavia, como bem assevera Sérgio Pinto Martins (2014), é segmento do Direito Internacional e não do Direito do Trabalho. Essa dicotomia, marcada por regras diversas de promulgação de lei, relação entre sujeitos de direito internacional, será melhor percebida no decorrer da exposição.

3. ÓRGÃOS DA OIT

São três os órgãos presentes na OIT: a Conferência ou Assembleia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

a) a Assembleia ou Conferência Geral consiste no órgão de deliberação da OIT, reunindo-se anualmente no mês de junho em Genebra, na Suíça. Participam representantes dos Estados-membros formados numa estrutura tripartite: dois do governo, um dos trabalhadores e um dos empregadores. É nessa Assembleia que são elaboradas as convenções e recomendações internacionais da OIT.

b) Cabe ao Conselho de Administração a função executiva, administrando a OIT através de reuniões trimestrais com representantes tripartites dos Estados-membros. Hodiernamente, ele é formado por 56 membros, sendo 28 representantes dos governos, 14 dos empregadores e 14 dos empregados. Desses representantes governamentais, dez são nomeados pelos Estados-membros de maior importância industrial e 18 são nomeados pelos Estados membros designados para esse fim pelos delegados governamentais da conferência.

c) A Repartição Internacional do Trabalho é a secretaria da OIT, encarregando-se de divulgar e documentar as suas atividades, publicar as convenções e recomendações, editar a *Revista Internacional do Trabalho* e a *Série Legislativa*, a fim de publicizar as leis trabalhistas dos países membros.

4. TRATADOS: Convenções

Conforme o Internacionalista Paulo Henrique Gonçalves Portela (2014), o termo “convenção” normalmente é utilizado para designar acordos multilaterais, ou seja, com vários sujeitos envolvidos, e com o objetivo de estabelecer normas gerais de Direito Internacional em temas de grande interesse mundial. Todavia, muitas das vezes acaba por se confundido com o seu gênero, tratado.

Para que um tratado, genericamente, possa vincular aquele que o acata é necessário o cumprimento de certas condições. A primeira delas é a capacidade das partes, que no caso é ser Estado-membro. A segunda é a representação dessa parte por meio de agente devidamente habilitado, vício esse sanável através de confirmação posterior pelo Estado. Necessário também que o objeto do tratado seja lícito e possível, caso contrário, se ferir outro tratado ou norma de *jus cogens*,

poderá ser nulificado. E, por derradeiro, o consentimento por parte do Estado ou seu representante deve ser regular, livre de coação, erro e dolo.

Observado isso, as convenções formadas serão vinculantes para aqueles que a ratificarem, ou seja, aceita-la definitivamente de modo a gerar efeitos tanto externos quanto internos.

4.1. Ratificação de Tratado Internacional no Brasil

Antes da efetiva entrada em vigor, porém, os ditames prescritos pela O.I.T. devem respeitar as regras de soberania que caracterizam a República Federativa do Brasil, cuja menção principal está no Diploma Maior, de 05 de Outubro de 1988, em seu artigo 1º, inciso I, o qual predispõe que:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político”.

Não obstante a existência da soberania, em destaque no primeiro inciso do primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, combinado com a independência e harmonia existente entre os três Poderes da União (Legislativo, Executivo e Judiciário), conforme prescreve o artigo 2º, do referido Diploma Maior, no que tange à aplicabilidade das normas internacionais em tela, há que se observar, de forma restrita, além da soberania, a questão da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, tal ratificação se dá de modo complexo, passando pelas seguintes fases:

1) assinatura do tratado, momento em que se afirma a concordância com o teor do acordo, mas ainda incapaz de gerar efeitos internos e externos;

2) preparação de Exposição de Motivos dirigida ao Presidente da República pelo Ministro das Relações Exteriores, dando-lhe ciência do ato internacional e dissertando sobre a sua relevância;

3) caso se convença da importância do tratado, o Presidente pode emitir Mensagem ao Congresso Nacional, solicitando para que deliberem acerca do ato para fins de posterior ratificação. Deliberação esta que poderá ser em turno único, em ambas as casas por maioria simples, ou, caso se trate de matéria atinente a direitos humanos, será em dois turnos, na duas casas, dependendo de 3/5 dos votos para ser aprovada, recebendo status de emenda constitucional. Se não aprovado, o tratado não poderá ser ratificado e, por conseguinte, não terá efeitos internos e internacionais ao Brasil, tendo em vista a sua não adesão. Caso seja aprovado, haverá mais uma fase;

4) Na aprovação pelo Congresso será emitido Decreto Legislativo pelo Presidente do Senado federal dirigido ao presidente da República, o qual terá a discricionariedade para promulgar o tratado através de Decreto e, assim, fazê-lo exigível no ordenamento jurídico nacional.

4.2. Convenções da OIT

As convenções da OIT são normas jurídicas provenientes da Conferência da OIT, com o objetivo de determinar normas gerais obrigatórias para os Estados que a ratificarem, introduzindo-as no ordenamento interno.

Para serem aprovadas na Conferência Internacional, dependem que dois terços dos delegados presentes as acatem. E para ter validade, devem ser ratificadas pelos países signatários. Ressalta-se que, assim como no Brasil, a ratificação por um país é ato discricionário, podendo muito bem ocorrer de uma convenção ser exigível no âmbito internacional, posto ter alcançado o número mínimo de ratificações, mas não ser exigível no âmbito interno de determinado país.

As convenções da OIT são elaboradas em formato de tratados-lei, na medida em que firmam seus direitos e obrigações de forma geral, além de natureza de tratado multilateral, por pode ter diversas partes signatárias, sendo ainda aberta, tendo em vista que mesmo concluída, os países, lê-se qualquer país, podem ratificá-las a qualquer momento.

Após a aprovação da Convenção pela Conferência Internacional do Trabalho, o Estado-membro deve submetê-la, no prazo de 18 meses, ao órgão nacional competente. Normalmente, tais acordos iniciam sua vigência com a partir de 12 meses após o registro de duas ratificações por Estados-membros, não havendo, geralmente, termo para cessação.

O descumprimento de uma convenção por um país implica em sanção moral aplicada pela OIT, traduzindo-se em uma tentativa de conciliação amigável, sem ações diretas. Entretanto, na prática, os países podem impor limitações ou sanções econômicas a outros pelo fato de não ratificarem as Convenções da OIT, como opor embargos a produtos oriundos de trabalho escravo, ou àqueles advindos de trabalho infantil etc.

Assim como ocorre com as Decisões emanadas pelo MERCOSUL, as Convenções da OIT também devem se submeter ao mesmo *iter* procedimental de internalização dos tratados internacionais e depois de internalizadas, adquirem *status* de lei interna. Assim, apenas após a publicação do Decreto as Convenções passam a ter vigência no ordenamento jurídico brasileiro. Há quem entenda que as Convenções da OIT sejam um tipo de tratado internacional diferente dos demais tratados assinados pelo Brasil; seriam tratados multilaterais de adesão e se diferenciariam, portanto, dos demais tratados exatamente pela via estreita da negociação.

Cumprir lembrar que a OIT, desde suas origens até sua atual estrutura e suas funções no âmbito da ONU, tem deliberado por meio de Convenções, que têm natureza jurídica de tratados internacionais e, por isso, para gerarem efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, devem passar pelo mesmo processo de internalização pelo qual passam os demais tratados internacionais. As Convenções da OIT transformam-se em Decretos. Os Decretos contém, portanto, o texto aprovado pelo Congresso Nacional da Convenção da OIT.

Vale trazer a classificação que é encontrada no *site* da OIT e que divide as Convenções em três tipos⁽³⁾: as *Convenções fundamentais*, as quais integram a Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho da OIT (1998) e que devem ser ratificadas e aplicadas por todos os Estados Membros da OIT; outras quatro convenções referem-se a assuntos de especial importância e foram

consideradas como *prioritárias*, e, por fim, as demais Convenções que por sua vez foram classificadas em 12 categorias agrupadas por temas.

4.2.1. As Convenções fundamentais:

Nº 29 - Trabalho Forçado (1930): dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas. Admitem-se algumas exceções, tais como o serviço militar, o trabalho penitenciário adequadamente supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência, como guerras, incêndios, terremotos, etc.

Nº 87 - Liberdade Sindical e Proteção do Direito de Sindicalização (1948): estabelece o direito de todos os trabalhadores e empregadores de constituir organizações que considerem convenientes e de a elas se afiliarem, sem prévia autorização, e dispõe sobre uma série de garantias para o livre funcionamento dessas organizações, sem ingerência das autoridades públicas.

Nº 98 - Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva (1949): estipula proteção contra todo ato de discriminação que reduza a liberdade sindical, proteção das organizações de trabalhadores e de empregadores contra atos de ingerência de umas nas outras, e medidas de promoção da negociação coletiva.

Nº 100 - Igualdade de Remuneração (1951): preconiza a igualdade de remuneração e de benefícios entre homens e mulheres por trabalho de igual valor.

Nº 105 - Abolição do Trabalho Forçado (1957): proíbe o uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; a mobilização de mão-de-obra; como medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves, ou como medida de discriminação.

Nº 111 - Discriminação (emprego e ocupação) (1958): preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento.

Nº 138 - Idade Mínima (1973): objetiva a abolição do trabalho infantil, ao estipular que a idade mínima de admissão ao emprego não deverá ser inferior à idade de conclusão do ensino obrigatório.

Nº 182 - Piores Formas de Trabalho Infantil (1999): defende a adoção de medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil.

4.2.2. Tipos de Convenções prioritárias:

Nº 144 - Consulta Tripartite (1976): dispõe sobre a consulta efetiva entre representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores sobre as normas internacionais do trabalho.

Nº 81 - Inspeção do trabalho (1947): dispõe sobre a manutenção de um sistema de inspeção do trabalho nas indústrias, no comércio e na agricultura. Tais sistemas devem operar dentro dos parâmetros estabelecidos nestes instrumentos.

Nº 129 - Inspeção do trabalho na Agricultura (1969): dispõe sobre a manutenção de um sistema de inspeção do trabalho nas indústrias, no comércio e na agricultura. Tais sistemas devem operar dentro dos parâmetros estabelecidos nestes instrumentos.

Nº 122 - Política de emprego (1964): dispõe sobre o estabelecimento de uma política ativa para promover o emprego estimulando o crescimento econômico e o aumento dos níveis de vida.

Em resumo, as regras de vigência sobre as Convenções da O.I.T. seguem os seguintes: **1)** a convenção entrará em vigor, em relação a cada Estado-membro, 12 (doze) meses após a data em que houver sido registrada sua ratificação, desde que já vigore no âmbito internacional; **2)** o prazo de validade de cada ratificação é de 10 (dez) anos; **3)** após a fluência dos 10 (dez) anos, o Estado-Membro poderá denunciar a ratificação, mediante comunicação oficial dirigida ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho – R.I.T., para o devido registro. Conseqüentemente, a denúncia surtirá efeito somente 12 (doze) meses após o referido registro; **4)** decorrido o prazo de 12 (doze) meses após o período de validade da ratificação, sem que o respectivo Estado use da faculdade de oferecer denúncia, verificar-se-á a renovação tácita da ratificação por mais 10 (dez) anos.

Nesta hipótese, a faculdade de denúncia renascerá após o decurso do segundo decênio de vigência da ratificação, aplicando-se a mesma regra aos decênios que se sucederem.

Portanto, depois de decorridos 12 (doze) meses do depósito do instrumento de ratificação, inicia-se o período de vigência das Convenções que é de 10 (dez) anos. Desta forma, o prazo de validade de cada Convenção é de 10 (dez) anos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Organização Internacional do Trabalho – O.I.T. –, no exercício de suas atribuições legais, tem competência para elaborar e editar normas de âmbito e aplicação mundial, mais precisamente no que tange às regras do trabalho.

Com relação à aplicabilidade das Convenções e Recomendações, respeitando-se as particularidades de cada norma, e, principalmente, observando-se e seguindo-se o rito legal prescrito para a aprovação e efetividade das mesmas, perante o Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal de 05/10/1988, temos que, sem sombra de dúvida, a Organização Internacional do Trabalho exerce um papel extremamente importante no que concerne às normas de proteção do trabalho e, conseqüentemente, valorização dos trabalhadores como seres humanos.

A pertinência da atuação da OIT na defesa dos direitos humanos do trabalho ao nível internacional evidencia-se face às transformações ocorridas no domínio laboral e aos desafios daí decorrentes.

No que diz respeito à promoção da efetividade das normas nacionais por parte da OIT, analisaram-se os efeitos da mobilização dos mecanismos de controlo especial sobre o Estado, o direito e o sistema de relações laborais nacional.

REFERENCIAS

OIT. **A Convenção Nº 158 – Proteção contra a despedida injustificada – Trabalho & Doutrina**, Dezembro de 1996, p. 12; Disponível em: <mhttp://www.institutoamp.com.br/oit158.htm >. Acesso em: 2019-05-19.

Convenção 150 da OIT. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_.asp?cod=50643>. Acesso em: 2019-05-17.

Convenção 149 da OIT. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=375>>. Acesso em: 2019-05-17.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Notas da OIT.** Trabalho e família. Nota 3 – Melhores empresas: locais de trabalho que apoiam a conciliação trabalho-família. OIT Brasil, 2009. Disponível em: (Disponível em: <http://www.oit.org.br/content/nota-3-melhorempresas-locais-de-trabalho-que-apoiam-concilia%C3%A7%C3%A3o-trabalhofam%C3%ADlia-0>. Acesso em: 18.05.2019)

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Manual de Procedimentos em Matéria de Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho.** Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/295>. Acesso em: 20/05/2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **OIT – ONU no Brasil.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit/>. Acesso em: 21.05.2019.

MULTIPARENTALIDADE, ENTIDADE FAMILIAR E REFLEXOS JURÍDICOS SUCESSÓRIOS.

BRUNA LETÍCIA BATISTA LOBÃO DA SILVEIRA:
Bacharelada em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA^{III}

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo ocupa-se em instigar discussões acerca deste instituto, a multiparentalidade, a aceitação e regulamentação formal, jurídica da coexistência de maternidades e paternidades, hodiernamente tratada como entidade familiar resguardada por princípios constitucionais. Por meio de evidências do problema em práticas do dia a dia e da análise da multiparentalidade teceremos conjecturas, sobre a evolução da sociedade no decorrer da história compreendendo a multiparentalidade, como entidade familiar a fim de poder visualizar os reflexos desta na contemporaneidade. Portanto seguindo o raciocínio o presente trabalho terá como primordial a reflexão sobre os princípios constitucionais, tais como a igualdade entre filiações estas de origens divergentes, o livre planejamento familiar e igualdade entre irmãos. Demonstrando assim o respaldo constitucional, sendo por meio destes princípios e na unanimidade de aceitação jurídica que o estudo sedimenta o devido reconhecimento dos direitos e deveres ao filho na relação multiparental, destacando ainda o direito sucessório. Neste contexto, a escolha do tema ira demonstrar o reflexo prático do estudo realizado por meio de julgados, princípios e na ausência de impeditivos legais que o estudo embasa o devido reconhecimento de todos os direitos e deveres ao filho multiparental, inclusive o direito sucessório dentre a evolução histórica da família na sociedade e em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, os reflexos jurídicos do reconhecimento da multiparentalidade como entidade familiar.

Palavras-chave: Multiparentalidade, Teoria Tridimensional, Igualdade Familiar, Sucessão.

ABSTRACT: This article deals in instigating discussions about this Institute, the multiparentalidade, the acceptance and formal, legal rules of coexistence of hatcheries and paternities, still treated as a family entity protected by constitutional

principles. Through the evidence of the problem in day-to-day practices and the analysis of the multiparentalidade we will first make conjectures about the evolution of society throughout history and understand the multiparentalidade, as familiar in order to show the reflections of this in contemporary times. So following this reasoning work will paramount consideration of constitutional principles, such as equality between these divergent origins affiliations, free family planning and equality between brothers. Thus demonstrating the constitutional support, and through these principles and in the unanimous acceptance that the sediment study legal recognition and rights.

Keywords: Multiparentalidade, Three-dimensional Theory, equality, Family Succession.

SUMÁRIO: Introdução; 2 A Família na Constituição Federal de 1988; 3 A Construção da Multiparentalidade e seus Reflexos Jurídicos; 4 Direito Sucessório na Multiparentalidade; Considerações finais.

I INTRODUÇÃO

No Brasil a dinamicidade das relações jurídicas, dentre estas as relações familiares que foram afetadas diretamente quanto à sua estrutura, fato que deu origem às famílias recomposta, estas que caracterizam diretamente o fenômeno da multiparentalidade, tal contexto legitimou a convivência harmônica entre pais biológicos e socioafetivo com o escopo precípua de promover um ambiente saudável ao desenvolvimento do filho/enteado.

A inexistência de uma doutrina majoritária contribui para fomentar diversas discussões, posicionamentos controversos e polêmicos no que se trata o estudo em questão, no entanto, o poder judiciário vem apresentando sinais a fim de legitimar a nova realidade organizacional da estrutura familiar brasileira. Como imediato reflexo à conjectura, várias doutrinas favoráveis a este tema, iniciam o processo de afirmação jurisprudencial, no que tange à interpretação dos elementos que compõem a multiparentalidade (biológico e socioafetivo) de maneira complementar, já que há entre estas uma pseudo-hierarquia construindo um aspecto meramente imagético.

Assim sendo, a multiparentalidade é um fenômeno que substantiva uma significativa parcela da população brasileira, esta que deve ter ciência de sua configuração jurídica para que possam usufruir de seus direitos e ainda para que possam ser dirimidas pelas autoridades competentes em possíveis conflitos causados pela razão da complexidade do tema.

2 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 que distinguiu as mudanças no conceito de família onde codificou-se os valores já concretizados, credibilizando a evolução da sociedade e o inegável fenômeno social das uniões de fato, foram os princípios do Direito de Família que trouxeram uma significativa modificação ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento do pluralismo familiar já insurgente no plano fático, decorrente das novas concepções de famílias que surgiam com o decorrer dos anos.

O Direito de Família "Civil-Constitucional" engloba valores e princípios mais abrangentes, abarcando direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF); o princípio da isonomia, ao ratificar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o igualitário tratamento jurídico dos filhos (artigo 5º, I da CF); a solidariedade social (artigo 3º, I da CF); e a afetividade que, que toma formas jurídicas neste contexto.

Tomando por base os ensinamentos de Maria Helena Diniz, o moderno direito de família, marcado por grandes mudanças e inovações, rege-se por princípios, tais como o Princípio da "ratio" do matrimônio e da união estável, segundo o qual o fundamento básico da vida conjugal é a afeição e a necessidade de completa comunhão de vida; o Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, enfatizando dessa forma seus direitos e deveres; o Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, § 6º, e CC, arts. 1.596 a 1.629); o Princípio da pluralidade familiar, vez que a norma constitucional resguarda a família matrimonial e as demais entidades familiares (união estável e família monoparental); o Princípio da consagração do poder familiar (CC, arts. 1.630 a 1.638), em substituição ao marital e o patriarcal, no seio da família; o Princípio da liberdade, fundado no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável; e o Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, que constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno

desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227). [2]

Indubitavelmente a Constituição Federal de 1988 representou uma inovação diante da forma de se compreender uma composição familiar, hoje não necessariamente produto de um casamento formal, mas fruto de uma “união estável”, entre um homem e uma mulher, como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, § 3º).

O berço do ordenamento brasileiro, a Constituição Federal, também menciona a possibilidade de a família ser constituída por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º), reafirma a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (artigo 226, § 5º) e estabelece o tratamento igualitário dos filhos, sem qualquer designação discriminatória.

Assim, verifica-se que existem três formas de constituição de família, quais sejam, a formada pelo casamento, seja ele civil ou religioso com efeitos civis, a formada pela união estável e a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Enfatiza-se ainda que a instituição do casamento permanece sendo o meio básico de consolidar uma união familiar, não foi suprimido pelo reconhecimento constitucional da união estável, considerando-se que a própria Constituição Federal de 1988 prevê a facilitação de sua conversão em casamento.

A união entre um homem e uma mulher, legalizada ou não, com certa duração, enquadra-se nos moldes de um núcleo familiar, um agrupamento de pessoas unidas por laços de sangue, vínculos afetivos e comunhão de interesses. [3]

Não é abordada pela Constituição apenas os princípios norteadores das relações entre pessoas, mas também, as regras de interação relacionadas à convivência humana. Assim, impõe-se o regramento constitucional à família, elemento de criação e de formação dos homens, porque ao Estado compete essa ordenação jurídica. [4]

O reconhecimento da família sem casamento representa uma quebra de paradigmas, institucionalizando-se a realidade e organizando as relações sociais

2.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Desde o Brasil Colônia até meados do século XX, entendia-se como família diante da sociedade àquela instituição formada por meio do matrimônio entre um homem e uma mulher, tendo como centro a figura patriarcal, bem como destaca Campos (2008, p. 51) que "vigorou durante muito tempo o conceito de família patriarcal, com funções meramente econômico patrimoniais, políticas, prescritivas e religiosas. "

Assim por meio de uma breve leitura de documentos históricos, da própria literatura brasileira é possível entender o papel da mulher no lar, em relação às obrigações matrimoniais e para com os filhos, evidenciando o papel e a representação do homem no lar como sendo de alto posto. As mulheres não tinham liberdade de tomar grandes decisões na casa deixando ainda mais claro que a representação da sociedade era patriarcal.

Segundo Paulo Lôbo, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de família pode ser dividido em três períodos: o primeiro era baseado no direito de família canônico, no qual predominou o modelo de família patriarcal; o segundo período é chamado de direito de família laico, instituído com a proclamação da República em 1889, o qual reduziu de maneira progressiva o modelo patriarcal; e, por fim, o direito de família igualitário e solidário, constituído pela Constituição Federal de 1988. (2011, p. 40-41)

Assim, durante todo o período Colonial e mesmo após a proclamação da independência, predominou o direito de família religioso patriarcal, disciplinado pelas Ordenações Filipinas, provenientes do direito canônico e dos dogmas advindos da Igreja Católica Apostólica Romana dominante em Portugal.

As Ordenações Filipinas seguiam o modelo de família formado pelo casamento de um homem e uma mulher com fins meramente voltados à procriação e centralizado na figura masculina, no qual o homem tinha o pátrio poder sobre todos os membros da família. Nesse modelo de família adotou-se o da família monogâmica, patriarcal, hierárquica e patrimonialista, fundada na moral e na religião.

Nesse sentido aduz Rolf Madaleno:

"Desse modo, o casamento era institucional com propósitos econômicos, o qual desconsiderava e sacrificava as relações de afeto, pautava-se

a todo custo pela preservação do patrimônio e a manutenção do status social de seus integrantes. " (MADALENO, 2014, p. 6)

Contudo, a partir da segunda metade do século XIX o patriarcalismo começou a enfraquecer graças às influências trazidas pela industrialização a qual favoreceu fortíssimas transformações comportamentais na sociedade, com destaque para os movimentos de emancipação feminina os quais passaram a questionar a submissão das mulheres aos homens.

No que tange as Constituições brasileiras, durante a fase do Estado Liberal, as Constituições de 1824 e 1891, refletiam-se no modelo patriarcal, notoriamente individualista, estas Constituições anteriores não tutelaram relações familiares, desconsiderando os princípios da liberdade e igualdade.

Segundo Paulo Lôbo, as constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Na Constituição de 1891 há um único dispositivo (art. 72, § 4o) com o seguinte enunciado: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita". Compreende-se a exclusividade do casamento civil, pois os republicanos desejavam concretizar a política de secularização da vida privada, mantida sob controle da igreja oficial e do direito canônico durante a colônia e o Império (LÔBO, 2008, p.6).

Nesse ínterim, destacou-se a Constituição de 1891 a qual dedicou um dispositivo à família, contudo, muito restrita, apenas reconhecia e resguardava a família oriunda do casamento civil, desconhecendo a pluralidade dos arranjos familiares, pluralidade esta que sempre existiu na sociedade e que não recebia a devida proteção do Estado, isto por conta da discriminação quanto ao reconhecimento de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, sendo considerado ilegítimos pelo pai biológico casado.

Mesmo com a promulgação do primeiro Código Civil no país em 1916, o legislador não constituiu o reflexo fidedigno da sociedade da época, tendo em vista que manteve os mesmos resquícios cristãos e romanos sobre o casamento como única forma de instituir a família legítima, a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a distinção entre os sexos com supremacia masculina, e a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos.

Outrossim, ao longo do século XX, a ascensão do Estado Social trouxe significativas mudanças na família brasileira e a família patriarcal foi aos poucos perdendo o seu predomínio. Sílvio de Salvo Venosa diz a esse respeito, que no século XX, o papel da mulher se transforma ocasionando visíveis mudanças no meio familiar. Com o trabalho das mães fora de casa, os filhos passam um tempo maior longe do lar, praticando atividades escolares ou recreativas. A longevidade adquirida por melhores condições de vida possibilita que várias gerações convivam e daí surgem os primeiros conflitos que refletem à sociedade atual. (2003, p.20)

Ademais as constituições de 1934 a 1988, trouxeram normas específicas que intervieram nas relações familiares com o intuito de assegurar juridicamente liberdade e igualdade, de modo a eliminar as desigualdades existentes no seio da família.

Em 1977, foi promulgada a Lei do Divórcio - Lei n. 6.515/77 – esta que finalmente autorizou o fim de fato do vínculo conjugal. Em relação a isto a Carta Magna de 1988 avançou ainda mais e permitiu o divórcio sem o processamento da separação judicial, porém era apenas concedido a casais que já estavam separados de fato há mais de dois anos, em conformidade com a Emenda Constitucional nº 66. Entende-se que a criação desta emenda fora um grande avanço, visto que em razão dela os cônjuges já não precisavam cumprir requisitos temporais podendo optar pela dissolução do vínculo matrimonial.

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi possível perceber de maneira fática o declínio do modelo patriarcal familiar, daquele sistema hierarquizado de outrora em que o homem e a mulher à partir do matrimônio passavam a constituir uma família, modelo único. A constituição de 1988 ampliou o conceito de família, garantindo liberdade e igualdade, inserindo-a na modernidade.

Segundo Dias (2014) com a Constituição o conceito de família pluralizou-se. No que tange a família, veio tratada no Capítulo VII do Título VIII (Da Ordem Social) da Carta Magna, especificamente nos arts. 226 a 230. Assim dispõe o art. 226 e seus parágrafos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

É possível por meio do artigo anterior identificar, perceber pelo menos, três espécies do gênero família: aquela constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental, assim observando que houve por parte do poder judiciário uma maior atenção às famílias rearranjadas.

2.2 O TEMPO DENTRO DO CONCEITO FAMÍLIAR DIANTE DO AFETO AOS FILHOS

O tempo proporciona desafio aos dogmas, impõe novas verdades e novas concepções. Dessa forma é a vida e da mesma forma o Direito de Famílias acompanha a evolução desse ramo do Direito, o mais humano. Segundo à história as últimas décadas foram carregadas de mudanças tanto jurídicas quanto políticas tais mudanças que modificaram o entendimento da coletividade quanto às famílias, aos sentimentos, à vida.

Tais ideais são produto da constante construção e reformulação do equilíbrio entre a ordem pública e autonomia privada, que assim impôs ao Direito essa dinamicidade. O Estado Liberal que tanto pregava liberdade de forma falaciosa e escondia uma sociedade que clamava por limitações pessoais oriunda de um Estado forte e social, pela constitucionalização do democrático direito ao planejamento familiar livre e a busca incessante pela liberdade de fato, salpicada de uma restrita e protetora ingerência estatal.

Durante toda a evolução da raça humana, ocorreram significativas alterações nos mais diversos aspectos da sociedade, dentre os diversos organismos sociais e jurídicos, o que mais sofreu e sofre alteração, ao longo dos tempos é o conceito e a extensão da família e diversos aspectos foram causadores destas alterações tão significativas: a industrialização, a evolução tecnológica, o crescimento das cidades causando uma maior interação dos indivíduos da sociedade, haja vista que as relações ao passar dos anos contribuem para construção dos valores.

Nesse sentido ressalta. Venosa (2011, p. 01), que “[...] não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito. ” Cabendo aos operadores do Direito a interpretação e o alcance da situação fática em questão, haja vista que o Direito possui ramos distintos que tratam a família de forma a assegurar sua proteção e liberdade.

Por fim, atualmente não há como definir um modelo familiar preponderante na atualidade, como bem coloca o ilustríssimo Ministro Edson Fachin (1999, p. 149):

“O Código Civil em vigor, antes da Constituição de 1988, assentava-se em modelo jurídico da família baseada no matrimônio, na desigualdade entre os sexos, no pátrio poder e na transpessoalidade da família. Esse modelo foi vencido pela legislação especial e posterior, pela doutrina, pelo papel construtivo da jurisprudência e pela força criadora dos fatos. ”

Essas quatro características fundamentais da família deram lugar a uma concepção constitucional, baseada em uma dimensão sociológica dentro da pluralidade familiar que tratam de forma a assegurar sua proteção e liberdade.

3. A CONSTRUÇÃO DA MULTIPARENTALIDADE E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS.

A multiparentalidade, instituto que permite a inserção na certidão de registro civil do nome de dois pais e mães, permitindo que o indivíduo possa possuir dupla paternidade/maternidade em razão do vínculo biológico ou socioafetivo, fez surgir a necessidade de normas que guardassem esta nova estrutura familiar. O reconhecimento deste instituto significa uma inovação para o Direito de Família, pois alicerça-se em princípios constitucionais, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da pluralidade das entidades familiares.

Assim, além do reconhecimento do direito ao nome no registro civil, da dupla paternidade/maternidade, em virtude das diversas mudanças da estrutura familiar fez-se necessário uma abrangência maior no reconhecimento quanto aos vínculos estabelecidos nas uniões afetivas ao invés de ater-nos apenas às questões biológicas.

Foi deste ponto que houve a necessidade de que o legislador dessa maior atenção às novas realidades já pungentes na sociedade brasileira, dependendo amparo jurídico para que estas relações coexistam de maneira harmônica, respeitando o Direito das Famílias com relação principalmente aos direitos e deveres.

À partir desse reconhecimento, diversos aspectos foram suscitados, o primeiro e quiçá mais importante: o aspecto registral, que vem garantir à pessoa humana suprir a necessidade de autoafirmação por meio de seu nome, conforme está positivado no Código Civil em seu artigo 16: " Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. " Assim, além do nome deve ainda constar no registro civil o nome dos pais biológicos, incluindo ainda o nome do pai ou mãe institucional.

É válido enfatizar que a filiação socioafetiva diverge demasiadamente do simples parentesco conforme aduz DINIZ, 2015, p.491:

"Parentesco é a relação vinculatória existente não só por pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo. Filiação é vínculo existente entre pais e filhos."

Portanto, nota-se que a família se apartou da ideia de ser uma unidade, originariamente e unicamente biológica passando a compreender desde logo a afetividade como vínculo familiar.

Consequentemente a multiparentalidade positivou as relações objetivando a convivência harmônica da paternidade biológica com a socioafetiva, possibilitando que além de um pai sanguíneo ou mãe o indivíduo tenha simultaneamente a presença de pai/mãe socioafetivo.

Ao decidir o mérito do caso em comento, a Suprema Corte, STF optou por não abonar qualquer prevalência dentre as modalidades referidas de vínculo parental, assim considerando a existência simultânea de ambos vínculos.

Da tese depreende-se em síntese:

“A paternidade socioafetiva declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante braseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. ”

Consoante ao entendimento da Suprema Corte, efetivamente temos consagrado o reconhecimento da Multiparentalidade junto a seus inúmeros efeitos diante do Direito de Famílias no Brasil, desde o registro civil de nascimento abrangendo todos os demais efeitos inclusive os de ordem sucessória decorrentes desta modalidade de filiação.

3.1 TEORIA TRIDIMENSIONAL: FILHOS SOCIOAFETIVOS

Durante algum tempo se entendia de forma quase que unânime que a possibilidade de que houvesse dois critérios de filiação, frente a existência da paternidade biológica e outra afetiva, anterior ao cogente entendimento o legislador devia reconhecer apenas uma delas com a finalidade de registro civil para efeitos jurídicos relacionados à família e principalmente no que diz respeito aos efeitos sucessórios.

Muito embora se ache na doutrina que há preferência de critérios que se sobrepõem , não se questiona mais o reconhecimento da múltipla paternidade, os quais o critério biológico e afetivo não afastam um ao outro mas sim completam-se efetivando-se os princípios. Frente ao fato de que uma modalidade de parentalidade sobrepõe-se à outra, levando-se em consideração os critérios biológico, afetivo e jurídico, surge a possibilidade da multiparentalidade, isto é, a liberdade de serem reconhecidos um pai/mãe e um ou mais pai(s) e mãe(s) afetivos.

Cassettari (2014,p.145), entende a viabilidade da multiparentalidade em diversas situações: tais como no caso em que for possível somar a paternidade biológica e socioafetiva, sem que uma exclua a outra, ainda, na adoção homoafetiva, ou na reprodução medicamente assistida entre casais homossexuais, em que o adotado passaria a ter duas mãe ou dois pais. Em consoante entendimento Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata Lima Rodrigues (apud CASSETTARI, 2014, p.146):

Em face de uma realidade social que se compõe de todos os tipos de famílias possíveis e de um ordenamento jurídico que autoriza a livre (des)constituição

familiar, não há como negar que a existência de famílias reconstituídas representa a possibilidade de uma múltipla vinculação parental de crianças que convivem nesses novos arranjos familiares, porque assimilam a figura do pai e da mãe afim como novas figuras parentais, ao lado de seus pais biológicos. Não reconhecer esses vínculos, construídos sobre as bases de uma relação socioafetiva, pode igualmente representar ausência de tutela a esses menores em formação.

No entanto, não é qualquer relação advinda de uma nova moldagem familiar que será suficiente para configurar reconhecimento de uma paternidade ou maternidade, mas não se pode rechaçar tal possibilidade de pronto. Outro critério que fundamenta e sustenta a possibilidade da multiparentalidade está nos ensinamentos de Belmiro Pedro Welter trata-se da “teoria tridimensional no direito de família”.

Por meio desta teoria Welter sustenta de forma sintética, que o ser humano é simultaneamente biológico, afetivo/desafetivo e ontológico. É biológico porque cada indivíduo é continuidade de uma linhagem, de um ciclo de vida, transmitindo características no decorrer de gerações. Afetivo “(...) porque forjado pela dinâmica dos fatores pessoal, familiar, social e universal. ” E finalmente, o ser humano é ontológico visto que ele (ser humano) também se comporta e se relaciona no mundo sem, necessariamente estar vinculado à genética ou afeição, já que o “humano é um ser com condição comum a todos os humanos, um acontecer, que convive e compartilha nos mundos da ancestralidade sanguínea, do relacionamento social/familiar e consigo mesmo”. (WELTER, 2009a, p.300).

Frente a este entendimento a teoria de Welter também se aplicaria na determinação da parentalidade: Não reconhecer as parentalidades genética e socioafetiva (sic), ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto à biológica, pelo o que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória de vida humana (WELTER, 2009b).

4. O DIREITO SUCESSÓRIO NA MULTIPARENTALIDADE

Como já abordado ao longo do presente estudo, a multiparentalidade ganha forma por meio do conhecimento de mais de uma filiação, seja materna ou paterna, ou até mesmo em ambos os casos.

E quanto aos efeitos sucessórios? Pois bem, o direito sucessório decorre da filiação, a esse respeito, Goulart, 2013, p.17 comenta:

“(…) a Carta Magna traz com toda clareza que não pode haver discriminação sobre os tipos de filiações, ou seja não importa como se deu essa filiação, será igualitária como se fosse um filho legítimo, conforme o art. 227, parágrafo 6º, do diploma legal referido. Dessa forma, caso haja o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, este terá os mesmos direitos das demais filiações.

(…) Uma vez que se tem posse do estado de filho consolidado, logo este seria um herdeiro legítimo necessário como as filiações biológicas.

Como já mencionado no subitem anterior, filhos afetivos ou socioafetivos gozam do reconhecimento legal da filiação, assim possuindo e podendo adquirir tais direitos enquanto vida tiverem seus genitores ou post mortem, sobre o reconhecimento post mortem da socioafetividade, afirma Goulart, 2013, p.17:

Porém, o reconhecimento da filiação socioafetiva, após o falecimento do suposto pai ou da suposta mãe afetiva, faz com que poucos julgadores reconheçam e legitimem tal relação paterno/materno-filial. Um dos principais argumentos para o não reconhecimento é que, se o pai ou a mãe socioafetiva quisesse ter manifestado a vontade de assumir a relação paterno/materno-filial teriam feito em vida ou por meio de testamento. Tais argumentos podem ser levados em conta quando realmente, no caso concreto, não foi comprovada a configuração da filiação sociológica. Até porque muitos podem utilizar desse artifício para conseguir um direito hereditário no qual não têm nenhum direito.

Ainda que existam discussões quanto aos direitos sucessórios dos filhos socioafetivos, o próprio Código Civil cuida em deixar bem claro em seu artigo 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. ”

Portanto, não havendo qualquer distinção, no momento da partilha da herança. Os tribunais do país reconhecem tal legitimidade baseando seu entendimento no princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, pautadas nesse entendimento em que um indivíduo teria direito a reclamar de forma dúplice a paternidade em seu registro civil:

DIREITO DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MULTIPARENTALIDADE. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO BIOLÓGICO PREEXISTENTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DUPLA PARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL.

1. A paternidade biológica declarada em registro público não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem socioafetiva, com os efeitos jurídicos próprios, como desdobramento do sobre princípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais. 2. "A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade." Tese fixada com repercussão geral no julgamento do RE 898060/SC - STF. 3. Recurso conhecido e provido.

(TJ-DF 20161410019827 - Segredo de Justiça 0001877-05.2016.8.07.0014, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 07/12/2016, 7ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/01/2017 . Pág.: 840/860)

Enfim, é necessária atenção à evolução e que o Direito acompanhe paralelamente cada modificação a fim de resguardar cada indivíduo de forma isonômica levando-se em conta sempre os direitos assegurados a estes pela Magna Carta da República evitando qualquer lesão ao bem jurídico por lei amparado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na constância de sua evolução, a sociedade, aperfeiçoou-se, sempre se adaptando às mudanças em sua formação e organização, cuidando que todas os arranjos familiares, sendo este baseado no afeto ou pelo vínculo biológico, fossem legalmente amparados.

No berço do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República de 1988, foi resguardada a igualdade dentre os filhos, as questões familiares passaram a ser tratadas de forma mais abrangente, tanto no que diz respeito a direito quanto obrigações.

Diante de tamanha mudança, do retrato familiar brasileiro seria impossível que o Direito fosse omissivo e não tratasse tal tema com toda a delicadeza, afinal falar de família é envolver sentimentos, estes subjetivos, não podendo generalizar, analisando cada caso concreto com todas as suas particularidades.

Por fim e não menos importante conclui-se que frente aos avanços nos arranjos familiares, em especial as famílias recompostas, o legislador aderiu e teve cuidado diante das mudanças, com o objetivo precípua de deixar intacta a busca por igualdade, demonstrando a importância e as possibilidades jurídicas do registro civil de filhos afetivos, adquirindo assim todos os direitos inerentes a este reconhecimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 2 nov, 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 11 maio 2018

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. Vol. 2. 8ª edição. Editora Saraiva, 2011

_____. **Direito de família**. Vol. 6. 6ª edição. Editora Saraiva, 2009

_____. **Direito de família**. Vol. 2. 11ª edição. Editora Saraiva, 2006

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LÔBO, Paulo. **Direito civil : famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 3ª ed. vol.6. São Paulo: Atlas, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa Julgada na Investigação de paternidade**. 3 ed. Rev, e atualizada de acordo com teoria tridimensional do direito de família. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Teoria Tridimensional do direito de família.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

^[1] Graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu"; em Direito Processual Civil e Penal, Direito Público, pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP, Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Atua como advogada no Estado do Tocantins e como Professora no curso de Direito da Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS À LUZ DA CONVENÇÃO E DO PROTOCOLO DE PALERMO

BRUNO PORANGABA RODRIGUES:

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo^[1]: O presente trabalho tem por objetivo analisar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”), instituída para tratar da criminalidade organizada transnacional, e o seu Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (“Protocolo de Palermo”), que sistematizou a problemática do tráfico internacional de pessoas na atualidade.

Palavras-chave: Tráfico internacional de pessoas. Convenção de Palermo. Protocolo de Palermo.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o combate ao crime organizado transnacional e a proteção às vítimas do tráfico internacional de pessoas constituem temáticas extremamente relevantes no contexto internacional. Para melhor compreendê-los, faz-se necessário analisar as suas bases históricas a partir da Convenção e do Protocolo de Palermo.

Ciente disso, o presente trabalho volta-se para a análise histórico-reflexiva da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”) e do seu Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (“Protocolo de Palermo”).

DESENVOLVIMENTO

Como é de conhecimento mundial, o colapso da ordem vigente na Guerra Fria impulsionou a difusão de um novo ambiente internacional, trazendo, em seu bojo, determinados problemas que outrora estavam encobertos e silenciados, notabilizando-se a criminalidade organizada transnacional, enquanto uma das

novas estruturas paraestatais de poder, ameaçando a paz e a prosperidade, em decorrência do seu propósito explícito de cometimento de delitos, como o narcotráfico, a lavagem de capitais, o contrabando de migrantes e o tráfico de seres humanos[2].

Nesse contexto, a globalização emergia como um dos principais fatores que propiciava a ação dessas redes criminosas bem estruturadas e organizadas, voltadas para a prática de diversas atividades antijurídicas, que são beneficiadas pela facilidade de trânsito de pessoas entre os continentes, mundialização das transações comerciais, econômicas e financeiras, além do desenvolvimento das comunicações e transportes, daí porque se dissemina a expressão “globalização do crime”[3].

Com o advento da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, firmado em 2000, surge uma resposta internacional a este problema contemporâneo, sendo notável a recomendação de atuação firme e integrada entre os Estados nacionais, incentivando-os a atuarem tanto bilateralmente quanto multilateralmente, conforme se percebe da previsão constante do artigo 30, item 4, a seguir transcrito[4]-[5]:

Os Estados Partes poderão celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais relativos a assistência técnica e logística, tendo em conta os acordos financeiros necessários para assegurar a eficácia dos meios de cooperação internacional previstos na presente Convenção, e para prevenir, detectar e combater a criminalidade organizada transnacional.

Observa-se, nos dizeres de Damásio de Jesus, que a Convenção prioriza o controle do crime, perspectiva essa que visualiza o tráfico como um problema de efetividade da aplicação da lei em desfavor do crime organizado local ou internacional, levando à recomendação de implantação de medidas punitivas mais rigorosas[6].

Assim, “suas provisões, voltadas à aplicação da lei, auxiliarão os governos dos países a se organizar e trocar informações sobre o crime organizado, aumentando sua capacidade para localizar, deter e julgar os traficantes”[7].

No particular, revela-se oportuna a observação de que as organizações criminosas costumam-se a se estruturar em três etapas: captação da vítima nos países de origem; transporte, traslado e recepção no país de destino; e exploração no país de destino, processo detalhadamente demonstrado por Thalita Carneiro Ary na sua dissertação[8]:

Primeiro, ocorre a captação da vítima nos países de origem, valendo-se de diversos artifícios, como anúncios em jornais, internet e revistas locais, oferecendo empregos no exterior ou possibilidade de casamento, ou ainda explícitas ofertas para o exercício da prostituição. Também pode acontecer por uma aproximação pessoal com a vítima, quando o traficante ganha sua confiança e, posteriormente, oferece a possibilidade de ascender, nos aspectos profissionais e pessoais, em algum país desenvolvido.

[...]

A segunda etapa é a do transporte, traslado e recepção no país de destino, sendo que os métodos de exploração não estão excluídos dessa fase. Adotam formas de transporte diversas, mostrando, assim, a natureza dinâmica e a logística apurada esses grupos criminosos, haja vista que se adequam aos controles migratórios, às leis penais dos países de origem, trânsito e destino, às formas de corromper funcionários estatais, assim como ao cenário da adequação da demanda por seu trabalho forçado, nas mais diversas destinações.

[...]

A última fase consiste na chegada no país de destino, onde a vítima será vilmente explorada, seja na atividade proposta no contato inicial, seja no desmembramento de outra forma exploratória. Ao ser subjugada e obrigada a prestar serviços contrários ao seu desígnio, normalmente essa pessoa é mantida em cárcere privado. Seu passaporte e documentos de viagem geralmente são confiscados, passa por constantes ameaças de deportação ou de represálias contra pessoas da família, sofre violência física, entre outras

formas de imposição e manutenção do contexto de exploração laboral ou de outra natureza.

Diante dessa sofisticação das organizações criminosas multifacetárias, foram necessárias complementações específicas à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, o que motivou a criação de três protocolos, tratando, separadamente, sobre o tráfico de pessoas, o contrabando de pessoas e o contrabando de armas de fogo, suas peças, componentes e munições.

Ao presente trabalho, interessa apenas o protocolo sobre o tráfico de pessoas, ou, de maneira completa, o "Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças".

Pois bem, o Protocolo de Palermo, como passou a ser denominado, emergiu para fortificar o combate contra o tráfico de seres humanos, tratados como mercadoria, em escala global, dentro do objetivo de um crime de caráter transnacional, que se apresenta como uma atividade rentável para grupos criminosos, os quais agem através de diversas ramificações e procedimentos^[9].

Nele, é possível encontrar a definição de tráfico de seres humanos, consoante se observa do seu artigo 3º, item "a", a seguir transcrito^[10]:

A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

Justamente com base nessa definição é que Damásio de Jesus leciona que o Protocolo contém a primeira noção de tráfico internacionalmente aceita,

completamente diversa da prevista na Convenção de 1949, que restringia o conceito à prostituição e considerava toda forma de prostituição, voluntária ou forçada, como tráfico[11].

Não se deve pensar, todavia, que o Protocolo desconsiderou a existência da prostituição voluntária e forçada. Do contrário, ele reconhece, apenas não confere, de maneira intencional, uma definição à “exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual”, por ausência de definição consensual sobre o tema à época[12].

O Protocolo obtém relevo, como assevera Thalita Carneiro Ary, por haver estabelecido pressupostos essenciais para a caracterização do tráfico de pessoas, tais como ameaça, coerção, fraude, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade, assim como oferta de vantagens para a obtenção do consentimento da vítima[13]. Assim, “a licitude ou ilicitude da atividade que a referida vítima se propôs a realizar não se apresenta como relevante para a configuração do crime de tráfico de pessoas”, sendo suficiente a violação de sua liberdade pelo traficante, mediante alguma das modalidades previstas[14].

Nota-se, igualmente, um tratamento diferenciado ao consentimento da vítima de tráfico de pessoas adultas, em caso de utilização de algum meio que vicie a sua vontade pelo traficante, tendo como parâmetro alguma modalidade exploratória acima referida[15], nos seguintes termos[16]:

O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a).

Impende frisar, contudo, que “tratando-se de crianças e adolescentes, isto é, com idade inferior a 18 anos, o consentimento da vítima a ser traficada também é irrelevante para a configuração do crime de tráfico”, ainda que não sejam empregados os meios maculadores do consentimento pelo traficante[17].

Questão que pode causar dúvida diz respeito à diferenciação entre tráfico de pessoas e imigração ilegal. Todavia, considerando que o próprio Protocolo de Palermo e o Protocolo relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea[18], também adicional à Convenção das Nações Unidas

contra o Crime Organizado Transnacional, se incumbiram de definir os crimes de tráfico de pessoas e de imigração ilegal, resolvê-la não é uma tarefa difícil.

Destarte, para o reconhecimento do crime de imigração ilegal não se presume que o imigrante seja explorado posteriormente, caracterizando-se, apenas, como a facilitação de entrada, em país estrangeiro, de forma ilegal; por sua vez, a pessoa traficada poderá ser objeto de substituição de outras formas de exploração (sexual, trabalhos ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares, a servidão ou remoção de órgãos)[\[19\]](#).

É de se notar, ademais, que o Protocolo de Palermo, por visar à prevenção e o combate ao tráfico de pessoas, protegendo as suas vítimas e promovendo a cooperação entre os Estados para esse desiderato, recomenda que Estados, Organizações Não-Governamentais e a sociedade civil ajam, cooperativa e conjuntamente, contra o tráfico de pessoas[\[20\]](#).

CONCLUSÃO

Com a necessidade de se elaborar uma Convenção sobre criminalidade organizada transnacional, bem como um protocolo relativo à questão do tráfico de pessoas dentro dos parâmetros atuais, sobrevieram a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e o seu Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, alcunhados de Convenção e Protocolo de Palermo.

Tais documentos internacionais, à vista do exposto, representaram a consolidação de avanços históricos no combate ao crime organizado transnacional e na proteção das vítimas do tráfico internacional de pessoas, evidenciando, assim, a necessidade de novos estudos reflexivos sobre as temáticas.

REFERÊNCIAS

ARY, Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões: Evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. Dissertação (Dissertação em Relações Internacionais) – UnB, 2009.

BRASIL. **Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>.
Acesso em: 15 de maio de 2019.

_____. **Decreto n. 5.016 de 12 de março de 2004.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo – Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

_____. **Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo – Tráfico de Pessoas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

JESUS, Damásio de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças – Brasil: aspectos regionais e nacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003.

NOTAS:

[1] O presente trabalho constitui um recorte, com modificações pontuais, da monografia do autor, cuja íntegra pode ser acessada pelo repositório institucional da Universidade Federal da Bahia, através do seguinte link: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28246>.

[2] ARY, Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões: Evolução, globalização e a rota Brasil-Europa.** Dissertação (Dissertação em Relações Internacionais) – UnB, 2009, p. 52.

[3] Idem. Ibidem, pp. 52-53.

[4] Idem. Ibidem, pp. 54-55.

[5] BRASIL. **Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[6] JESUS, Damásio de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças – Brasil: aspectos regionais e nacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

[7] Idem. Ibidem, p. 40.

[8] Op. cit., pp. 55-56.

[9] Idem. Ibidem, p. 57.

[10] BRASIL. **Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo – Tráfico de Pessoas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[11] Op. cit., p. 41.

[12] Idem. Ibidem, p. 41.

[13] Idem. Ibidem, p. 59.

[14] Idem. Ibidem, p. 59.

[15] Idem. Ibidem, p. 59.

[16] Op. cit.

[17] Op. cit., p. 59.

[18] A propósito, conferir o artigo 3, item a, *in verbis*: “a expressão “tráfico de migrantes” significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente”. BRASIL. **Decreto n. 5.016 de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo – Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[19] Idem. Ibidem, p. 60.

[20] Idem. Ibidem, pp. 61-62.

A ADMISSIBILIDADE DA MULTA DIÁRIA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DO REGIME DE VISITAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

EDUARDO LUIS GROSSO: Advogado em São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Aluno de Pós Graduação em Direito de Família e Sucessões do Complexo Jurídico Renato Saraiva. Analista jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo/SP, atuante na Vara de Família e Sucessões da Promotoria de Justiça Lapa Cível/SP.

Resumo: Este artigo aborda sobre questões relativas sobre a possibilidade de fixação de multa diária no âmbito do Direito de Família, especialmente nas ações que envolvem descumprimento do regime de visitação. A análise terá início por singelos esclarecimentos sobre a previsão da multa diária no Novo Código de Processo Civil (NCPC), o seu objetivo e o controle judicial, para em seguida, tratarmos especificamente sobre o tema proposto, qual seja, a adoção da multa diária em caso do não cumprimento das visitas.

Palavras-chave: Multa. Família. Visitas. Descumprimento. Admissibilidade.

Abstract: This article deals with issues related to the possibility of setting a daily fine in the scope of Family Law, especially in actions involving noncompliance with the visitation regime. The analysis will begin with simple clarifications on the forecast of the daily fine in the New Code of Civil Procedure (NCPC), its purpose and judicial control, and then to deal specifically with the proposed issue, that is, the adoption of the daily fine in case of non-compliance with the visits.

Keywords: Penalty. Family. Visits. Noncompliance. Admissibility.

Sumário: Introdução. 1. 1. Multa diária: escopos e a necessidade de supervisão judicial. 1.1. A multa diária e sua aplicação nos casos de descumprimento de visitas no Direito de Família. 1.2. A Multa diária no descumprimento de visitas: Jurisprudência do STJ. Conclusão. Referências.

Introdução

Conforme já abordado em artigo anterior sobre o tema, sem dúvida alguma, a legislação pátria permite a fixação de multa diária pelo juiz, consistindo, na verdade, em um mecanismo para forçar o cumprimento da obrigação.^[1]

Entretanto, referida possibilidade encontra limites, mediante controle judicial nos casos de excesso ou inutilidade, bem como em relação aos prazos estabelecidos para o cumprimento da obrigação.

Feitas referidas considerações, partiremos ao objetivo principal deste artigo, qual seja, a possibilidade de fixação de multa diária no âmbito das demandas de Direito de Família, especialmente, nos casos de descumprimento do regime de visitação, apontando, ainda, o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre referida questão.

1. Multa diária: escopos e a necessidade de supervisão judicial

Antes de iniciarmos a tese levantada na introdução deste artigo, de grande valia a citação dos artigos 497, 536, caput e §§ 1º a 5º e 537, caput, e §§ 1º a 5º, que cuidam, especificamente, das obrigações de fazer e não fazer, bem como a possibilidade de aplicação de multa diária:

“Artigo 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

*“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, **de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.** [grifos nossos]*

*§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, **a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.** [grifos nossos]*

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.” [grifos nossos]

“Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.”

Na verdade, por meio da leitura de mencionados dispositivos legais, é possível constatar que restou autorizado ao juiz a aplicação de multa diária, esta entendida como meio de execução indireta da obrigação, no sentido de compelir a parte ao cumprimento da obrigação, jamais objetivando qualquer tipo de vantagem ao adverso, seja por meio de enriquecimento ou disparidade entre os litigantes, além de visar a efetividade das decisões judiciais.

E esta afirmação se confirma pela permissão dada ao juiz em poder modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique sua insuficiência ou excessividade, ou nos casos em que o próprio obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente ou justa causa para o seu descumprimento.

Em outras palavras, são estabelecidos mecanismos em prol da vedação do enriquecimento sem causa, pois, a qualquer momento, a multa pode ser adaptada para que não fuja dos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.

Neste sentido, segue a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, fundamentada ainda em dispositivo previsto no Código de Processo Civil de 1973, hoje correspondente ao §1º do artigo 537 do NCPC: “A multa não é fixada para castigar o réu ou dar algo ao autor. O seu escopo é o de dar efetividade às decisões do juiz. Assim, verificando o juiz que a periodicidade ou o valor da multa não mais estão de acordo com a ideia que presidiu a sua própria fixação na sentença, poderá ela ser agravada ou atenuada, conforme as exigências do caso concreto. Ora, é evidente que a técnica instituída no novo §6º do artigo 461 guarda relação com a própria natureza da astreinte, figura que tem uma conformação nitidamente provisória, vale dizer suscetível de ser alterada apenas para que seja assegurada a efetividade da decisão judicial.”^[2] (grifos nossos)

Quanto ao controle judicial ao deliberar sobre a aplicação da multa diária, segue entendimento de Costa Machado: "Sobre a regra propriamente dita, cumpre assinalar que a modificação de que cogita a lei, realizável inclusive de ofício, ocorre no momento que antecede a expedição do mandado para cumprimento da sentença, tendo por objeto não só o valor da multa como a periodicidade que foram fixados na sentença [...]." [3]

Por outro lado, cumpre ressaltar que não há que se falar em trânsito em julgado da multa, podendo ela ser modificada a qualquer tempo, mesmo que em cumprimento de sentença.

Reconhecida a possibilidade de fixação de multa diária pelo juiz, esta entendida como um mecanismo para compelir o cumprimento da obrigação, bem como a autorização de sua revisão e adaptação para melhor atender ao caso concreto, passaremos a análise de sua aplicação no âmbito do Direito de Família, especialmente nas demandas que envolvam o descumprimento do regime de visitas.

1.1. A multa diária e sua aplicação nos casos de descumprimento de visitas no Direito de Família

Quando pensamos na possibilidade da aplicação prática da multa diária no Direito de Família, a situação que nos ocupa a mente recai nas ações que envolvem guarda e visitação, especificamente quando o genitor detentor da guarda descumpre involuntariamente o teor do acordo homologado judicialmente, impedindo o exercício regular das visitas pelo outro.

Como é sabido, o direito de visitação previsto no artigo 1.589 do Código Civil de 2002, consiste em uma garantia ao pai ou mãe que não detém a guarda do menor, podendo referido direito, inclusive, ser exercido pelos avós e demais parentes, ante a ideia de pluralidade familiar trazida pela Constituição Federal de 1988, com o fim de proporcionar uma maior convivência com o menor.

E ante a tal previsão legal, o juiz pode adotar mecanismos processuais com o fito de obstar qualquer obstáculo para o cumprimento do acordo de visitas.

Afinal, o direito de visitação deve ser visto como uma obrigação daquele que detém a guarda, o qual deve facilitar, assegurar e não criar óbices à convivência do

filho com o outro genitor ou outro parente que teve as visitas resguardadas ao seu favor.

Aliás, conforme entendimento do *Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)*, dando destaque a doutrina de *Rolf Madaleno* e de *Maria Berenice Dias*, é admitida a fixação de multa ao pai [ou à mãe] resistente à convivência do filho, preservando a dignidade e integridade deles.^[4]

De fato, mesmo sabendo que podem ser adotadas outras medidas paliativas para forçar o cumprimento das visitas, como, por exemplo, a busca e apreensão ou a aplicação da pena de alienação parental, observa-se na cominação de multa diária, uma certa efetividade prática, uma vez que além de dor no bolso daquele recalcitrante, a adoção de meio menos lesivo não afetará o emocional dos filhos alvo da busca ou da inversão da guarda, em caso de acolhimento da alienação parental.

A par disso, redigiu Rolf Madaleno sobre a questão: "Por sinal, a aplicação de multa passa a ser importante instrumento jurídico para substituir de uma vez por todas a abjeta e drástica medida compreendida pela busca e apreensão de menores, palco de inesgotáveis traumas contra indefesas e desprotegidas crianças - subtraídas a fórceps por uma ordem judicial do convívio afetivo do genitor não guardião, que se descurou do tempo de permanência permitida ao salutar exercício do seu amor parental, tisonado por cenas dantescas e traumáticas de indescritível e dispensável violência processual."^[5]

Além disso, conforme já indicado anteriormente, o NCPC permite a aplicação de multa diária em obrigações desta natureza.

Mas então qual seria o entendimento do c. STJ sobre a questão? Tem sido plenamente adotada a multa diária em ações de caráter familiar?

1.2. A Multa diária no descumprimento de visitas: Jurisprudência do STJ

Conforme exposto nas linhas anteriores, a multa diária é um importante instrumento em sede de execução indireta, como meio de forçar o executado em promover o cumprimento da obrigação.

E pelas características apresentadas, é muito bem-vinda ao direito de família, especialmente nas demandas que envolvem descumprimento do regime de visitação anteriormente fixado.

E a importância do tema é tão grande, que o c. STJ prevê a sua aplicação, em que pedimos espaço para transcrevermos as respectivas ementas de dois julgados de grande valia proferidos por àquele Tribunal Superior:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ACORDO HOMOLOGADO. DESCUMPRIMENTO. EXECUÇÃO. CABIMENTO. 1 - No campo das visitas, o guardião do menor é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado no acordo. 2 - A transação, devidamente homologada em juízo, equipara-se ao julgamento do mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução da obrigação de fazer, podendo o juiz inclusive fixar multa a ser paga pelo guardião renitente. 3 - Recurso especial conhecido e provido a fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para regular prosseguimento. (STJ – REsp 701.872/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2005, DJe 01/02/2006).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO NA ÉGIDE DO CPC/73. FAMÍLIA. DIREITO DE VISITAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL DO VISITANTE E DO VISITADO. ACORDO HOMOLOGADO PELA JUSTIÇA. EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO PREVENTIVA DE ASTREINTES PARA A HIPÓTESE DE EVENTUAL DESCUMPRIMENTO IMOTIVADO DO REGIME DE VISITAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Inaplicabilidade do NCPD neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com

as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. O direito de visitação tem por finalidade manter o relacionamento da filha com o genitor não guardião, que também compõe o seu núcleo familiar, interrompido pela separação judicial ou por outro motivo, tratando-se de uma manifestação do direito fundamental de convivência familiar garantido pela Constituição Federal.

3. A cláusula geral do melhor interesse da criança e do adolescente, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, recomenda que o Poder Judiciário cumpra o dever de protegê-las, valendo-se dos mecanismos processuais existentes, de modo a garantir e facilitar a convivência da filha com o visitante nos dias e na forma previamente ajustadas, e coibir a guardiã de criar obstáculos para o cumprimento do acordo firmado com a chancela judicial.

4. O direito de visitação deve ser entendido como uma obrigação de fazer da guardiã de facilitar, assegurar e garantir, a convivência da filha com o não guardião, de modo que ele possa se encontrar com ela, manter e fortalecer os laços afetivos, e, assim, atender suas necessidades imateriais, dando cumprimento ao preceito constitucional.

5. A transação ou conciliação homologada judicialmente equipara-se ao julgamento de mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução de obrigação, podendo o juiz aplicar multa na recalcitrância emulativa. Precedente.6. A aplicação das astreintes em hipótese de descumprimento do regime de visitas por parte do genitor, detentor da guarda da criança, se mostra um instrumento eficiente, e, também, menos drástico para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, que merece proteção integral e sem limitações.

7. Prevalência do direito de toda criança à convivência familiar.

8. Recurso especial não provido.

(STJ – REsp 1481531/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017).

Em suma, considerando todo o arcabouço jurídico sobre a questão, corroborado por meio dos julgados acima expostos, pode se concluir que a aplicação de multa diária em descumprimento do regime de visitação, além de medida legalmente prevista, mostra-se como benéfica e eficaz, uma vez que além de visar garantir a convivência do menor, acaba sendo menos lesiva, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e ado adolescente.

Conclusão

Reconhecida a possibilidade de fixação de multa diária, enquanto meio indireto de compelir o cumprimento da obrigação, a norma processual civil contida nos artigos 497, 536, caput e §§ 1º a 5º e 537, caput, e §§ 1º a 5º, tratam de mecanismos que impedem o enriquecimento sem causa e ofensas aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

De fato, em situações em que o valor da multa se tornar excessiva ou dispensável, bem como no caso de fixação de pequeno para o cumprimento da obrigação, fundamental o controle judicial com o fim de adequar tais defeitos.

Pois bem, trazendo esta questão no âmbito do direito de família, em especial nos casos de descumprimento do regime de visitação, e toda controvérsia e especificidade sobre o tema, justamente por se tratar de questões de cunho familiar, com respaldo na Lei e na jurisprudência do c. STJ, reconhece-se o cabimento da multa diária, não apenas como forma de cumprimento indireto da obrigação, qual seja, que o guardião recalcitrante permite e cumpra com o regime de visitação, mas sim, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, for adotado um meio paliativo e menos agressivo a proporcionar o alcance do resultado útil, dispensando-se medida gravosa de busca e apreensão do menor ou até mesmo a aplicação das penas de alienação parental.

A par disso, a sua corriqueira adoção, desde que necessária, respeitará as especificidades do direito de família, que deve sempre que possível, guardar o bom senso e o diálogo entre os envolvidos.

Muito embora as partes possam se desentender em acaloradas discussões, que, em muitas das vezes, apesar trarão prejuízos aos direitos inalienáveis dos filhos, é importante lembrar da conciliação e da mediação, podendo os interessados, inclusive, se valerem de profissionais do Direito de Família para melhor

esclarecerem a situação em prol da tentativa da solução da controvérsia de uma forma pacífica e menos lesiva aos envolvidos, e cabe ao juiz, no âmbito do processo judicial, trazer referido entendimento, a ser expressado com a adoção de medidas menos lesivas e mais efetivas para a tentativa de solução do caso concreto, sendo a adoção da multa diária, uma destas providências.

Referências

GROSSO, Eduardo Luis. *A fixação de multa diária em exibição de documentos na ótica do Superior Tribunal de Justiça. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 04 set. 2014.* Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49779&seo=1>>. Acesso em: 10 maio 2019.

MARINONE, Luis Guilherme. *TUTELA INIBITÓRIA. Editora Revista dos Tribunais. SP. 3ª. Edição. Revista e ampliada 2003. p. 224.*

MACHADO, Costa. *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO. Editora Manole. SP. 5ª Edição. 2009.p.651.*

O descumprimento do direito de visita e a aplicação de "astreintes" < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6325/O+descumprimento+do+direito+de+visita+e+a+aplica%C3%A7%C3%A3o+de+astreintes> > Acesso em 13/05/2019

MADALENO, ROLF. *A tutela cominatória no Direito de Família. Disponível em* <http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_rolf_tutela.pdf> Acesso em 13 de maio de 2019

JURISPRUDÊNCIA. *STJ – REsp 701.872/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2005, DJe 01/02/2006).*

JURISPRUDÊNCIA. *STJ – REsp 1481531/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017).*

[1] GROSSO, Eduardo Luis. *A fixação de multa diária em exibição de documentos na ótica do Superior Tribunal de Justiça. Conteúdo Jurídico, Brasília -*

DF: 04 set. 2014. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49779&seo=1>>. Acesso em:
10 maio 2019.

[2] MARINONE, Luis Guilherme. TUTELA INIBITÓRIA. Editora Revista dos Tribunais. SP. 3ª. Edição. Revista e ampliada 2003. p. 224.

[3] MACHADO, Costa. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO. Editora Manole. SP. 5ª Edição. 2009.p.651.

[4] O descumprimento do direito de visita e a aplicação de "astreintes"
< <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6325/O+descumprimento+do+direito+de+visita+e+a+aplica%C3%A7%C3%A3o+de+astreintes>> Acesso em 13/05/2019

[5] MADALENO, ROLF. A tutela cominatória no Direito de Família. Disponível em <http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_rolf_tutela.pdf> Acesso em 13 de maio de 2019

AS IMPLICAÇÕES DA NOVA LEI Nº 13.827/2019: APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA POR DELEGADO DE POLÍCIA OU POR POLICIAIS

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

MARCEL GOMES DE OLIVEIRA^[1]

(Coautor)

Foi noticiada a sanção da mais recente e nova Lei nº 13.827/2019, que em síntese além de reforçar que cabe ao Poder Judiciário, permite também que as **Medidas Protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha sejam aplicadas por Delegado de Polícia ou por policiais**, com chancela “*a posteriori*” do Poder Judiciário.

O que afinal essa nova Lei nº 13.827/2019 traz de velharia e novidade para refletir no aspecto positivo e negativo?

A resposta é simples: vai depender da ótica de quem e como se visualiza a problemática, acerca dos velhos problemas conhecidos que assolam nossas mulheres e com os problemas triviais de pano de fundo – que são imensos.

Sob a ótica da proteção firmada pelo Brasil perante a comunidade internacional, sem sombras de dúvidas, é um grande avanço e permitirá maior segurança a mulher, se realmente as medidas protetivas forem eficazes para evitar novas agressões com evoluções.

Quando o texto faz alusão que qualquer “policial”, em caso de não se ter Delegado, apesar de louvável, o legislador como pano de fundo reconhece que o Estado brasileiro não investiu nas Polícias Judiciárias, e o mais grave de todas as constatações: o Estado não investiu no seu cidadão com políticas públicas.

De qualquer forma, essas são algumas das poucas constatações sumárias que se extrai num primeiro momento.

Os pontos **positivos** da nova Lei nº 13.827/2019:

- a) É um avanço na proteção da mulher, alvo de violência doméstica e familiar. Diga-se passagem que esses agressores eram agraciados por liberdade provisória e, na maioria das vezes, o resultado disso eram mais agressões ou até a morte da mulher. Se a medida for eficaz, a tendência é que haja reduções de óbitos e violência, em face da mulher;
- b) Prestigia e traz mais segurança à vítima de violência de gênero e doméstica;
- c) Amplia o rol de agentes públicos que poderão conferir essa medida;
- d) Traz possível economicidade temporária ao erário público;
- e) Trouxe a nomenclatura de Delegado de Polícia (art. 12-C, inciso II, da nova Lei nº 13.827/2019), para evitar que outras forças ou cargos policiais diversos se arvorem da expressão “Autoridade Policial”;
- f) Traz claramente a possibilidade de o Delegado de Polícia conferir a medida protetiva na Lei Maria da Penha, ainda que dependa de homologação judicial, o mesmo se dando com relação ao “policial” numa acepção muito ampla e genérica (cujas críticas estarão mais adiante);
- g) Outra mudança promovida e vista como positiva pela Lei 13.827/19 foi a inserção do art. 38-A na Lei Maria da Penha, segundo o qual: “**Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência. Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.**” Se o Banco de dados for

mantido de maneira adequada, e permitir efetivamente que as Polícias Judiciárias entre outras forças policiais vinculadas a Segurança Pública tenham acesso, será bem-vindo para evitar o problema de que atualmente as medidas protetivas hoje, na grande maioria, estão sob sigilo nos sites do Poder Judiciário, e não se informa às Delegacias de Polícia sobre as mesmas, o que acaba sendo um desserviço à sociedade e a própria vítima.

Os pontos **negativos** da nova Lei nº 13.827/2019:

- a) Para nós é inconstitucional a Lei no ponto que permite outros “policiais” que não Delegados de Polícia aplicar a medida, pois há uma clara invasão do legislador ordinário nas atribuições constitucionais e legais previstas que deixa o Delegado de Polícia responsável pela direção da persecução penal para apurar a autoria e materialidade delitiva. O Delegado de Polícia quem é o presidente dos procedimentos e não faz sentido em violação a toda sistemática permitir que cargos diversos daquele, apliquem as medidas protetivas. Além disso, a redação legislativa com todo respeito, abre margens para usurpação da atividade técnico-jurídica encarregada ao Delegado de Polícia de carreira e coloca em xeque o princípio ínsito a qualquer atividade policial que é o princípio da hierarquia, a partir do momento que amplia essa esfera de possibilidade com “chancela legal”. Em outras palavras, o próprio legislador abre margens para uma verdadeira balbúrdia legislativa e principiológica, colocando em perigo toda aquela construção sólida criada academicamente e cientificamente ao longo dos anos da unidade do nosso ordenamento.
- b) A nova Lei pode representar um desserviço, inclusive dificultando a aplicação do art. 24-A[2], da Lei Maria da Penha, uma vez que gerará problemas em sua aplicabilidade, diante do seu texto que na esfera penal é interpretado preferencialmente de maneira estrita e taxativa.
- c) Permite que “policiais” sem experiência jurídica e sem formação jurídica na maioria das vezes, procedam avaliação inadequada e coloque a vítima em situação ainda de maior vulnerabilidade, diante da necessidade de exame técnico-jurídico, onde esse múnus na esfera policial é atribuída constitucionalmente e legalmente a carreira jurídica do Delegado de Polícia;

- d) Deixa o Estado numa situação cômoda de mais uma vez querer resolver problemas com legislações e mais legislações, ao invés de atacar o problema na causa e não apenas nas conseqüências que também deve ser atacado;
- e) Pode ser outro passo subliminar para querer depois permitir que outras forças permitam a realizar Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), sob argumento se pode conceder medida protetiva que é o mais, poderia o menos que é confeccionar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) ao arrepio da Constituição Federal e da Lei e o pior ainda de tudo: com a chancela do Poder Legislativo e do Poder Executivo quem deveriam dar o exemplo de respeitar a Carta Maior e as leis.
- f) As diversas forças policiais poderão desrespeitar a hierarquia e querer conceder medidas protetivas sem que seja por Delegado de Polícia, mesmo sendo o caso de haver Delegado na comarca ou na localidade – semelhante ao que já tentam fazer ao arrepio da Constituição Federal e da Lei com o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), chancelado inclusive por alguns Tribunais de Justiça e o próprio Ministério Público que deveriam proteger a Constituição e as próprias leis;
- g) A expressão “policial” é muito ampla e acreditamos que surgirá divergências para interpretação restritiva no sentido de ser aquela expressão “policial” seria o que trabalha com atos eminentemente cartorários (como escrivão, investigadores e inspetores), em detrimento de uma outra interpretação que defenderá que a expressão “policial” seria geral e ampliativa para abarcar todos os policiais (inclusive policiais militares entre outros);
- h) Outra mudança promovida e que vista pode ser visualizada como negativa pela Lei 13.827/19 foi à inserção do art. 38-A na Lei Maria da Penha, segundo o qual: “**Art. 38-A. O juiz competente** providenciará o registro da medida protetiva de urgência. **Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.**”
- a. A terminologia “juiz competente” do artigo supra apesar de recomendável, esbarra numa colidência legal, pois antes dessa redação e apenas com a existência do então art. 24-A, da Lei Maria da Penha se fazia alusão “§ 1º A configuração do crime independe da

competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)”, *o que acaba gerando mais insegurança jurídica e um desserviço à sociedade e a própria vítima, pois para todos os efeitos legais, o art. 24-A, § 1º, da Lei Maria da Penha, continua em vigor e criará mais um conflito aparente de lei a ser resolvido. Pela cronologia será fácil superar isso, aplicando a lei mais recente, agora se for de especialidade e até mesmo de conferir maior proteção a mulher (conforme mandamento da própria Lei Maria da Penha) teremos problemas de interpretações e de linhas de entendimentos diversas.*

- b. O legislador precisa observar os pontos de contatos com as leis e entre as leis com as nuances das medidas para evitar contradições legais que denominamos terminologicamente de “contraponto legislativo”, “colidência legislativa” ou “suicídio legislativo”;*
- i) Cria também uma insegurança jurídica, para aqueles que sustentam que essas matérias de “restrições de direito” no âmbito da Lei Maria da Penha seriam de reserva de jurisdição (mormente de ir e vir assegurados constitucionalmente) e poderiam ser inconstitucionais as medidas outorgadas pela nova Lei nº 13.827/2019, quando se conferiu ao agente policial e até mesmo ao Delegado de Polícia, agentes esses não detentores da reserva jurisdicional; Esse argumento para nós não prospera, pois em muitas vezes os Delegados já restringem direitos maiores dentro do direito de ir e vir (liberdade), quando ratificam (ou decretam) a prisão flagrancial de conduzidos com suas deliberações iniciais, até que haja análise do Poder Judiciário;
 - j) Desprestigia atribuições constitucionais e legais de outros cargos;
 - k) Abre brechas e é um “golpe sorrateiro” para o ciclo completo policial, ainda que de maneira sutil e subliminar. Esse argumento ganha mais força, quando analisamos o antigo Projeto de Lei nº 13.505/2017, que através do veto presidencial impediu a autorização de medidas protetivas de urgência a mulher vítima de violência doméstica pelo Delegado de Polícia, e na sequência, sobreveio este Projeto de Lei, hoje corporificado na Lei nº 13.827/2019;
 - l) Fecha os olhos para a problemática de o Estado ignorar as frentes da educação, saúde, distribuição de renda, cultura, infraestrutura entre outras que devem andar de mãos dadas com a segurança pública e demonstra

querer resolver as coisas na “caneta” por Lei, com atropelo a boa técnica redacional legislativa e da preservação da unidade do ordenamento jurídico em si;

- m) A interpretação a ser dada “*aos seus dependentes*” do *caput* do art. 12-C, inserido pela nova lei nº. 13.827/2019 também traz mais problemas. Quais são esses problemas? Vejamos: “Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente a? vida ou a? integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ***ou de seus dependentes***, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:”. Indaga-se: aplica-se a Lei Maria da Penha se o dependente for criança ou adolescente do sexo masculino? Observe ainda a conjunção alternativa “ou”, portanto, verificada a existência de risco à vida da mulher ***ou*** de qualquer dos seus dependentes (filhos ou filhas) o agressor poderá ser afastado do lar? Este é outro ponto da nova lei que suscitará debates acalorados.
- n) A sanha punitiva do legislador mais uma vez entrou na vedação da liberdade provisória prevista no §2º do art. 12-C, nestes termos: “§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, ***não será concedida liberdade provisória ao preso.***” É de ressaltar que o STF ao longo dos últimos anos declarou ser inconstitucional a vedação automática da liberdade provisória (vide HC 104339 e RE 1098325)^[1] e, este parágrafo, mais uma vez, suscitará discussões acerca da sua (in)constitucionalidade.
- o) Cria a problemática de como será instrumentalizada (veiculada) a medida protetiva conferida em sede policial pelo Delegado de Polícia e policial: se por meio de mandado? Por meio de notificação? Despacho de deliberação (de conteúdo decisório) da concessão da medida protetiva policial? A Lei deve trazer um conteúdo seguro para o seu operador;
- p) A Lei possibilita apenas o afastamento do agressor do lar, quando muitas das vezes são necessárias as demais medidas previstas na Lei Maria da Penha; Cria-se uma proteção deficiente à vítima, onde a Lei não poderia ter sido tão tímida como fora;

Ademais, como ficará o art. 24-A, da Lei Maria da Penha? Indagamos isso porque a lei faz alusão ao descumprimento de “decisão judicial”, que pressupõe se dar no mundo fenomênico, após a notificação (ou intimação) do suposto agressor e descumpridor da medida.

Vejamos a sua redação disposta no art. 24-A, da Lei Maria da Penha:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

E a notificação (ou intimação) do art. 24-A, da Lei Maria da Penha será feita por quem?

Essa notificação (ou intimação) continuará do mesmo jeito, ou seja, será realizada por oficial de justiça (senhor meirinho) vinculado ao Poder Judiciário ou com a superveniência da nova Lei nº 13.827/2019 alterará o quadro em que a notificação seria feita por policiais e Delegados de Polícia?

Fato é que as novas medidas protetivas outorgadas ao Delegado de Polícia e ao policial, despertarão discussões desta índole. Pensamos sem prejuízo de compreensão diversa, que essas notificações eventualmente realizadas pelos Delegados de Polícia ou por policiais antes da chancela do Poder Judiciário, via homologação, e da notificação (ou intimação) judicial não terão o condão de atrair o crime do art. 24-A, da Lei Maria da Penha.

Mas qual o crime cometerá quem descumprir a ordem do Delegado de Polícia ou de policial antes da homologação judicial, ou seja, antes das 24 horas do prazo que a medida deverá ser comunicada ao Poder Judiciário?

Certamente, terão vozes advogando crime de desobediência – que para nós estaria sepultada pelos próprios argumentos que o STJ na época serviu para refutar quando se descumpria as mesmas medidas protetivas da Lei Maria da Penha –, sem

contar o possível crime de coação no curso do processo por abranger medidas inclusive flagranciais ou de procedimentos policiais em cursos. Talvez nesse ponto, a nova Lei nº 13.827/2019 criaria até uma situação mais gravosa também em relação ao investigado (suspeito) até então ao art. 24-A, da Lei Maria da Penha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, a nova Lei nº 13.827/2019 traz muitas velharias e muitos assuntos ignorados propositalmente pelo Estado e de novidade traz a necessidade de refletirmos sob os aspectos positivos e negativos para nosso futuro como país e sociedade organizada, onde nem o legislador ordinário observa a tecnicidade e o enfrentamento adequado de problemas de índole criminal e social, mormente quanto à condição da mulher, vítima de violência.

O crime deve ser combatido não apenas nas suas conseqüências, mas acima de tudo nas suas causas, e com investimentos às Polícias e respeito a ordem constitucional, legal e técnica, para evitarmos com todo o respeito,5 novas “atrapalhadas jurídicas”.

[1] Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa - DHPP. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso - ACADEPOL/MT.

[2] **Art. 24-A.** Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018) Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018) **§ 1º** A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018) **§ 2º** Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018) **§ 3º** O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018).

[i] STF reafirma inconstitucionalidade da regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas: O Supremo Tribunal Federal (STF)

reafirmou sua jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade de regra prevista na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) que veda a concessão de liberdade provisória a presos acusados de tráfico. A decisão foi tomada pelo Plenário Virtual no Recurso Extraordinário (RE) 1038925, com repercussão geral reconhecida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354431>.

TRANSPARÊNCIA FISCAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS MÉTODOS DE IMPLEMENTAÇÃO E HARMONIZAÇÃO COM NOSSO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DA MEDIDA PROVISÓRIA 685/2015

JADE THOMAZ VELOSO: Advogada. Mestranda em Direito Tributário pela PUC/SP, Especialista em Direito Tributário pelo IBET, e Gestão Pública pela UNIFESP.

Na constituição natural de um ser organizado para a vida, admitimos, por princípio, que nele não haja nenhum órgão destinado à realização de um fim que não seja o mais adequado e adaptado a este fim. Ora, se num ser dotado de razão e de vontade a natureza tivesse por finalidade última sua conservação, seu bem-estar ou, em uma palavra, sua felicidade, ela teria se equivocado ao escolher a razão para alcançá-la. Isto porque, todas as ações que este ser deverá realizar nesse sentido, bem como a regra completa de sua conduta, ser-lhe-iam indicadas com muito maior precisão pelo instinto. (KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*).

RESUMO[1]: Este trabalho objetiva discutir o princípio da transparência fiscal como precursor das normas antielisivas no sistema jurídico brasileiro. O estudo será feito levando em consideração o sistema globalizado harmonizado, as práticas jurídicas, a compatibilidade dos sistemas e suas implicações. As tentativas de incorporação de conceitos serão pontuadas historicamente no direito brasileiro até chegarmos na mais recente tentativa em 2015 com a Medida Provisória 685 que tentou implantar a declaração de planejamento tributário no nosso ordenamento jurídico. O tema será debatido entre a exposição de motivos, princípios como segurança jurídica e legalidade, prova indireta, livre iniciativa privada e demais assuntos correlatos.

Palavras-chave: Transparência fiscal; Medida Provisória; Elisão fiscal

ABSTRACT: This work aims to discuss the principle of fiscal transparency as a precursor of the anti-tax rules in the Brazilian legal system. The study will be done taking into account the harmonized globalized system, legal practices, systems compatibility and their implications. Attempts to incorporate concepts will be historically punctuated in Brazilian law until we reach the most recent attempt in 2015 with Provisional Measure 685 that tried to implement the tax planning statement in our legal system. The subject will be discussed between the

explanatory statement, principles such as legal certainty and legality, indirect evidence, free private initiative and other related matters.

Keywords: Fiscal transparency; Provisional Measure; Tax Avoidance

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 1.1 Sistema Globalizado Harmonizado de Práticas Jurídicas Tributárias. 1.2 Códigos internacionais, segurança jurídica e transparência fiscal. 2 SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS. 2.1 Teoria Alienígena. 2.2 Comunicação entre os sistemas – breve definição de planejamento tributário, elisão e evasão. 3 TENTATIVAS DE INCORPORAÇÃO DE SISTEMA COMPATIBILIZADO TRIBUTÁRIO. 3.1 Medida Provisória 685/2015 – a mais recente tentativa. 3.2 Exposição de motivos. 3.2.1 Direito ao Contraditório. 3.2.2 Prova indireta e presunção do dolo. 3.2.3 Juros abusivos e multa confiscatória. 3.2.4 Estados e Municípios à luz da MP. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em um sistema social globalizado, onde o intercâmbio de informações acontece de forma veloz e constante, tal velocidade não é acompanhada pelos sistemas jurídicos, e as diversidades histórica, cultural, política e econômica fazem com que não encontremos harmonia nas práticas jurídicas dos inúmeros sistemas jurídicos estruturais.

Essa constante incerteza, aliada à multiplicidade de normas estrangeiras, reiteradas tentativas de incorporação de conceitos estrangeiros ao direito pátrio, e a falta de transparência na aplicação das normas jurídicas, fazem com que a insegurança jurídica ganhe espaço, não possibilitando a instauração de uma relação de confiança entre o Fisco e o contribuinte. Um sistema jurídico onde não existe segurança jurídica, não exprime o valor de liberdade, não possibilita que sua população aja livremente, isso é verificado nas assertivas utilizadas pelo Fisco ao tentar implementar normas antielisivas baseadas na transparência fiscal unilateral (contribuinte), ou até mesmo transferir suas atribuições aos contribuintes, restando-lhes o papel de informar ao próprio Fisco sobre suas operações “não usuais”. Quando um sistema não lhe dá a certeza de que norma deverá ser utilizada em determinado negócio jurídico, ou não resta conclusivo de que forma deve-se agir,

não podemos considerar que esse sistema proteja a liberdade individual, a livre iniciativa privada, pelo contrário, é instaurado um medo constante da dúvida de ser autuado a qualquer momento.

A interpretação das inúmeras normas jurídicas suscita relações instáveis entre os contribuintes e os servidores públicos responsáveis pela aplicação da legislação, qual é a forma correta de aplicação?^[2] Qual a orientação a ser seguida? O quanto essa informação deverá ser pública e transparente para o acesso livre e conhecimento de todos? As normas abstratas passam por um processo individual de interpretação e construção de sentido até serem aplicadas, este processo de interpretação, a aplicação destas normas pelo Fisco, seu entendimento firmado, precisam ser de conhecimento público, os contribuintes não têm um entendimento claro da interpretação das normas tributárias por parte do Fisco. A segurança jurídica é constantemente ameaçada pela incerteza da aplicação da legalidade tributária por parte da Administração Pública.

Precisamos de um sistema que integre a segurança jurídica e a liberdade individual. Não existindo transparência do momento da aplicação do direito, como existirá a fiscalização adequada para o conhecimento da aplicabilidade coerente das normas?

Quando lidamos com um sistema jurídico coerente a segurança jurídica é consequência, se as estruturas institucionais promovem um canal aberto de negociação, abarcando não só os contribuintes, mas também os servidores públicos que participam do processo de interpretação e aplicação da norma jurídica, diminuem o número de litígios no âmbito administrativo e judicial.

A transparência fiscal permite não só que tenhamos uma segurança jurídica no sistema tributário nacional, mas também permite o controle dos gastos e direcionamento das verbas públicas por parte dos entes federados. Podemos permitir que a inovação e o controle social façam parte da transparência fiscal.

Assim, assertivamente traz Paulo de Ayres Barreto:

“(...) quanto mais aberto for o conteúdo normativo, mais difícil será o seu controle e, conseqüentemente, menos eficaz a dicção constitucional, o legislador constituinte de 1988 cunhou Texto Constitucional que estabelece os princípios estruturantes do nosso sistema jurídico, e que fixa uma série

de regras delimitadoras do sentido e alcance desses princípios, a fim de permitir um maior controle dos fins almejados."(BARRETO, 2016, p. 78)

Resta-nos saber que os princípios constitucionais dão luz à norma, eles tem o condão de levar o intérprete da norma à diretriz firmada no Texto Constitucional, mas em nenhum dos casos a ideia é aumentar a insegurança jurídica, e sim firmar diretrizes constitucionais coerentes.

A transparência Fiscal promove a adequação normativa conjuntamente aos princípios norteadores da nossa Carta Magna, Eurico de Santi assevera que:

"É esse o objetivo maior: resgatar a conexão entre segurança jurídica, liberdade e cidadania. Rawls chama a atenção para formas de autoritarismo que encontram guarida em leis abstratas altamente complexas e em obscuros processos de concretização normativa: governantes, nestas circunstâncias, podem interpretar normas como bem entendem. Em desacordo com o princípio fundante de um Estado Democrático de Direito, que diz que tanto governantes ("pai") como governados devem se submeter à Lei, a falta de transparência da aplicação da lei gera uma situação em que não há limites suficientes à ação daqueles que estão no topo da cadeia de comando e em que apenas governados sujeitam-se às interpretações contingentes e muitas vezes arbitrárias das normas."^[3]

A falta de transparência fiscal vem sendo combatida unilateralmente pelo Fisco, algumas tentativas de implantação de normas antielisivas vem justificando o trabalho da Administração Pública em evitar a qualquer custo a redução de tributos arrecadados. Temos consciência que a transparência fiscal deverá existir de ambos os lados, o acesso as informações deve ser garantido ao contribuinte, permitindo que assim exista um controle social e melhora na gestão pública no Brasil. ^[4]

1.1 SISTEMA GLOBALIZADO HARMONIZADO DE PRÁTICAS JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS

A integração econômica e a quase inexistência de fronteiras trazidas pelo crescimento do sistema globalizado, elenca séries de preocupações jurídicas, necessitamos cada vez mais de um sistema jurídico transparente, principalmente no âmbito do direito tributário com o advento da erosão da base tributária[5], nos ensina Ricardo Lobo Torres:

“A globalização traz diversas conseqüências no plano da transparência fiscal, principalmente em decorrência da ambivalência que a cerca. A globalização produz a riqueza no plano universal e a pobreza no domínio local. Fortalece a cidadania mundial, pela afirmação dos direitos fundamentais; mas cria a miséria e a pobreza para a maior parte da população, o que postula a abertura da cidadania local à dimensão reivindicatória dos direitos sociais, sujeitos à concessão legislativa e ao reconhecimento orçamentário. Torna ameaçadores os riscos fiscais, assim pela insegurança dos capitais voláteis quanto pela diminuição da carga tributária das multinacionais. A transparência fiscal, como mecanismo de superação das contradições da globalização, entra simultaneamente no discurso das entidades supranacionais e das organizações locais. O princípio da transparência, para coarctar os riscos fiscais do mundo globalizado, inspirou em diversos países, as leis de responsabilidade fiscal, os códigos de defesa dos contribuintes, as regras de combate a corrupção de funcionários da Fazenda e dos Contribuintes, as normas anti-sigilo e, afinal, as normas antielisivas.” [6]

Essa preocupação ocupa o cenário mundial, projetos como o BEPS[7], fazem com que os planejamentos tributários sejam entendidos de forma negativa, com o intuito de driblar o pagamento de tributos, utilizando o intercâmbio de informações e definições como planejamento tributário agressivo, abuso de forma, propósito negocial, no nosso ordenamento.[8] É notório a falta de transparência fiscal, os Estados passam a erosão da base tributável para a responsabilidade dos contribuintes internacionais, e criam projetos que geram cada vez mais insegurança jurídica sem que tenhamos certeza da incidência tributária aplicável.

A harmonia buscada nos sistemas jurídicos nacionais para o desenvolvimento de um sistema jurídico contemporâneo[9] traz o agravante da adequação do nosso sistema jurídico a essas normas, até antielísivos mesmo na valoração destas em confronto com nossos princípios norteadores. Nosso ordenamento jurídico reconhece como ilícitos tributários a simulação (absoluta ou relativa)[10], não prevendo mais nenhum outro limite normativo que impeça o planejamento tributário, assim para que conceitos como abuso de forma, propósito comercial, abuso de direito, etc, tenham aplicabilidade jurídica é necessário que esses conceitos sejam normatizados e que suas penalidades se restrinjam aos deveres instrumentais, já que no direito pátrio tais condutas não foram positivadas, apesar das tentativas que veremos a seguir.[11]

1.2 CÓDIGOS INTERNACIONAIS, SEGURANÇA JURÍDICA E TRANSPARÊNCIA FISCAL

O estudo dos códigos internacionais, utilizando-se do direito comparado[12] ou até mesmo de projetos internacionais como o BEPS, é de suma importância para que constatem as diferenças e semelhanças legislativas, sem valorações positivas ou negativas, entre os institutos normativos, para se valer da analogia e do desenvolvimento legislativo brasileiro.

Os fatores históricos, políticos, sociais e econômicos interferem para que cada Estado desenvolva seu sistema jurídico, essas análises contribuem para que mesmo em sistemas diferentes como o *common law* e *civil law*, o trabalho em conjunto como ciência represente uma conquista enriquecedora legislativa. Essa conquista pode ocorrer pela transferência de conceitos trazidos de outros sistemas comparados, mas é imprescindível que para que ocorra a incorporação, os sistemas sejam compatíveis e respeitem o arquétipo constitucional do direito pátrio, normatizando e regulamentando essas transferências conceituais.

É importante destacar que a transparência fiscal é princípio fundamental no direito brasileiro, deve contemplar todas as ações da Administração Tributária e não só as ações dos contribuintes, assim destaca Ricardo Lopes Torres[13]:

“A transparência fiscal é um princípio constitucional implícito. Sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade. Dirige-se assim ao Estado como à Sociedade,

tanto aos organismos financeiros supranacionais quanto às entidades não-governamentais. Baliza e modula a problemática da elaboração do orçamento e da sua gestão responsável, da criação de normas antielisivas, da abertura do sigilo bancário e do combate à corrupção.”

A absorção de alguns conceitos não pode afetar a segurança jurídica do ordenamento, nem ser motivo de qualquer dificuldade para a transparência fiscal nas ações do Fisco. Nesse sentido podemos citar Jonathan Barros Vita, que esclarece como o Brasil harmoniza seu sistema jurídico com outros códigos internacionais:

“ A harmonização tributária realizada pelo Brasil é assimétrica, pois não se apropria nas intervenções positivas (incentivos) das boas práticas internacionais como IP box, por exemplo, apenas aquelas do campo elusivo, e ainda assim, destoa em vários aspectos da práxis internacional como no caso dos preços de transferências, o que dificultará a implementação do *Report BEPS* da OCDE.”^[14]

2 SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Devido à necessidade de se evitar a erosão de base tributária e levando em consideração a fluidez que os negócios transacionais vem acontecendo, as normas antielisivas vem ganhando destaque no direito brasileiro. Podemos compreender mediante os ensinamentos de Paulo Ayres Barreto^[15] que normas antielisivas são:

“Na expressão elisão tributária, o termo inicial já é objeto de controvérsia. Fala-se em elisão tributária e elusão tributária. Elisão vem de elidir, que significa retirar, excluir, suprimir. Elusão deriva de eludir, que tem o sentido de evitar (algo) de modo astucioso, com destreza ou artifício.”

A Transparência Fiscal como aliada das normas antielisivas voltaram o direito pátrio para a busca de novas formas de restringir os planejamentos tributários, a importação de conceitos estrangeiros foi uma delas, e até hoje reflete na insegurança jurídica que enfrentamos sobre o tema.

O direito Alemão, após a Primeira Guerra Mundial, foi um dos propulsores a instituição de norma antielisiva, em razão dos grandes impactos financeiros

oriundos na época, a interpretação das normas jurídicas ficaram atreladas as consequências econômicas, para elevar a arrecadação tributária.^[16] Posteriormente o Código Tributário Alemão em 1977, trouxe o abuso de formas jurídicas, que como explica Luís Eduardo Schoueri^[17] seria um modo inusual de fazer qualquer ato ou negócio jurídico, umas construção inadequada utilizada pelo contribuinte.

Outra fonte de inspiração para norma antielisiva no Brasil foi o direito francês, que nos trouxe a figura do abuso do direito sendo ele o abuso por simulação ou abuso de direito por fraude a lei, ambos foram construídos com base em definições jurisprudenciais, não possuindo uma norma geral e abstrata para caracterizar o abuso de direito.

Nos Estados Unidos podemos observar uma distinção entre forma (está é livre para que o sujeito passivo escolha) e conteúdo (onde será analisado se existe propósito negocial ou *business purpose test*), conceito subjetivo que também ficou a cargo da jurisprudência construir os parâmetros para definição da ilicitude. Na Itália podemos observar uma norma antielisiva interessante, ela traz todas as etapas para a verificação da ilicitude, o procedimento e a motivação que dará fundamento para o negócio jurídico ser considerado ilícito, isso é muito importante levando em consideração a transparência fiscal, e um passo positivo rumo à segurança jurídica.^[18]

Como pudermos verificar, conceitos como, abuso de forma, abuso de direito e propósito negocial, tiveram origem em outros Estados, sendo incorporados pelo ordenamento brasileiro sem normatizar devidamente esses conceitos, dando fundamentos para a existência de *teoria alienígena* no nosso sistema jurídico.

2.1 TEORIA ALIENÍGENA

A jurisprudência administrativa, bem como as normas jurídicas sem caráter inovador que visam incorporar conceitos do direito estrangeiro ao sistema jurídico brasileiro, são tentativas reiteradas de se estancar o planejamento tributário considerado *abusivo*. A importação desses conceitos estrangeiros (*common law*), ou até mesmo os da mesma essência do direito brasileiro (*civil law*), ultrapassam o estudo do direito comparado, deixam a desejar na análise da compatibilidade entre os sistemas jurídicos.

No Brasil, muitos conceitos são importados com o intuito de esclarecer, ou delimitar normas jurídicas, porém sua compatibilidade depende de uma análise histórica, cultural, econômica e política de cada país, cujo conceito é importado. Mesmo não sendo o objetivo central deste trabalho é possível pontuar algumas dessas definições a título elucidatório. *“Abuso do direito”, “abuso de formas”, “fraude à lei”, “propósito negocial”* são exemplos de expressões utilizadas como embasamento para aplicação de normas antielisivas no Brasil. Sem nenhum respaldo jurídico, esses conceitos vêm sendo utilizados para embasar decisões jurídicas e administrativas no nosso país, ferindo não só princípios como o da segurança jurídica, da legalidade, mas engessando o país economicamente pela falta de transparência fiscal nas motivações destas decisões injurídicas.

2.2 COMUNICAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS – BREVE DEFINIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, ELISÃO E EVASÃO

Planejamento Tributário está intimamente ligado à transparência fiscal. Uma empresa que usa técnica e organiza seus negócios jurídicos, no intuito de reduzir os encargos tributários, planejar seus gastos, aplicando a legislação vigente, terá uma melhor transparência fiscal de toda sua estrutura tributária. Planejar pressupõe licitude, aqui não existe ligação a qualquer ato que contrarie a lei, a qualquer ilicitude, planejamento tributário acontece dentro dos limites legais. Ao encontrar alguma ilicitude dentro dos negócios jurídicos tributários da empresa, por exemplo, saímos da esfera do planejamento tributário e começamos a tratar com outros institutos jurídicos, tais como sonegação fiscal, evasão fiscal, simulação, dentre outros.[19]

A elisão fiscal é verificada quando o sujeito passivo, atuando dentro da licitude, encontra mais de uma possibilidade normativa de enquadrar o seu negócio jurídico e opta pela mais vantajosa economicamente. Já a evasão fiscal ocorre quando o sujeito passivo objetivando a redução da carga tributária age dentro da ilicitude, ou seja, na estruturação dos seus negócios jurídicos alguns atos compõem as hipóteses normativas ilícitas.

O sistema jurídico brasileiro possui vários princípios norteadores, dentre eles o que mais nos interessam para tratar do tema em questão são os princípios: da segurança jurídica, da legalidade, da tipicidade e da livre iniciativa privada. O princípio da legalidade possui desdobramentos, isto é, não se basta na decorrência

de atos estipulados em lei, também exige que toda e qualquer norma na área tributária seja revestida de características legislativas especiais. Alberto Xavier^[20] nos ensina que:

“Esta qualificação da lei pode ser designada como “reserva absoluta de lei”, o que faz com que o princípio da legalidade da tributação se exprima como um princípio da tipicidade da tributação”.

O princípio da tipicidade tem sua origem na legalidade, as características que permitem a incidência tributária precisam não só estar abarcadas pela lei, mas estarem descritas e vinculadas às determinadas especificidades. Entende-se como “reserva absoluta de lei” não apenas os critérios jurídicos tributários, mas qualquer fundamento utilizado pelo Fisco para a aplicação do direito, os fundamentos da ação do Fisco devem ser pautados em lei, e devem ser de conhecimento público, para permitir a fiscalização. Para tratar sobre a segurança jurídica e sua relação com os demais princípios, Hugo de Brito Machado esclarece:

“Não é necessário discorrer a respeito da importância da segurança jurídica como valor fundamental a ser preservado pelo Direito. Sabemos todos que a segurança, além de ser importante para viabilizar as atividades econômicas, é essencial para a vida do cidadão. Nem é necessário demonstrar a importância do princípio da legalidade como instrumento de realização da segurança jurídica. Ela é evidente. E qualquer amesquinamento do princípio da legalidade implica sacrificar a segurança. Por tais razões o princípio da legalidade tem sido concebido pela doutrina como uma exigência de previsão legal específica das hipóteses de incidência tributária, tendo essa concepção doutrinária sido incorporada pelo Código Tributário Nacional, que explicitou em seu art. 97, estabelecendo que somente a lei pode estabelecer, entre outros elementos essenciais na relação tributária, a definição do fato gerador da obrigação principal, vale dizer, o fato gerador do dever jurídico de pagar tributo. Isso que dizer que temos em nosso sistema jurídico o princípio da legalidade a exigir tipos tributários, tal como no direito penal existem os tipos penais. Ao legislador cabe, para

preservação a segurança jurídica propiciada pelo princípio da legalidade é a esta diretamente proporcional. Como assevera João Dácio Rolim, com inteira propriedade, “Quanto maior a precisão desse tipos, menor a margem de incerteza e a possibilidade de arbitrariedade por parte do interprete da lei ou das próprias regras surgidas pela jurisprudência.”Embora, o absolutismo do princípio da legalidade, a Constituição Federal, em determinados casos, o excepciona, no que tange a certos impostos e contribuições de intervenção no domínio econômico. Nesses casos, é facultado ao Poder Executivo, somente, a alteração de alíquotas legalmente fixadas.”[21]

O princípio da livre iniciativa privada vem de encontro a estas definições, decorre da “reserva relativa de lei” [22] A liberdade que o sujeito passivo possui é uma garantia limitada dentro das normas jurídicas, ou seja, o sujeito passivo pode munido da segurança jurídica transitar livremente entre os tipos tributários descritos em lei. Como consequencia dessa liberdade, Alberto Xavier ensina que:

“A liberdade proporcionada pela não-regulamentação tributária representa, na verdade, um limite jurídico ao poder do Estado, em uma de suas manifestações (a ação estatal de tributar), e uma área de proteção jurídica do particular, porquanto o Estado não pode interferir, sob pena de inconstitucionalidade.”[23]

Quando combinamos a análise destes princípios sobre a ótica do planejamento tributário e da transparência fiscal, entendemos que ao sujeito passivo tudo que não está proibido na lei é permitido. Cabe ao Fisco acessar não os acontecimentos, pois a estes o mesmo não tem conhecimento, mas sim a forma que o sujeito passivo utilizou para expressar o acontecimento, forma que é de difícil separação do conteúdo trazido. Por isso para que uma estruturação de condutas seja considerada ilícita pelo Fisco, deve – se constatar ilicitude não só na linguagem formal utilizada, mas também no conteúdo, ou seja, na norma que foi estruturada pelo sujeito passivo, ambas as constatações são feitas através de provas. Sobre a qualidade probatória da ilicitude Paulo de Barros Carvalho defende que:

“Supor que um fato tenha acontecido ou que sua materialidade tenha sido efetivada, não é o mesmo que exhibir a concretude de sua existência, mediante prova direta,

conferindo-lhe segurança e certeza. Nesse sentido, os recursos à presunção devem ser utilizados com muito e especial cuidado. No campo do direito tributário, não deve a presunção manter atinência intrínseca aos aspectos estruturados da norma de incidência tributária, mas apenas referir-se a elementos (situações/fatos) que possam conduzir à tipificação da figura impositiva. Na presunção legal encontraremos, de um lado, o fato presuntivo e, de outro, o fato presumido. Considera-se provado o fato legalmente presumido. E o que justifica essa previsão legal? Por que o fato presumido adquire, de pronto, status de fato provado? Tal se justifica pelo vínculo de associação prescrito pela lei. Desse modo, fala-se em presunção relativa, que admite prova em contrário; mas, não havendo prova em contrário, a associação se mantém; dado o fato presuntivo, deve ser o fato presumido, porque não houve prova em sentido oposto.^[24]

O anseio de presunção probatória do Fisco não é novidade. Nosso sistema jurídico vem sofrendo tentativas de mudança para que essa presunção seja normatizada, apesar das tentativas infrutíferas de incorporação legislativa, podemos observar alguns reflexos desses atos em algumas decisões administrativas como veremos a seguir.

3 TENTATIVAS DE INCORPORAÇÃO DE SISTEMA COMPATIBILIZADO TRIBUTÁRIO

Como reflexo das preocupações da Administração Pública com os planejamentos tributários tivemos várias tentativas de incorporação de normas antielisivas no sistema jurídico brasileiro, iremos destacar algumas delas.

A lei complementar 104 de 2001 adicionou o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, trazendo os seguintes dizeres:

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

- I. tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
- II. tratando-se da situação jurídica desde o momento em que

esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Com essa alteração legislativa, nosso ordenamento jurídico começa a incorporar as normas antielisivas ainda sem os procedimentos adequados para a desconsideração dos negócios jurídicos que viriam posteriormente tratados em lei ordinária. O artigo 116 do Código Tributário Nacional além de nos trazer uma norma antielisiva inconstitucional, abre espaço para um agravante, retira do legislador a competência de estipular as características do tributo (reserva legal), retira do judiciário a competência de interpretar as normas a fim de equiparar decisões, transporta essas incumbências à Administração, que irá analisar em que caso concreto a lei será aplicada.

A medida Provisória nº 66 de 2002 foi uma tentativa de regularizar o procedimento para a aplicação da norma antielisiva trazida pela Lei Complementar supracitada. Tais tentativas foram exaustivamente abordadas pelos doutrinadores, como casos em que o contribuinte usa a simulação, ou até mesmo a evasão fiscal em seus planejamentos tributários. Essa tentativa, trazia os procedimentos que deveriam ser observados pelo Fisco para desconsiderar um negócio jurídico que objetivava simular ou dissimular a ocorrência de um fato gerador. Este procedimento trouxe expressões como propósito negocial e abuso de forma jurídica, para o sistema jurídico brasileiro, as definições são subjetivas e cabe ao Fisco analisar essas situações sem a menor coerência legislativa, tais definições não possuem ligação com as simulações, dissimulações e evasões fiscais, não fazem parte do contexto semântico das atividades ilícitas.

A Administração Pública poderia desconstituir qualquer ato ou negócio jurídico se verificasse a falta de propósito negocial[25], ou abuso de forma jurídica, a simples escolha do sujeito passivo pelo modelo negocial mais complexo, ou menos oneroso, já caracterizava o ilícito tributário, sem nenhuma previsão legal.

Apesar da medida provisória posteriormente ser convertida em lei[26], os artigos que continham essas expressões não foram convertidos, fazendo que o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional perdesse sua

regulamentação. As tentativas da Fazenda Pública de regulamentar as normas antielisivas, não foram de todo certo um fracasso, apesar da Câmara não ter revertido nenhum dos seus postulados em lei, tivemos alguns efeitos tributários mesmo sem previsão legal. Um exemplo desses efeitos pode ser retirados das decisões administrativas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que vem mencionando o conceito de “propósito negocial”(em 2007) para legitimar algumas operações ou negócios jurídicos. Não parando por ai, em 2011, “substância econômica” passou a fazer parte dos fundamentos das decisões deste mesmo órgão. Vejamos alguns exemplos:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FISICA - IRPF
Data do fato gerador: 30/04/2006
,IRPF. SIMULAÇÃO. OCORRÊNCIA.

A ausência de propósito negocial valido e justificável advindo do conjunto de operações realizadas pelo contribuinte com redução de tributo e em prejuízo de terceiro, a Fazenda Nacional, evidencia simulação tributaria.
NORMAS PROCEDIMENTAIS/REGIMENTAIS.. RECURSO ESPECIAL.

DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. NÃO CONHECIMENTO.
Com animo no artigo 7, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, vigente A época, somente devera ser conhecido o Recurso Especial, fundamentado naquele dispositivo regimental, quando devidamente comprovada a divergência arguida entre o Acórdão recorrido e o paradigma. Mais especificamente, no caso de multa isolada relativo ao IRPF, pela falta de recolhimento mensal a titulo de carnê-leão (artigo 44, § I, inciso 111, da Lei nº 9.430/96), não se presta como paradigma o Acórdão que contempla multa isolada inscrita no inciso IV daquele dispositivo legal, concernente a sistemática de recolhimento mensal da CSLL, com base no regime de estimativa, conforme precedentes do Pleno desta Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais.
Recurso especial provido.[\[27\]](#)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano-calendário: 2008, 2009
ÁGIO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES DA PARTIMAG E DA
MAGNESITA

A legislação fiscal não impõe forma ao demonstrativo de que trata o § 3º do art. 20 do DL 1598/77, logo, se os autuantes não questionaram a substância econômica do demonstrativo apresentado pelo fiscalizado, há que aceitá-lo para a fundamentação e fixação do ágio pago nas aquisições das ações.

ÁGIO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES EM OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES. À época, o ágio por expectativa de rentabilidade futura não era residual, de forma que, se, por um lado, a incorporada podia ser avaliada a valor contábil ou de mercado, por outro, a legislação exigia a demonstração da rentabilidade futura. O simples fato de ter sido pago valor superior ao valor patrimonial da ação não podia ser tomado como ágio por expectativa de rentabilidade futura, mas tão-somente o valor suportado por laudo que demonstrasse o fundamento.

ÁGIO. AQUISIÇÕES DE AÇÕES GRAVADAS COM CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. FINOR. CONDIÇÃO SUSPENSIVA. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ela visa.
ÁGIO. AQUISIÇÃO DA REARDEN. OPERAÇÃO CASA-SEPARA. SIMULAÇÃO.

A descrição das condutas praticadas pela recorrente e a dinâmica dos fatos deixam clara a simulação de atos para gerar ágio e dissimular tanto o ganho de capital como o verdadeiro custo da operação.

MULTA QUALIFICADA. OPERAÇÃO CASA-SEPARA. SIMULAÇÃO FRAUDULENTA.

A simulação fraudulenta praticada pela recorrente leva à qualificação da multa por força do disposto no art. 72 da Lei 4502/64.

CONCOMITÂNCIA. MULTA ISOLADA.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
A melhor exegese do caput do art. 30 da Lei nº 10.522/02 leva à conclusão de que tal dispositivo é aplicável aos débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União.
TRIBUTAÇÃO REFLEXA.CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada quanto ao lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamento da CSLL.[\[28\]](#)

3.1 MEDIDA PROVISÓRIA 685/2015 – A MAIS RECENTE TENTATIVA.

A mais recente tentativa da Administração Pública de restringir a evasão fiscal, foi a Medida Provisória 685/2015, além de tentar absorver conceitos extralegais como razões extrafiscais e forma inusual, transferiu o encargo de fiscalização tributária, atribuindo penalidades ao contribuinte. A tentativa clara da implantação da transparência fiscal de mão única dificulta ainda mais a relação Fisco e contribuinte, agravando a problemática. A referida Medida Provisória traz em seus artigos a obrigação do sujeito passivo da relação tributário de fazer uma declaração de planejamento tributário informando ao Fisco todas as suas operações que de alguma maneira reduziram o tributo. Cabe ressaltar que dentro da legalidade o contribuinte opta pela legislação aplicável ao seu negócio jurídico, como pode o mesmo declarar que suprimiu tributo, se entende que a legislação aplicável é a correta. Os critérios subjetivos e abrangentes apontados na Medida Provisória trazem insegurança jurídica para o contribuinte. Charles William Mcnaughton[\[29\]](#) destaca que:

“Ora, se o contribuinte entende que o ato praticado ostenta propósito comercial relevante, não deveria, salvo se preenchida outra hipótese prevista pela Medida Provisória nº 685/15, declarar ao Fisco tal declaração. Mas, quem garante que a administração pública, em fiscalização, não interprete

que tenha havido omissão em razão da ausência de declaração, prevendo as sanções acima indicadas? Nesse caso, o contribuinte poderia ser acusado, até mesmo, de crime contra ordem tributária por sonegação. Suponhamos, então, que, na dúvida e por prudência, o contribuinte opte por declarar a referida operação. Nesse caso, ao reconhecer que a transação não ostenta propósito extratributário relevante, o Fisco teria argumentos para desconsiderar tal planejamento tributário, com difícil discussão. Em suma, o contribuinte praticamente fica limitado quanto ao seu direito de ampla defesa, atribuindo uma qualificação a uma operação que ele mesmo não concorda, em razão da ameaça de ver configurada a prática de sonegação fiscal.”

Diante as informações contidas na Medida Provisória, a declaração se equipararia a uma consulta sobre a legislação tributária, caso o Fisco não concordasse com os critérios aplicados ao caso o contribuinte recolheria o débito acrescido de juros de mora. O contribuinte ficaria obrigado a consultar o Fisco, mesmo que ele não tivesse dúvidas.[\[30\]](#)

Agravando a situação, caso o contribuinte deixasse de declarar o que o Fisco entendesse como planejamento tributário, ensejaria crime de fraude ou sonegação e ainda o acréscimo de multa de 150%. A constatação por presunção simples, prova indireta caracterizariam crime doloso fiscal, uma verdadeira aberração jurídica. Por esses motivos, e tamanha subjetividade contida na Medida Provisória que a mesma não foi convertida em lei, sendo mais uma tentativa frustrada de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional.

3.2 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A análise da exposição de motivos da Medida Provisória 685/2015 se faz necessária para que encontremos correspondência entre as normas jurídicas e a fundamentação da criação da mesma. A Medida Provisória vem instituindo o PRORELIT[\[31\]](#) – Programa de Redução de Litígios Tributários é possível notar que expressamente o viés primário de sua intenção é da diminuição dos litígios oriundos do direito tributário no Brasil. Outro ponto interessante é que a obrigação do

contribuinte de informar a Receita Federal seus negócios ou atos jurídicos fica vinculado a qualquer redução, diferimento ou supressão de tributos.

A outra faceta da exposição de motivos se baseia na necessidade de “aumentar a segurança jurídica”, com a “revelação das estratégias do planejamento tributário”, gerando uma economia nos recursos públicos, pois bem, essa economia se refere à diminuição de litígios, que a Administração Pública sugere que ocorra com a implementação do programa. Ainda utiliza expressões como: planejamento tributário nocivo, agressivo, sem nem ao menos definir a que se referiam tais expressões.

Expõe a necessidade do acesso as informações para evitar o “risco de perda de arrecadação”, “instrução da administração tributária”, como se o contribuinte devesse fazer o papel do Fisco. Não deixamos de notar que os fundamentos para a implantação do programa não possuem coerência, nem respaldo legislativo, trazem argumentos que não devem ser utilizados para obrigar o contribuinte a aderir a um programa de tamanha complexidade.

3.2.1 Direito ao Contraditório

O princípio da ampla defesa e do contraditório norteiam todo o sistema jurídico brasileiro, sem eles não podemos falar em processo, nem administrativo, nem jurídico, são preceitos fundamentais para que atuemos dentro de um sistema jurídico justo.

A Medida Provisória 685 não assegurou ao sujeito passivo nem ampla defesa nem contraditório, a presunção de dolo relativa à fraude ou simulação é imediata, com apenas a declaração de planejamento tributário que nada mais é que uma “consulta administrativa”. A adequação a resposta dessa consulta não é prevista, apenas o que é assegurado é a desconsideração do negócio jurídico e uma multa confiscatória. Conseqüentemente, não haverá redução de litígios, sua fundamentação é inexistente, não surte efeitos necessários.

3.2.2 Prova indireta e presunção do dolo

O contribuinte que não aderisse ao programa da Medida Provisória, enquadrá-se-ia na presunção de dolo, por omitir informações da Receita Federal,

podendo ainda incorrer em fraude ou sonegação fiscal. Aqui temos alguns pontos a ressaltar. Nosso sistema jurídico é baseado em provas, estas de acordo com os ensinamentos de Fabiana Del Padre Tomé asseguram direitos:

“ O direito à produção de probatória decorre da liberdade que tem a parte de argumentar e demonstrar a veracidade de suas alegações, objetivando convencer o julgador. Visto por outro ângulo o direito à prova implica a existência de ônus, segundo o qual determinado sujeito do processo tem a incumbência de comprovar os fatos por ele alegados (...) Os atos de lançamento e de aplicação de penalidade pelo descumprimento de obrigação tributária ou de dever instrumental competem ao Poder Público, de modo privativo e obrigatório, tendo que fazê-lo com base nos elementos comprobatórios do fato jurídico e do ilícito tributário.”[\[32\]](#)

O Fisco não pode presumir um crime sem provas, muito menos baseado em prova indireta, ele deve provar o que alega, não podendo apenas alegar indícios de sonegação ou fraude, deverá provar que esses indícios são provas que comprovam a conduta alegada.[\[33\]](#)

3.2.3 Juros abusivos e multa confiscatória

A Constituição Federal traz em seu artigo 150, inciso IV[\[34\]](#) o princípio da vedação da cobrança de tributo com efeito de confisco[\[35\]](#). É certo que a definição de confisco nos remete a várias interpretações, a razoabilidade deve ser observada, a multa não pode ser tão pequena que não o não cumprimento da obrigação não gere impactos ao contribuinte, mas não pode ser tão exorbitante, expropriando o direito de propriedade do contribuinte. Ainda sim a Medida Provisória trouxe juros moratórios que incidiriam sob uma consulta legislativa a Receita Federal, ora se a declaração de planejamento é equiparada a uma consulta, a mesma não pode sofrer mora, no entanto essa previsão acompanha o texto da Medida Provisória.

3.2.4 Estados e Municípios à luz da MP

A questão que não foi respondida no texto da Medida Provisória é se a mesma declaração poderá ser exigida pelos Estados e Municípios. A Medida Provisória não especificou em seu conteúdo normativo se apenas os tributos federais ficariam

obrigados a declaração de planejamento tributário. Caso a obrigatoriedade se estenda para os demais entes federativos, a regulamentação de suas declarações e sucessivas obrigações acessórias ficariam a cargo dos entes federados, aplicando multa e causando mais insegurança jurídica. Interessante ressaltar aqui julgamento do Supremo Tribunal Federal em sede de ADI:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. PROCESSO LEGISLATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA. COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR PARA EDITÁ-LA. AUMENTO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. INICIATIVA. DOAÇÃO DE BENS DO ESTADO. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA ARRECADAÇÃO DO ICMS. EFICÁCIA LEGAL LIMITADA NO TEMPO. PREJUDICIALIDADE. 1. Podem os Estados-membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62). 2. Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, § 1º do artigo 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e facultatividade de sua adoção pelos Estados-membros, a exemplo da União Federal. 3. Lei 219/90. Reajuste de remuneração dos cargos de confiança exercidos por servidores do Estado. Iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Legitimidade. Inexistência de afronta ao princípio da moralidade. Pedido improcedente. 4. Lei 220/90. Autorização legislativa para venda e doação de lotes situados em área urbana específica. Política habitacional implantada na Capital de Estado em fase de consolidação. Ausência de violação à Carta Federal. Improcedência. 5. Lei 215/90. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes por norma que atribui ao Governador autorização para dispor, segundo sua conveniência, de bens públicos do Estado, sem especificá-los. Instrumento anômalo de delegação de poderes. Inobservância do processo legislativo concernente às leis delegadas. Ação, no ponto, julgada procedente. 6. Lei 218/90.

Elevação do percentual da arrecadação do ICMS a ser repassado aos Municípios por repartição das receitas tributárias, no período compreendido entre os anos de 1990 e 1995. Suspensão cautelar. Regra cuja eficácia exauriu-se pelo decurso do tempo de sua vigência. Pedido prejudicado por perda superveniente do objeto. Ação direta julgada procedente em parte para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 215/90.”[\[36\]](#)

A Medida Provisória em questão não fez nenhuma elucidação sobre a aplicabilidade pelos Estados-membros e municípios, mas de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal essa prática é possível caso o ente federativo já tiver autorização legislativa para isso. O número de declarações de planejamento tributário seria inviável de cumprir, tanto para o contribuinte como para a Administração Pública fiscalizar.

4 CONCLUSÃO

A linguagem jurídica cria realidade, o direito é oriundo de um objeto cultural, cada sistema jurídico é único e a busca por um direito contemporâneo globalizado é mundial. No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro nosso arquétipo constitucional discrimina competências, atribui materialidades e descreve comandos normativos para que conceitos autônomos sejam incorporados no nosso ordenamento.

Valores importantes permeiam nosso sistema jurídico, sua observância deverá ser constante para que o ordenamento permaneça coerente. A segurança jurídica é essencial para que exista uma previsibilidade na ação do Estado, buscando diminuir a discricionariedade na aplicação das normas da autoridade administrativa. Paulo Ayres Barreto assevera que:

“Como corolário da noção de República, o princípio da segurança jurídica pressupõe a estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade da ação estatal, a possibilidade de se planejar ações futuras e a garantia da não surpresa. (...) A possibilidade de planejar ações futuras está diretamente associada ao conhecimento do sistema normativo e à certeza de sua observância, sendo possível prever o espectro de

atuação das autoridades administrativas que têm que agir sob o império da lei.”[37]

O princípio da legalidade resguarda a liberdade individual do particular e a sua livre iniciativa de planejar ações tributárias em consonância com o sistema jurídico brasileiro. A legalidade em matéria tributária restringe o aplicador a subsumir o fato jurídico na norma, sua reserva absoluta garante que a tipicidade esteja plenamente descrita em lei. O princípio da legalidade e da tipicidade garantem a liberdade e a integridade do indivíduo em matéria tributária, Alberto Xavier afirma que:

“A liberdade fiscal ou liberdade de opção fiscal é precisamente a garantia de que as opções alternativas no terreno do Direito Privado têm como únicas consequências tributárias aquelas que resultam taxativamente da lei (princípio da tipicidade) com exclusão de quaisquer outras, pelo que os particulares se podem mover livremente, com segurança, para além das zonas rigidamente demarcadas pelos tipos legais de tributos. (...) O princípio da legalidade de tributação tem, assim, uma função proibitiva enquanto garantia e uma função permissiva enquanto fonte de liberdade.”[38]

Como vimos, os princípios e regras constitucionais limitam a atuação estatal, porém a Administração Pública tentou por diversas vezes ampliar seus poderes de atuação interferindo nos princípios resguardados constitucionalmente. A primeira tentativa foi a Lei Complementar 104/2001, que inseriu o parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional. A segunda tentativa visava regulamentar o parágrafo único através da Medida Provisória 66/2002 com o procedimento geral de normas antielisivas. Por fim, ainda tivemos a rejeição dos artigos da Medida Provisória 685 de 2015 que tentou estabelecer um programa para que todos os contribuintes que tivessem algum tipo de planejamento tributário declarassem ao Fisco.

Esse histórico não apresenta nenhum enunciado prescritivo que traga qualquer ilicitude para o contribuinte estruturar os seus negócios jurídicos visando a redução do pagamento da carga tributária. O ordenamento brasileiro não normatizou nenhum dos conceitos das teorias alienígenas apresentados, não

temos no nosso ordenamento lei ordinária que discipline o procedimento de descon sideração dos negócios jurídicos, entretanto, tribunais administrativos (CARF) seguem utilizando expressões não legalizadas afim de embasar suas decisões e descon siderar os atos e negócios jurídicos.

Entendemos que a opção fiscal (elisão fiscal) é uma garantia do contribuinte e assegura direitos, como o da livre iniciativa, fazendo que o mesmo evite a concorrência tendo que encarecer suas atividades. Além disso, cabe ao Estado a prova que o sujeito passivo praticou fraude, simulação ou dolo, não podendo ser o contribuinte condenado apenas nos indícios apontados numa possível declaração de planejamento tributário.

Por fim, destacamos um trecho dos ensinamentos de Paulo Ayres Barreto:

“ O legislador complementar houve por bem inserir no direito positivo dispositivo legal para determinar que, nos casos em que há um conflito entre duas camadas de linguagem – a exarada pelo contribuinte, com o intuito de evitar (licitamente) ou ocultar (ilicitamente) a ocorrência do fato gerador, e a exarada pela autoridade administrativa, com o escopo de requalificar o fato jurídico tributário praticado pelo contribuinte, constituindo o fato jurídico que se pretendeu evitar ou ocultar-, a autuação da autoridade administrativa haverá de ser pautada em procedimento a ser previsto pelo legislador ordinário. Tal procedimento se faz necessário para definir a verdade lógica prevalecente.”^[39]

Portanto, sem que exista procedimento legal, não podemos pensar em descon siderar negócio jurídico, garantindo assim a liberdade individual do contribuinte e segurança jurídica do sistema jurídico tributário. Para que isso ocorra precisamos que uma transparência fiscal ocorra tanto para o contribuinte - suas informações, seus planejamentos tributários devem ser de conhecimento e gozar de transparência nos atos e opções tributárias escolhidas, como a Administração Pública deverá manter todos seus atos, suas autuações, entendimentos, gastos públicos em um canal aberto de livre consulta e fiscalização da população. Um país que consegue manter relações sólidas e transparentes entre o Fisco e o contribuinte, atrai investimentos, favorece a inovação e se fortifica como Estado de direitos e deveres.

5 REFERÊNCIAS

BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário Limites Normativos**. São Paulo: Noeses, 2016.

_____; TAKANO, Caio Augusto. **Os desafios do planejamento tributário internacional na era pós-BEPS**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P. 989-1028.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário. **Acórdão nº 1302-001.465**, data da sessão 30.07.2014. Disponível em <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>> Acesso em: 27.mar.2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Recurso Especial do Procurador. Acórdão nº 9202-01.194**, data da sessão 19.10.2010. Disponível em <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>> Acesso em: 27.mar.2017.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Simulação, fraude, sonegação e aplicação da multa qualificada na desconsideração de planejamentos tributários com ágio**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P. 103-138.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no direito tributário**. Vol. I. São Paulo, Noeses, 2011.

_____. **Sobre a teoria da prova no procedimento administrativo tributário e o emprego de presunções**. São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.ibet.com.br/sobre-a-teoria-da-prova-no-procedimento-administrativo-tributario-](http://www.ibet.com.br/sobre-a-teoria-da-prova-no-procedimento-administrativo-tributario-e-o-emprego-de-presuncoes-de-paulo-de-barros-carvalho/)

[e-o-emprego-de-presuncoes-de-paulo-de-barros-carvalho/](http://www.ibet.com.br/sobre-a-teoria-da-prova-no-procedimento-administrativo-tributario-e-o-emprego-de-presuncoes-de-paulo-de-barros-carvalho/)>. Acesso em: 28.mar.2017.

IV Congresso brasileiro de direito tributário atual IBDT – AJUFE/AJUFESP – DEF-FDUSP. 2016, São Paulo. **Os limites do poder legal de aumentar a carga tributária**. Anais. 2016.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Sistemas e princípios constitucionais tributários**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P. 139-184.

MACHADO, Hugo de Brito. Apud MATTA, Orlando Spinetti de Santa Rita. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Com Pedido Liminar -ADI 2446**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20.mar.2017.

MCNAUGHTON, Charles William. MP 685: Planejamento Tributário e segurança jurídica. São Paulo, 2015. Disponível em :<<http://www.ibet.com.br/mp-685-planejamento-tributario-e-seguranca-juridica-por-charles-william-mcnaughton/>>. Acesso em: 15.mar.17.

NETO, Luís Flávio. **Normas de competência e o regramento brasileiro aplicável aos planejamentos tributários**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P. 817-845.

NETO, Luís Flávio. **Teorias dos “abusos” no planejamento tributário**. São Paulo: USP, 2011. Dissertação de mestrado em direito tributário, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de, Isaias Coelho et al. **Percepção da transparência da legalidade concreta fiscal dos Municípios da copa, 2012**. Disponível em:< <http://www.fiscosoft.com.br/a/5www/percepcao-da-transparencia-da-legalidade-concreta-fiscal-dos-municipios-da-copa-eurico-marcos-diniz-de-santi-isaias-coelho-mariana-pimentel-basile-georges-campos-christopoulos-daniel-le>>. Acesso em: 20.fev.2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Efetividade do Direito e a “carga dinâmica da prova” prevista no código de processo civil de 2015: implicações nos processos tributários**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P. 389-410.

TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio da transparência no direito financeiro**. Disponível em:

<C:/Users/Ana%20val%C3%A9ria/Downloads/05102001ricardolobooprincipio.pdf
> Acesso em: 17.fev.2017.

VITA, Jonathan Bastos. **(RE) Contextualizando a relação entre o direito tributário e o direito internacional para além da dicotomia direito internacional tributário e direito tributário internacional.** In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P. 631-643.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva.** São Paulo: Dialética, 2001.

NOTAS:

[1] Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Tributário, IBET – Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

[2] SANTI, Eurico Marcos Diniz de, Isaias Coelho et al. **Percepção da transparência da legalidade concreta fiscal dos Municípios da copa, 2012.** Disponível em: < <http://www.fiscosoft.com.br/a/5www/percepcao-da-transparencia-da-legalidade-concreta-fiscal-dos-municipios-da-copa-eurico-marcos-diniz-de-santi-isaias-coelho-mariana-pimentel-basile-georges-campos-christopoulos-daniel-le> >. Acesso em: 20.fev.2017.

[3] SANTI, Eurico Marcos Diniz de, Isaias Coelho et al. **Percepção da transparência da legalidade concreta fiscal dos Municípios da copa, 2012.** Disponível em: < <http://www.fiscosoft.com.br/a/5www/percepcao-da-transparencia-da-legalidade-concreta-fiscal-dos-municipios-da-copa-eurico-marcos-diniz-de-santi-isaias-coelho-mariana-pimentel-basile-georges-campos-christopoulos-daniel-le> >. Acesso em: 20.fev.2017.

[4] Idem 2.

[5] Paulo de Barros Carvalho traz o entendimento do crescimento da erosão da base tributária nos últimos anos, esse fenômeno fez com que os Estados começassem a buscar instrumentos para delimitar as estruturas utilizadas pelos contribuintes em seus negócios jurídicos, limitando o planejamento tributário e aumentando a arrecadação. CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e posituação no direito tributário.** Vol. I. São Paulo, Noeses, 2011.

[6] TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio da transparência no direito financeiro.** Disponível em:

<C:/Users/Ana%20val%C3%A9ria/Downloads/05102001ricardolobooprincipio.pdf
> Acesso em: 17.fev.2017.

[7] BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting- BEPS*) projeto liderado pela OCDE.

[8] BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. **Os desafios do planejamento tributário internacional na era pós-BEPS**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P. 990.

[9] VITA, Jonathan Bastos. **(RE) Contextualizando a relação entre o direito tributário e o direito internacional para além da dicotomia direito internacional tributário e direito tributário internacional**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P. 631.

[10] Alberto Xavier explica que: " A mais importante classificação das espécies de simulação é a que distingue a simulação absoluta da simulação relativa: na simulação absoluta aparenta-se celebrar um negócio jurídico quando, na realidade, na se pretende realizar negócio algum; na simulação relativa, as partes celebram, efetivamente, um contrato mas para enganar terceiros, o ocultam com um contrato aparente distinto do primeiro pela sua natureza ou pelas cláusulas e condições." (P. 53-54).

[11] Idem 7. P. 1019.

[12] Luis Flávio Neto atribuir ao direito comparado a seguinte análise: "Duas razões impediriam a realização de uma verdadeira análise conforme o direito comparado: (i) a desconsideração pelo jurista dos apurados critérios que seriam exigidos e ; (ii) a ausência dos elementos necessários à comparação nos ordenamentos tomados como referência". P.23

[13] TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio da transparência no direito financeiro**. Disponível em:
<C:/Users/Ana%20val%C3%A9ria/Downloads/05102001ricardolobooprincipio.pdf
> Acesso em: 17.fev.2017.

[14] VITA, Jonathan Bastos. **(RE) Contextualizando a relação entre o direito tributário e o direito internacional para além da dicotomia direito internacional tributário e direito tributário internacional**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P.632.

[15] BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário Limites Normativos**. São Paulo: Noeses, 2016. P.156.

[16]Idem 14. P.107.

[17]SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.684.

[18]BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. **Os desafios do planejamento tributário internacional na era pós-BEPS**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P. 1118.

[19]CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Simulação, fraude, sonegação e aplicação da multa qualificada na descon sideração de planejamentos tributários com ágio**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P.107.

[20] XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.P. 17.

[21] MACHADO, Hugo de Brito. Apud MATTA, Orlando Spinetti de Santa Rita. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Com Pedido Liminar -ADI 2446**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em 20/03/2017.

[22]A “reserva relativa de lei” não dispensa a lei como fundamento utilizado nas decisões Administrativas, o que aqui não se faz necessário é o critério de exposição da decisão motivada da Administração.

[23]XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.P. 18-33.

[24]CARVALHO, Paulo de Barros. **Sobre a teoria da prova no procedimento administrativo tributário e o emprego de presunções**. São Paulo, 2017. Disponível em:< <http://www.ibet.com.br/sobre-a-teoria-da-prova-no-procedimento-administrativo-tributario-e-o-emprego-de-presuncoes-de-paulo-de-barros-carvalho/>>. Acesso em: 28.mar.2017.

[25]*Propósito negocial se baseou na aplicação do business purpose test, instituto utilizado nos Estados Unidos como combate à fraude fiscal.*

[26]*Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Os artigos que não foram convertidos em lei foram os 13 e 19 da Medida Provisória 66 de 2002.*

[27]BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Recurso Especial do Procurador. Acórdão nº 9202-01.194**, data da sessão 19.10.2010. Disponível em

<<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>> Acesso em: 27.mar.2017.

[28]BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário. **Acórdão nº 1302-001.465**, data da sessão 30.07.2014. Disponível em <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>> Acesso em: 27.mar.2017.

[29]: MCNAUGHTON, Charles William. MP 685: Planejamento Tributário e segurança jurídica. São Paulo, 2015. Disponível em :<<http://www.ibet.com.br/mp-685-planejamento-tributario-e-seguranca-juridica-por-charles-william-mcnaughton/>>. Acesso em: 15.mar.17.

[30]BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário Limites Normativos**.São Paulo: Noeses, 2016. P. 169.

[31]Vide em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv685.htm>, Acesso em 22.mar.2017.

[32]TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Efetividade do Direito e a “carga dinâmica da prova” prevista no código de processo civil de 2015: implicações nos processos tributários**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P.408.

[33]BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário Limites Normativos**.São Paulo: Noeses, 2016. P.233.

[34]Art. 150 .*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV - utilizar tributo com efeito de confisco.*

[35]GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Sistemas e princípios constitucionais tributários**. In: XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2016. P.170.

[36] (ADI 425, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2002, DJ 19-12-2003 PP-00019 EMENT VOL-02137-01 PP-00014)

[37] BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário Limites Normativos**.São Paulo: Noeses, 2016. P.82-83.

[38] XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001. P. 32-34.

[39] BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário Limites Normativos**. São Paulo: Noeses, 2016. P.257.

O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES INAUGURADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

RODRIGO ANTOLA AITA: Advogado. Graduado com Láurea pela UFRGS e Pós-Graduado em Processo Civil pela Rede LFG.

RESUMO: O presente estudo tem como principal mote a inauguração de um sistema de precedentes vinculantes pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e procura demonstrar a grande aproximação operada entre o sistema brasileiro, de tradição romano-germânica (civil law) com o sistema anglo-saxão (common law), de precedentes vinculantes. Em um primeiro momento, expõem-se os conceitos básicos de decisão judicial, precedente, ratio decidendi e obiter dictum. Em seguida, são apresentados os tipos de eficácia que se pode conferir aos precedentes judiciais e as técnicas de confronto e de superação dos mesmos (distinguishing, overruling, overriding e signaling). Por fim, serão expostos todos os precedentes judiciais que o Novo CPC erigiu à categoria de vinculantes.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Precedente judicial. Ratio decidendi. Efeito vinculante. Técnicas de confronto e de superação. Art. 927, NCPC.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE PRECEDENTES JUDICIAIS. 2.1. Conceito de Precedente Judicial. 2.3. *Ratio Decidendi*. 2.4. *Obiter Dictum*. 3. EFEITOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS. 3.1 Eficácia Persuasiva. 3.2 Eficácia Vinculante. 4. TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES. 4.1 *Distinguishing*. 4.2 *Overruling* e *Overriding*. 4.3 *Signaling*. 5. PRECEDENTES VINCULANTES NO CPC/2015. 5.1 Precedente oriundo de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF (art. 927, I, NCPC). 5.2 Precedente oriundo de súmula do STJ ou do STF (art. 927, II e IV, NCPC). 5.3 Precedentes oriundos de julgamento de casos repetitivos e de assunção de competência (art. 927, III, NCPC). 5.4 Precedentes oriundos de plenário ou de órgão especial (art. 927, V, NCPC). 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 INTRODUÇÃO

O Praticamente em todos os países europeus ocidentais – à exceção da Inglaterra – adota-se um sistema jurídico de tradição romano-germânica

denominado *civil law*. Neste sistema a lei escrita é a fonte primária do direito, relegando-se ao Judiciário o papel primordial de aplicar o texto da lei. Representativa desse modelo de concepção do ordenamento jurídico é a célebre frase de Montesquieu: "o juiz é a boca da lei".

Em decorrência da colonização portuguesa e da influência do direito europeu continental, em especial do Direito italiano, quando se trata de Processo Civil, o Brasil sempre figurou dentro da família da *civil law*.

Já nos países anglo-saxões, por influência inglesa, desenvolveu-se um sistema distinto, casuístico, informado pela teoria do *stare decisis*^[1], e no qual os precedentes judiciais assumem importância central, por possuírem força vinculante (*binding authority*).

Em suma, diferença entre os dois sistemas reside no fato de que, na *common law*, desenvolveu-se um sistema costumeiro, de maior relevância do poder Judiciário na criação da norma concreta de pacificação do conflito, conferindo-se a ela eficácia vinculante para casos semelhantes futuros. Por outro lado, o *civil law* é um Direito escrito, sendo a jurisdição estruturada com a finalidade de aplicação do direito objetivo. O poder do juiz emana da lei, sendo desta o intérprete, à luz do caso concreto.

Em que pesem as diferenças entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, paulatinamente se tem assistido a um intercâmbio cultural entre eles. Assim, ao passo que países anglo-saxões têm feito uso de alguns textos codificados, países de tradição romano-germânica tem dado maior relevância à teoria do precedente judicial, emprestando-lhe, em alguns casos, eficácia vinculante – como é o caso do Brasil.

Importante ressaltar que o precedente judicial é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, apenas variando o grau de eficácia a ele atribuído. Isso porque todos os povos têm a noção da insegurança jurídica e da forte sensação de injustiça que decisões distintas para casos idênticos podem gerar no seio da sociedade.

Visando a combater o que se convencionou chamar de "jurisprudência lotérica", o Brasil vem produzindo, nos últimos anos, alterações legislativas pontuais, que reforçam a eficácia persuasiva dos precedentes dos Tribunais Superiores e até conferem-lhes caráter vinculante, como é o caso das súmulas vinculantes^[2]. Além destas, podem-se citar também, os recursos especial e

extraordinário repetitivos, as súmulas impeditivas de recursos e a improcedência liminar do pedido.

Esses instrumentos processuais de valorização dos precedentes, como se disse, até então são pontuais.

Nada disso obstante, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em março de 2016, operou-se, sem hipérboles, uma verdadeira revolução jurídica no Brasil, aproximando-se de maneira jamais vista o sistema brasileiro com os sistemas de *common law*.

Exatamente nesse ponto centra-se o presente trabalho: buscando colaborar com essa incipiente produção doutrinária acerca das profundas mudanças trazidas pelo Novo CPC, explora-se o que se entende ser a principal mudança – a incorporação ao Direito brasileiro do sistema de precedentes vinculantes.

2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE PRECEDENTES JUDICIAIS

Existem algumas noções e conceitos fundamentais cuja compreensão mínima é *conditio sine qua non* para a compreensão do funcionamento de um sistema jurídico de precedentes. Passa-se à análise dos mais relevantes.

2.1. Conceito de Precedente Judicial

Pode-se conceituar precedente judicial, em sentido amplo, como toda a decisão jurisdicional que resolve um caso concreto, mas de cuja fundamentação se pode extrair uma norma geral que pode servir como base para o julgamento de casos futuros semelhantes.

Todo e qualquer precedente judicial (*lato sensu*) é composto por duas partes distintas^[3]: [1] os fatos dos quais emana a lide (descritos no relatório da decisão) e [2] a tese jurídica que embasa a decisão (constante da motivação).

Deve-se perceber que, em sentido mais estrito e técnico, o “precedente judicial” é justamente essa tese jurídica esposta na fundamentação, à qual se dá o nome de *ratio decidendi*. Em última medida, pode-se afirmar que o estudo da *ratio decidendi* é o estudo do precedente judicial em si.

2.2. *Ratio Decidendi*

A *ratio decidendi* (chamada de “*holding*”, no Direito norte-americano) consiste nos fundamentos jurídicos da decisão judicial indispensáveis para a solução do

caso[4]. Constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)[5].

Assim, a norma jurídica constante da fundamentação das decisões judiciais, chamada de *ratio decidendi*, por meio de um raciocínio indutivo, pode servir como fundamento para a solução de casos futuros análogos, em nítida aplicação de precedente judicial.

Pensou-se em um exemplo concreto, a fim de aclarar o conceito de *ratio decidendi*:

Imagine-se um processo judicial no qual se discuta a perda do mandato eletivo do deputado federal João da Silva, por pretensa infidelidade partidária, decorrente da desfiliação do partido político pelo qual foi eleito.

Pense-se em uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral decretando a perda do mandato do deputado, decorrente da infidelidade partidária.

Nota-se, claramente, a existência de duas normas jurídicas emanada da decisão do TSE. Uma, de caráter individual: o deputado João da Silva deve perder seu mandato eletivo (dispositivo da decisão). Outra de caráter geral: a desfiliação partidária sem motivo justo, superveniente à eleição, acarreta a perda do mandato eletivo de deputado federal (*ratio decidendi*).

Futuramente, o TSE e os demais órgãos jurisdicionais inferiores, poderão valer-se dessa *ratio decidendi* para decidir casos semelhantes.

Percebe-se, portanto, a importância da *ratio decidendi*, a qual, tendo sido adotada em diversos julgados, passa de precedente a jurisprudência e, desta, tornando-se absolutamente reiterada, pode dar ensejo a elaboração de uma súmula de jurisprudência.

2.3. *Obiter Dictum*

Nem tudo que consta da fundamentação da decisão judicial, porém, é considerado *ratio decidendi*. Apenas aqueles fundamentos sem os quais o caso teria sido decidido de modo diverso.

Existe uma exceção para a regra exposta no parágrafo anterior: naquelas decisões fundadas em dois fundamentos distintos, cada qual, por si só, com força a decidir no mesmo sentido a lide, ambos esses fundamentos são considerados *ratio decidendi*, a despeito de um prescindir do outro.

Os demais argumentos e teses jurídicas esposadas na fundamentação que, em estando ausentes, em nada mudariam a decisão tomada pelo órgão julgador, são chamados de *obiter dicta* (no singular, *obiter dictum*).

Segundo o grande processualista brasileiro da atualidade, Professor Fredie Didier Jr.:

“o obiter dictum é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo acessório, provisório, secundário, impressão, ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão”^[6].

Em suma, *obiter dictum* é tudo aquilo que é “prescindível para o deslinde da controvérsia”^[7]. Assim, são exemplos de *obiter dicta*: o voto vencido no julgamento colegiado; considerações laterais sobre temas não postos a julgamento, mas sobre os quais o magistrado tece considerações “*by the way*”, etc.

Um exemplo nítido de *obiter dictum* seria o seguinte: em uma sentença na qual o juiz extingue o processo sem exame do mérito, por um defeito formal insanável, vai adiante e afirma que, não fosse a nulidade decretada, ainda assim, provavelmente, julgaria a ação improcedente no mérito^[8].

Lembre-se, por fim, que o *obiter dictum* não serve como precedente^[9], mas sua importância não pode ser negligenciada, na medida em que pode sinalizar a tendência de decisões futuras daquele órgão jurisdicional.

3. EFEITOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Consoante já se disse, todo e qualquer sistema jurídico atribui aos precedentes judiciais algum valor, alguma eficácia. O que varia, de acordo com o direito positivo de cada país, é a intensidade desses efeitos.

A melhor doutrina brasileira sobre o tema, personalizada no Professor Fredie Didier Jr., um dos grandes idealizadores do Novo Código de Processo Civil, enxerga ao menos seis tipos diferentes de efeitos jurídicos potencialmente advindos dos precedentes judiciais, a saber: a) efeito vinculante; b) efeito persuasivo; c) efeito obstativo da revisão de decisões; d) efeito autorizante; e) efeito rescindente; e) efeito de revisão de sentença.

Dados os limites deste estudo, ater-se-á aos dois efeitos mais relevantes, quais sejam: o persuasivo e o vinculante.

3.1 Eficácia Persuasiva

A eficácia persuasiva é o efeito mínimo de todo o precedente judicial, prestando-se a exercer influência sobre o livre convencimento motivado do julgador. Constitui um "indício de solução racional e socialmente adequada" [10].

Interessante notar que quando mais hierarquicamente superior for o órgão judicial do qual emanou o precedente, maior será sua eficácia persuasiva. Assim, certamente um precedente emanado do Pleno do Supremo Tribunal Federal tem mais eficácia persuasiva do que um precedente proveniente de uma câmara de Tribunal de Justiça de um Estado-membro.

Pode-se observar a importância da eficácia persuasiva dos precedentes em alguns situações previstas pelo ordenamento jurídico, como no caso dos embargos de divergência (art. 1.043, NCPC), e no do recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, "c", CF).

3.2 Eficácia Vinculante/Obrigatória

Diz-se vinculante o precedente quando tem força obrigatória para os casos futuros similares, estando o órgão julgador obrigado a observá-lo. O efeito vinculante é o mais intenso de todos os efeitos, abrangendo em si todos os demais. Nos sistemas de *common law*, a regra é justamente que os precedentes tenham essa autoridade vinculante ("*binding authority*").

Assim, quando um sistema jurídico concede força vinculante a um precedente, significa que tem força normativa. A norma jurídica geral, presente na fundamentação da decisão - a *ratio decidendi* -, tem o poder de submeter todas as decisões futuras de casos análogos à mesma solução do precedente.

Caso se tivesse de escolher um assunto como sendo o cerne do presente estudo (e quiçá o cerne da mudança trazida pelo NCPC), escolher-se-ia a força obrigatória dos precedentes. É exatamente este o ponto nevrálgico de distinção entre os sistemas de *common law* e de *civil law*.

Até o ano de 2015, o único precedente obrigatório no sistema brasileiro é aquele consubstanciado em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, CF/88).

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, passa-se a ter um rol de precedentes com força obrigatória, insculpido no art. 927 da novel codificação. Segundo o Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos*".

Importante ressaltar que os precedentes previstos no art. 927 do NCPC, justamente por possuírem força obrigatória, devem ser conhecidos *ex officio* pelo juiz, ao decidir a causa. Caso não o faça, considerar-se-á omissa a decisão^[11].

Por fim, cumpre ressaltar que a força vinculante dos precedentes obrigatórios tem duas facetas distintas, uma externa e outra interna. Esta diz respeito à necessidade de o próprio Tribunal produtor do precedente tem o dever de respeitá-lo, enquanto aquela refere-se à necessidade de os órgãos subordinados a ele respeitarem esse mesmo dever.

4 TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

Compreendidas as premissas básicas acerca dos precedentes judiciais e seus efeitos, mister agora tratar de sua dinâmica.

Para que o Poder Judiciário não fique demasiadamente engessado, desenvolveram-se, no Direito da *common law*, técnicas através das quais os precedentes obrigatórios podem ser afastados ou superados. Não há como "importar" a força obrigatória dos precedentes judiciais sem, igualmente, fazer uso dos instrumentos de confronto ("*distinguishing*") e superação ("*overruling*" e "*overriding*") dos mesmos.

4.1 *Distinguishing*

Levando-se em consideração que um precedente judicial sempre tem origem em um caso concreto, deve-se ter em mente que, para que seja utilizado em um outro caso concreto futuro, este deve guardar um bom grau de semelhança com aquele. Do contrário, não se estará homenageando a isonomia, mas subvertendo-a.

Destarte, chamado a decidir um caso a respeito do qual há um precedente vinculante, a primeira postura do juiz é averiguar se o caso *sub judice* se assemelha àquele julgado no precedente. Caso resulte, desse esforço comparativo, uma distinção que não permita a aplicação da mesma solução jurídica, fala-se em *distinguishing*.

Ensina o renomado processualista José Rogério Cruz e Tucci que o *distinguishing* é um método de confronto, através do qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma^[12].

Deve-se ter cuidado, todavia, com a polissemia da palavra inglesa *distinguishing*. Esta pode assumir dois significados distintos, quais sejam: a) o método de comparação entre o caso a ser julgado e o precedente (*distinguishing*-método) e b) o resultado desse esforço comparativo indicando que os casos não se assemelham suficientemente (*distinguishing*-resultado).

Cronologicamente, portanto, o caminho a percorrer pelo magistrado começa em fazer um juízo comparativo entre o caso que está prestes a julgar e o precedente que potencialmente se assemelha a ele (*distinguishing*-método).

Em concluindo que o caso concreto e o paradigma coincidem em seus fatos fundamentais, o juiz deve aplicar a *ratio decidendi* do precedente vinculante para decidir o novo caso.

Por outro lado, em concluindo pela existência de distinção entre o caso concreto e o paradigma (*distinguishing*-resultado), estará livre para decidir o novo caso de acordo com seu livre convencimento motivado.

Essa regra, contudo, não é estanque, e comporta exceções. Isso porque, ao constatar a distinção, abrem-se, em realidade, duas opções ao magistrado. Se por um lado pode concluir que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação do precedente (*restrictive distinguishing*), por outro lado pode concluir que, a

despeito de algumas distinções, pode-se aplicar a *ratio decidendi* do precedente também para aquele caso (*ampliative distinguishing*).

Com isso, percebe-se que cai por terra a ideia de que o juiz, diante de um sistema de precedentes, se torna uma máquina automatizada. A atividade jurisdicional crítica e criativa é fundamental no uso do *distinguishing*, o qual deve ser feito inclusive nos casos de precedentes obrigatórios, ressalte-se^[13].

4.2 *Overruling* e *Overriding*

Paralelamente às técnicas de distinção dos precedentes, também existem técnicas para superá-los. Há basicamente duas formas de superar um precedente obrigatório: através do *overruling* e do *overriding*.

Ocorre o *overruling* quando há uma superação total do precedente, o qual é substituído (*overruled*) por outro. Essa superação deve ocorrer sempre de forma expressa, ou seja, o Tribunal deve fazer menção ao precedente e, em seguida, superá-lo, através de uma forte carga argumentativa. O sistema brasileiro não permite falar-se em *overruling* implícito (*implied overruling*).

Deve-se ter em mente que a mudança de entendimento jurisprudencial, com o passar dos anos, é inerente a qualquer sistema jurídico. Não existe, portanto, em um sistema de precedentes uma impossibilidade de alteração do entendimento consolidado. O que é impossível é uma superação desmotivada.

Não se olvide que um precedente pode estar de tal forma assentado na jurisprudência de uma Corte, sendo aplicado inúmeras vezes ao longo dos anos, que crie uma confiança legítima nos jurisdicionados de que não irá se alterar. Para que não haja, portanto, violação aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, a superação deve ter apenas eficácia para o futuro (*prospective overruling*), não atingindo condutas passadas praticadas de boa-fé, com base na confiança no precedente.

Já o *overriding* é uma espécie de *overruling* parcial. Ocorre quando o Tribunal cinge-se a limitar o âmbito da incidência de um precedente, em função de um novo entendimento.

Existe proximidade conceitual entre o *overriding* e o *distinguishing*. A diferença se dá na medida em que neste é uma questão de fato que impede a incidência do precedente; já naquele é uma questão de direito (um novo posicionamento) que reduz o suporte fático de um precedente.

Segundo Celso Albuquerque Silva, as hipóteses mais comuns de superação de precedentes são: a) o precedente se tornou obsoleto; b) o precedente é nitidamente injusto ou incorreto e c) não se pode executar o precedente na prática[14].

Como se pode perceber, portanto, o *overruling* e o *overriding* são técnicas que impedem a fossilização do sistema de precedentes obrigatórios, emprestando-lhe maleabilidade e permitindo sua atualização.

4.3 *Signaling*

Consoante se disse anteriormente, a superação de um precedente já consolidado pode significar uma violação à confiança daqueles que acreditaram na estabilidade e segurança do ordenamento jurídico.

Em um sistema de precedents obrigatórios, é muito provável que os particulares, confiando na informação proporcionada pelos peritos em Direito, venham a tomar medidas e propor determinados negócios jurídicos com base naquele direcionamento[15]. Essa confiança deve ser respeitada.

Nesse contexto surge a figura do *signaling* (ou "sinalização"). Este se dá quando o Tribunal adota, para a solução do caso concreto (e para aqueles pendentes de julgamento, que se relacionem a fatos pretéritos) o entendimento já consolidado no precedente, sinalizando, porém, que para as situações vindouras, haverá mudança de entendimento[16].

5. PRECEDENTES VINCULANTES NO CPC/2015

Compreendido, em linhas gerais, como funciona um sistema de precedentes obrigatórios, resta agora enumerar e tecer breves considerações acerca de cada um dos precedentes que o Novo Código Civil, em seu art. 927, conferiu força vinculante.

5.1. Precedente oriundo de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF (art. 927, I, NCPC)

O primeiro inciso do *caput* do art. 927 do NCPC confere força obrigatória aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF).

Cumpra aqui fazer uma distinção importantíssima: o NCPC inova ao tornar vinculante a *ratio decidendi*, os fundamentos centrais da decisão do STF em controle concentrado[17]. É diferente de dizer que a coisa julgada nas decisões de controle concentrado tem efeito vinculante *erga omnes* (art. 102, § 2º, CF), o que já ocorria no sistema do CPC/73.

Deve-se ter atenção ao fato de que, uma coisa é a obrigatoriedade do dispositivo da decisão; outra, bem diferente, é a força vinculante dos fundamentos da decisão (*ratio decidendi*).

Assim, com a entrada em vigor no Novo CPC, não apenas o dispositivo das decisões do STF, em ações concentradas de constitucionalidade serão obrigatórios, mas também os fundamentos centrais da decisão (*ratio decidendi*), que formam o precedente.

5.2. Precedente oriundo de súmula do STJ ou do STF (art. 927, II e IV, NCPC)

Em seus incisos II e IV, o art. 927 determina a obrigatoriedade dos precedentes insculpidos em súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente.

Com a entrada em vigor do dispositivo, estendem-se os efeitos obrigatórios, que dantes emanavam apenas das súmulas vinculantes do STF (art. 103-A, CF), para todas as súmulas desse tribunal, em matéria constitucional, bem como para as súmulas do STJ, e matéria infraconstitucional. Em vez de possuírem apenas força persuasiva, agora as súmulas detêm força obrigatória.

Cumpra salientar que ainda persiste distinção entre súmulas "ordinárias" do STF e aquelas "vinculantes". Isso porque, em que pese agora ambas tenham efeitos vinculantes, apenas estas últimas vinculam, além dos órgãos do Poder Judiciário, também a Administração Pública, em todas as suas esferas.

5.3. Precedentes oriundos de julgamento de casos repetitivos e de assunção de competência (art. 927, III, NCPC)

Para a formação dos precedentes oriundos de julgamentos de casos repetitivos e assunção de competência, o NCPC prevê a instauração de um incidente processual específico para a elaboração do precedente. Trata-se, nas palavras de DIDIER, de "*uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios*".^[18]

No procedimento desses incidentes, está prevista a discussão de todos os argumentos favoráveis e contrários à tese que se pretende consolidar. Existe previsão de realização de audiências públicas e participação de *amici curiae*, o que aumenta a legitimação social e democrática do precedente (art. 927, § 2º; art. 983 e art. 1.038, NCPC).

5.4. Precedentes oriundos de plenário ou de órgão especial (art. 927, V, NCPC)

Por fim, o inciso V do art. 927 determina que os juízes e tribunais sigam a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estejam vinculados.

Percebe-se, portanto, uma força intrínseca das decisões do plenário ou órgão especial (dirigida a seus próprios órgãos fracionários) e uma força extrínseca (dirigida aos magistrados de instância inferior).

Diante desse quadro, os precedentes do Pleno do STF, em matéria constitucional, vinculam todos os magistrados brasileiros. Os precedentes do órgão especial do STJ em matéria infraconstitucional vinculam todos os Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais, assim como os juízes de primeiro grau vinculados a estes tribunais. As decisões do pleno do Tribunal de Justiça do Estado-membro vinculam as câmaras do próprio tribunal, bem como os juízes de direito dessa unidade da Federação. E assim por diante.

6. CONCLUSÃO

Pôde-se perceber, ao longo do presente estudo, que o precedente judicial tem vital importância para qualquer sistema jurídico. Assim se dá porque as sociedades sempre perceberam o grau de insegurança e sentimento de injustiça que decorre de soluções diferentes para casos idênticos, a depender da sorte ou azar na distribuição da demanda (“jurisprudência lotérica”).

Dito isso, em que pese a técnica da obrigatoriedade dos precedentes judiciais seja uma característica peculiar aos sistemas de *common law*, alguns sistemas de *civil law* estão realizando reformas em seus ordenamentos processuais, rendendo-se à influência atraente da teoria do *stare decisis* – como é o caso do Brasil.

Com a entrada em vigor do código de processo civil de 2015, está em curso uma verdadeira revolução de paradigma, consistente em uma aproximação jamais vista do direito brasileiro com o direito anglo-saxão, de precedentes de observância obrigatória. O art. 927 do NCPC traz um rol de precedentes cujo fundamento da decisão (*ratio decidendi*) é de observância obrigatória para os casos análogos vindouros.

Nesse contexto, a prática forense dos operadores do direito tem de ser repensada. Para o advogado, torna-se tão (ou mais) importante quanto conhecer a lei, conhecer os precedentes judiciais, em especial dos tribunais superiores.

Pela ótica dos magistrados, estes devem sempre estar atentos à jurisprudência dos tribunais que lhe são hierarquicamente superiores, e à jurisprudência do pleno ou do órgão especial do próprio tribunal a que pertencem. Por outro lado, a obrigatoriedade dos precedentes racionaliza a prestação jurisdicional, que pode decidir casos idênticos (demandas de massa) com a aplicação dos precedentes vinculantes, aliviando a agenda do juízo e incrementando a qualidade das demais decisões, que ainda não possuem precedente ("*hard cases*").

Obviamente que não se pode criar as barreiras da obrigatoriedade dos precedentes sem se desenvolver uma ciência das técnicas de confronto e superação dos precedentes, sob pena de engessamento do Judiciário. Daí a importância fundamental dos institutos do "*distinguishing*", do "*overruling*", do "*overriding*" e do "*signaling*".

Vê-se, portanto, com excelentes olhos a mudança, que visa a promover princípios tão caros ao Estado Democrático de Direito, como a isonomia, a segurança jurídica e a duração razoável do processo. Resta saber se a comunidade jurídica brasileira está preparada para tamanha revolução de pensamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CARRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.

CAMARGO, Luis Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil

brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldoni Gomes de. Precedentes vinculantes.

Revista de processo, São Paulo, n. 215, jan, 2013.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. "Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais". In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FARNSWORTH, Edward Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Antonio Carlos Diniz de Andrada (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. Disponível em: <www.marinoni.adv.br>.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Segurança jurídica e mudança de jurisprudência". In: *Revista de Direito do Estado*, n. 6, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. *A Tradição do Civil Law. Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: SAFE, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais - Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. *Motivação da sentença cível*. Salvador: JusPodivm, 2008.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

____; ABOUD, Georges. *Que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUMMERS, Robert. S. Precedent in United States (New York State). In: MacCormick, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência, *Revista Forense*, v. 415, Ano 18, jan-jun de 2012.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. "Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 189, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

____. Direito Processual Civil Inglês. In: TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). *Direito Processual europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

____. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUSHNET, Mark. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 218, abr., 2013.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law. Os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

NOTAS:

[1] "*Stare decisis et non quieta movere*". Termo de origem latina que significa "mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido". In: TUCCI, José Rogério Cruz e **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 160.

[2] **BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei

[3] TUCCI, José Rogério Cruz e **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

[4] DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Curso de Direito Processual Civil**. V 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 442.

[5] TUCCI, José Rogério Cruz. *Op. cit.* p. 175.

[6] DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Curso de Direito Processual Civil**. V 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 444.

[7] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 168-169.

[8] Embora não seja o objeto deste trabalho, vale lembrar a regra insculpida no § 2º do art. 282 do Novo CPC: "*§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta*". Trata-se de regra condizente com o "princípio da primazia do julgamento de mérito, e com o princípio do "*pas de nullité sans grief*" (não há pronúncia de nulidade sem prejuízo).

[9] Enunciado nº 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (obiter dicta), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante*".

[10] TUCCI, José Rogério Cruz e **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 13.

[11] Em que pese o art. 1.022, parágrafo único, I, NCPC, faça referência apenas à omissão nos casos em que o juiz deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, a melhor interpretação se dá no sentido de que isso vale para todos os precedentes obrigatórios. In: DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Curso de Direito Processual Civil**. V 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 455.

[12] TUCCI, José Rogério Cruz e **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.

[13] Enunciado 306 do Fórum Permanente de processualistas Civis: *O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.*

[14] SILVA. Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. P. 266-284.

[15] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antonio. "Segurança Jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais". Revista de Direito do Estado. N. 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 335.

[16] DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Curso de Direito Processual Civil**. V 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 503.

[17] Enunciado 168 do Fórum Permanente de processualistas Civis: *Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a ratio decidendi do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.*

[18] DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Curso de Direito Processual Civil**. V 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 465.

A DESPATOLOGIZAÇÃO DO DESVIO E OS LIMITES DA PUNIÇÃO NA OBRA DE DURKHEIM

ROBERTA EIFLER BARBOSA: Defensora pública do estado do Amazonas, especialista em políticas e gestão de segurança pública pela Universidade Estácio de Sá, pós graduanda em direito da criança e do adolescente pela Fundação do Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul.

RESUMO: O artigo se estrutura em torno da construção teórica de Durkheim sobre a funcionalidade do desvio no corpo social. A pesquisa se situa no nível exploratório, construída a partir da revisão bibliográfica da teoria estrutural-funcionalista aplicada ao estudo do crime e da sanção do Estado. Na primeira parte, apresenta-se a criminologia positivista e a obra de Gabriel Tarde como primeiro ponto de contraposição à ideia de delito como um dado ontológico. Na segunda etapa, os conceitos básicos da obra de Durkheim são explorados para entender a teoria sociológica que afasta do delito a ideia de deficiência biológica ou genética e, ainda, traz repercussões no exercício do poder punitivo pelo Estado. Ao fim, compreende-se a contribuição de Durkheim à atual criminologia, sem prejuízos das superações teóricas que se seguiram mas que extravasam a delimitação do objeto de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Crime. Teoria funcionalista. Durkheim. Limites da pena.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os precedentes da teoria durkheimiana 3. A despatologização do desvio e os limites da punição. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa assume o nível exploratório, voltada à análise qualitativa da bibliografia que influencia na construção da teoria estrutural-funcionalista de Durkheim. Sem a pretensão de encerrar qualquer debate sobre o ponto, a modalidade de pesquisa procura resgatar as obras clássicas do pai da sociologia moderna para discutir temas atuais como a patologização do desvio e os limites ao exercício do poder punitivo estatal.

O problema de pesquisa é compreender se existe na teoria funcionalista de Durkheim, para além do conceito de anomia, um campo teórico que também converge para a discussão dos elementos criminológicos do indivíduo e do Estado. O objetivo da pesquisa é interpretar o desvio e o controle punitivo estatal sob a ótica da teoria durkheimiana.

No primeiro capítulo, apresenta-se sucintamente o conteúdo do positivismo criminológico que, originariamente, associava o desvio a defeitos atávicos do delinquente. Ainda, com base na obra de Gabriel Tarde, são compreendidos os primeiros elementos de uma teoria sociológica do comportamento humano e, especificamente para o objeto de pesquisa, do comportamento criminal.

No segundo capítulo, aprofundar-se-ão conceitos construídos nas obras de Durkheim sobre a normalidade e a funcionalidade do desvio na perspectiva do corpo social. Ainda, a ótica da anomia também é explorada a partir do comportamento do Estado e como esse comportamento influenciará na legitimidade do exercício punitivo perante a moralidade coletiva.

Ao fim, procura-se responder ao problema de pesquisa encontrando elementos da teoria da anomia que, sem embargos às justas críticas de outras correntes criminológicas, ajudam a compreender a dialeticidade entre o crime e a punição.

2 OS PRECEDENTES DA TEORIA DURKHEIMIANA

Campo originário do desenvolvimento da criminologia enquanto ciência autônoma, o positivismo inaugura a compreensão do delito enquanto marca de desvios patológicos. Baluarte da escola positivista e obcecado por identificar as causas da criminalidade, Cesare Lombroso, em sua obra *O Homem Delinquente*, de 1876, encontra no atavismo a explicação científica para o fato criminoso. De acordo com sua teoria, o arquétipo físico do indivíduo seria o elemento de estudo que permitiria identificar a propensão delituosa. O criminoso seria assim um ser nascido para o crime, e somente a medicina seria uma solução de intervenção que poderia evitar que essa tendência criminoso se proliferasse.

O paradigma nesse momento é etiológico e individual, ou seja, busca-se as causas do comportamento desviante a partir do estudo do indivíduo e de possíveis

deficiências anatômicas indicativas do caráter criminoso. Conforme descreve Vera Malaguti,

No positivismo, o delito é um ente natural (paradigma atualizado pelas neurociências e suas publicações apologéticas). O determinismo biológico se contrapõe à ideia liberal de responsabilidade liberal. O importante é 'estudar' o autor do delito e classifica-lo, já que o delito aparece aqui como sintoma da sua personalidade patológica, causada pelos mesmos fatores que produzem a degenerescência[1].

Com a veia crítica que lhes é peculiar, Batista e Zaffaroni discorrem sobre o casamento entre o poder policesco e a questão médica nesse período:

A corporação médica, que sempre tentara apoderar-se da questão criminal, com discursos que não conseguiram hegemonia, não desperdiçou a oportunidade oferecida pela polícia, carente de discurso. O chamado positivismo criminológico tornou-se o discurso médico-policial, de natureza biológica, e que, para além das disputas por sua paternidade e das diferenças de detalhes, foi – com certos matizes – hegemônico até o século XX e ainda sobrevive em uma parte da criminologia europeia e latino-americana. A partir da questão criminal inventou a sociologia, substituindo o contrato pelo organismo social, legitimando o capitalismo selvagem central com a necessidade de permitir a sobrevivência dos mais aptos. Por meio do mesmo paradigma biológico desenvolveu a antropologia, legitimando o neocolonialismo, que estreitou os vínculos econômicos do centro com a periferia e combateu a escravidão (não-funcional nessa etapa), daí resultando um discurso racista evolucionista, que culminada no apartheid[2].

A criminologia positivista, sem embargo de procurar construir uma disciplina e um método científico próprios, desvinculados da teoria kantiana da escola clássica do delito como uma escolha individual inerente ao livre-arbítrio e à igualdade entre seres humanos, constrói um campo de associação entre deficiências biológicas e

desvio que retrocederia em importantes conquistas do liberalismo, como a limitação da pena e a proporcionalidade.

Se se considerasse o delito como um dado ontológico pré-constituído vinculado a uma natureza degenerada, as formas de intervenção médica prescindiriam da ocorrência do fato criminoso e não encontrariam limites temporais ou jurídicos às medidas "curativas". Como no filme *Minority Report*, dirigido por Steven Spielberg, o determinismo moveria a criação de um departamento pré-crime responsável por enclausurar indivíduos antes que os delitos ocorressem.

Essa realidade, muito bem trabalhada na ficção, não se sustentou cientificamente, tendo em vista aquilo que Eugênio R. Zaffaroni e Nilo Batista definiram como reducionismo biopolicial:

O reducionismo biopolicial entrou em crise com a ruptura de seus pressupostos físicos, biológicos e políticos. A física quântica acabou com o mecanicismo e a biologia moderna arquivou os simplismos da transmissão dos caracteres adquiridos. No campo político, a primeira grande crise do capitalismo moderno (1890) terminou com a ilusão do progresso linear e indefinido, e entre as duas guerras suas principais teses foram adotadas e conduzidas até o genocídio pelo nazismo[3].

É evidente que os discursos positivistas não poderão ser abordados em toda a sua extensão neste artigo, sendo necessário citar ao leitor que a versão biológica determinista do desvio assumiu variações sociológicas do discurso de defesa social e periculosidade, como em Enrico Ferri e Raffaele Garófalo, formas brilhantemente esmiuçadas na obra de Gabriel Anitua[4].

No entanto, o crime posteriormente passa a ser compreendido como um comportamento social, sujeito às variantes e contingências às quais os demais comportamentos sociais se submetem. Importante obra nesse campo é a obra de Gabriel Tarde sobre as leis sociais[5].

Três importantes conceitos são inicialmente desenvolvidos na obra de Gabriel Tarde; são eles i) a imitação; ii) a oposição e iii) a invenção, sendo relevante para este ensaio o primeiro e o terceiro.

A sociedade, para Tarde, é a imitação, fundada por leis lógicas e extra-lógicas. As primeiras ocorrem quando o indivíduo enxerga no comportamento imitável uma maior utilidade ou verdade; as segundas partem do interior para o exterior e do superior para o inferior. Sem racionalidade útil ou real, o processo de imitação acompanha o esforço de comunicação intersubjetiva:

No decís una palabra que no sea reproducción inconsciente de alguna otra que tiempo atrás oísteis; no cumplís cualquier acto de vuestra religión, señal de la cruz o plegaria, que no reproduzca gestos de las fórmulas tradicionales [...]; (p.28) no ejecutáis un mandato civil cualquiera, no lleváis a cabo un acto de vuestro oficio, que no os haya sido enseñado o no hayáis copiado de algún modelo viviente; no dais una pincelada, si sois pintor, ni escribís un verso, si sois poeta, que no esté amoldado a los hábitos de vuestra escuela, y hasta vuestra originalidad misma está formada por vulgaridades acumuladas y llegará a ser vulgar a su vez. De este modo, el carácter constante de un hecho social cualquiera, es ser imitativo. Y este carácter es exclusivamente propio de los hechos sociales[6].

Segundo ele, a imitação é o comportamento habitual do ser humano tendo como referência outro indivíduo; é ela que permite a reprodução na sociedade de hábitos, culturas, idiosincrasias. A posição de inferioridade tende a imitar a posição superior, ou seja, projeta-se em si mesmo a conduta alheia como um norte de atuação. Nesse cenário, o delito, como um fato social, é uma produção das regras de imitação.

A invenção parte da genialidade, da capacidade individual de provocar mutação e progresso em relação às práticas sociais. Como etapa necessária a tornar-se um fato social, a invenção depende da absorção por um processo de imitação. Em sociedades com maiores populações, a tendência é uma incidência maior de invenções.

Por seu turno, a oposição ou conflito é um processo psicológico de contraste de ideias na mente de um mesmo indivíduo. No “público”, conceito que Tarde distingue de “multidão” e razão de uma racionalidade crítica, a unidade dialética se constrói a partir da comunicação intermental e do individualismo inventivo. Tem-

se, aqui, uma psicologia social que deságua na própria concepção do delito. Nas palavras de Anitua,

[...] o que é realmente novidade, e inovador de uma sociologia criminal, é sua consideração do delito como uma 'obra coletiva'. [...] até então tanto o pensamento contratualista jurídicista como o positivista médico consideravam o delito como um ato com causas ou culpas meramente individuais. Não rompiam, pois, com o paradigma etiológico e redutivo. A filosofia penal é uma obra do ano de 1891 [...] o tipo criminoso é um tipo social antes de ser um tipo biológico, e o comportamento criminoso é simplesmente um comportamento adquirido pela imitação, com o que Tarde indicava que se as classes mais baixas delinquiram era porque imitavam o que as classes altas haviam feito primeiro, e com sucesso. De acordo com essa obra, se uma pessoa andava com más companhias, se ela é educada com orgulho, inveja, vaidade, ódio [...] terá muita sorte se não acabar por cometer delito. Por conseguinte, o delito é também, porque Tarde não abandona completamente o componente psicológico, uma criação coletiva ou social^[7].

Se para Tarde o fato social é um fato de imitação, adquirindo significado a partir da passagem ao ato de indivíduo para indivíduo via intersubjetividade, Émile Durkheim caracteriza o fato social como uma entidade própria, objetivamente explicável, como uma unidade coletiva que exerce força coercitiva sobre os indivíduos e deles se afasta para possuir disciplina própria.

No trabalho de Marco António Antunes, o articulista menciona que:

Para Durkheim (1983: 14) a sociedade é uma unidade colectiva que submete os indivíduos através dos factos sociais: "(...) É facto social toda a maneira de fazer, fixada ou não, susceptível de exercer uma coerção exterior; ou ainda que é geral na extensão de uma sociedade dada, tendo ao mesmo tempo uma existência própria [o todo social], independentemente das suas manifestações individuais". A

sociologia de Gabriel Tarde é, acima de tudo, uma psicologia social. Para Tarde, a Sociologia só pode ser compreendida a partir de uma "psicologia intermental", que estude a interação das consciências individuais, nomeadamente as "acções intermentais" e os "efeitos intercerebrais", complementada por uma lógica social que estude as obras de civilização[8].

Efetivamente, há uma divergência teórica clara entre ambos os autores, evidenciada na obra *El Suicidio*, de Durkheim:

[...] es lo poco fundado de la teoría que hace de la imitación el supremo manantial de toda la vida colectiva. No hay hecho tan facilmente transmisible por vía de contagio como el suicidio, y acabamos de ver que esta capacidad de contagia no produce, efectos sociales. Si en este caso se encuentra tan desprovista de influencia social, no tendrá más, probablemente, en los otros; las virtudes que se le atribuyen son, pues, imaginarias. Puede muy bien determinar en un círculo muy restringido algunas repeticiones de un mismo pensamiento o de una misma acción, pero no alcanza nunca repercusiones tan extensas y tan profundas que afecten y modifiquen el alma de la sociedad. Los estados colectivos, gracias a la adhesión casi unánime y generalmente secular de que son objeto, resultan demasiado resistentes para que pueda modificados una innovación privada[9].

3 A DESPATOLOGIZAÇÃO DO DESVIO E OS LIMITES DA PUNIÇÃO

Emile Durkheim assume a condição de fundador do pensamento sociológico moderno a partir de uma abordagem científica posteriormente denominada funcionalismo. De acordo com ele, a totalidade das individualidades de uma socialidade resulta em um organismo diferente do que cada uma de suas partes.

Em sua obra *As regras do método sociológico*, de 1895, o sociólogo francês constrói uma metodologia própria das ciências sociológicas, independente da filosofia e das demais ciências, marcada pela objetividade, que explica os fatos

sociais como coisas empiricamente observáveis, onde os fenômenos sociais também se encontram regidos por regras de causalidade[10].

Nos ensinamentos de Durkheim há uma relativização do conceito de patológico tão trabalhado no positivismo como algo anormal. Para ele, a dicotomia entre normal/anormal estava associada à noção de generalidade, de modo que os fatos repetitivos, habituais, de uma determinada sociedade eram considerados normais, enquanto ao patológico reservava-se os fatos não usuais. A patologia aqui perde a noção ontológica vinculada à degenerescência.

Aplicável tal raciocínio ao delito, este será compreendido por Durkheim como um fato social normal, no sentido de que o comportamento desviante sempre acompanhou toda e qualquer sociedade. É um apêndice dos corpos sociais existirem crimes e condutas criminosas. Conforme discorrem Hassemer e Muñoz Conde:

La tesis de la normalidade del delito corresponde a una consideración que se limita a la descripción de funciones, guardándose de hacer valoraciones. Durkheim contesta a los que le reprochan que no condene la criminalidade por considerala normal, que tampoco el dolo es valorado positivamente y no por eso deja de ser 'útil'. Em sus reflexiones se encuentran incluso algunos planteamientos que permiten tesis más avanzadas: la criminalidade no sólo es normal, sino necesaria e incluso irrenunciable para la sociedade. Em uma consideración funcionalista la utilidade de la criminalidade se deriva ya de que está 'unida a las condiciones de cualquier vida social'[11].

Gabriel Anitua explica que, para Durkheim, as normas do costume, e nas sociedades modernas, as do direito, seriam o 'cimento' da sociedade, o que a mantém unida. São talvez o reflexo mais acabado do que é a 'consciência coletiva'[12].

Outro importante conteúdo da obra de Durkheim é o conceito de solidariedade orgânica atinente à divisão social do trabalho. De acordo com o mestre francês, era esse o tipo de tessitura social das sociedades modernas, em

substituição à solidariedade mecânica, típica do Antigo Regime e das sociedades primitivas. Enquanto esta solidariedade encontra seu correspondente no direito repressivo, aquela teria como reflexo um direito restitutivo, ou seja, que procuraria em primeira medida a reparação da ordem abalada, e não a vingança pura e simples.

Enquanto o positivismo criminológico associava o delito a uma patologia social, Durkheim demarca sua natureza ínsita à normalidade social, o que significa dizer que o delito não é uma entidade ontológica; não configura um fato valorado moralmente de forma positiva ou negativa; mas sim é um produto usual das regras sociais em determinado espaço de tempo e lugar.

Desse modo, o ponto comum do delito não é a natureza da conduta proibida pela sociedade, mas sim o fato de existirem condutas sociais que são reprimidas em todo e qualquer organismo social. Nessa orientação, conforme discorre Anitua, “um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva, entendendo-se por consciência coletiva o conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade” [13].

Não bastasse assentar a normalidade do crime, Durkheim também encontra nele um componente utilitarista e, na resposta social, um caráter necessário. Conforme preleciona o mestre italiano Alessandro Baratta,

Em primer lugar, el delito, provocando y estimulando la reacción social, estabiliza y mantiene vivo el sentimiento colectivo en que se basa, em la generalidade de los coassociados, la conformidad a las normas. [...] el delito puede tener además una función directa em el desarrollo moral de una sociedade. No sólo deja la vía libre a las transformaciones necesarias, sino que em ciertos casos las prepara diretamente. Estou quiere decir que el criminal no sólo permite que el sentimiento colectivo se mantenga em situación susceptible de cambio, sino que anticipa el contenido mismo de la futura transformación. Em efecto, el delito es a menudo la anticipación de la moral futura, como demuestra, por ejemplo, el processo de Sócrates. [14]

Diferentemente da posição iluminista e da posição positivista que o antecedem, Durkheim não encara a pena como uma racionalidade instrumental da sociedade. O castigo seria a vingança da moralidade coletiva afetada pela conduta delituosa; ainda que sob o monopólio do Estado, a aplicação da sanção proporciona um movimento de valorização moral do coletivo.

Retornando à passagem do método sociológico, o autor assevera que “o crime é portanto necessário; ele está ligado às condições fundamentais de toda vida social e, por isso mesmo, é útil; pois as condições de que ele é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito” [15].

Enquanto sanção, a pena variava entre as diversas sociedades, de modo que a severidade penal sofreria redução com o advento da sociedade moderna. Essa constatação é a própria reafirmação de seu pressuposto teórico: se o castigo é a externalização da moral e dos valores coletivos, uma pena que atente contra a dignidade do ser humano enquanto valor edificante do corpo social perde em si mesma o significado, posto que também desacredita tais valores. Em suas palavras, “a pena resulta do crime e exprime a maneira pela qual este afeta a consciência pública” [16].

Em outros termos, de acordo com a teoria de Durkheim, se o Estado, que se outorgou o controle da violência, assume sanções que violam o senso coletivo de moralidade, a qualidade desses castigos, porquanto cruéis e degradantes, deslegitimarão a utilização da pena pois ela mesma afeta, tanto ou mais do que o crime, os valores coletivos do corpo social.

O funcionalismo do delito recairia, portanto, na sua reação social por meio do castigo monopolizado pelo Estado em sintonia com os valores da consciência coletiva. Essa reação renova o sentimento coletivo de conformidade às normas e, mais ainda, reafirma o valor delas enquanto preceitos estabelecidos de funcionalidade social.

Contudo, quando os níveis delitivos se multiplicam de forma incontrolável ou quando o tecido social perde a referência de sentimentos coletivos que mantém sua união, esse estado de coisas acarreta uma ausência de normatividade de toda ordem, moral, jurídica, econômica, social, religiosa e política. A esse estado Durkheim confere a denominação de anomia, assim construída em seu texto: “la

anomia, em efecto, procede de que, en ciertos puntos de la sociedad hay falta de fuerzas colectivas, es decir, de grupos constituidos para reglamentar la vida social".^[17]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste ensaio procuramos, a partir da revisão bibliográfica da obra de Durkheim e de seus precedentes sociológicos e criminológicos, analisar como as teorias do método sociológico e da anomia podem contribuir para rechaçar posturas de governos populistas que exaltam a proliferação de castigos cruéis enquanto práticas de Estado.

Na primeira seção demonstramos como o positivismo jurídico associa a ideia de criminalidade a algum tipo de desvio patológico do delinquente. Assim, o delito seria um dado ontológico pré-constituído vinculado a uma natureza degenerada, guardando em si um conteúdo afeto ao mal.

Com o trabalho de Gabriel Tarde, por seu turno, o delito se afasta de uma concepção individual para assumir aspectos de uma interação intersubjetiva, isto é, uma obra coletiva pautada pelas leis de imitação. Essa primeira teorização irá romper a qualidade individual do desvio que contorna o enfoque positivista.

Émile Durkheim aprofundará o sentido dessa coletividade e, definitivamente, afastará do delito qualquer caráter ontológico, haja vista que todas as sociedades elegem determinados tipos de conduta para seriam criminalizadas e, nesse passo, o desvio é uma construção social, e não uma tragédia fruto da biopsicologia doente do agente.

Patologia e anomia estariam relacionadas, portanto, não à qualidade do ato, mas sim à sua habitualidade nas sociedades constituídas. O crime é, então, um fato social normal que tem em si uma funcionalidade dentro do corpo social, marcada a partir da reação estatal ao desvio.

Ocorre que, quando essa reação assume graus de brutalidade superiores ao próprio desvio, a moralidade coletiva é duplamente afetada, pois os valores sociais foram atingidos também – e de maneira mais aguda – pela resposta punitiva. Desse modo, a sanção perde a sua legitimidade no funcionamento do corpo social e, mais

ainda, rompe o cimento de construção do tecido social, trazendo consequências graves que podem gerar o estado de anomia.

Sem embargo das críticas que posteriormente foram muito bem formuladas em relação ao trabalho de Durkheim, como a função ideológica estabilizadora que equivocadamente associa a criminalidade a causas sociais^[18], a teoria funcionalista, ao romper com os dogmas patologizadores da teoria do desvio e reconhecer também os limites à punição no comportamento estatal, tem uma importância histórica ao desenvolvimento da criminologia.

Nos tempos atuais, a defesa da barbárie pelas mãos do Estado, de acordo com a teoria de Durkheim, produzirá a mesma anomia que o excessivo número de delitos acarretaria no corpo social.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad.: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ANTUNES, Marco António. *Comunicação, Público e Multidão em Gabriel Tarde*. Biblioteca online de ciências da comunicação. Labcom. 2008. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-antonio-comunicacao-publico-multidao.pdf>. Acesso em 09.03.2019.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*. 1ª Ed. Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro, Revan, 2011.

DURKHEIM, Émile, & Lion, H. (2014). *Duas Leis da Evolução Penal*. Trad.: Hyago Sarraff de Lion. *Primeiros Estudos*, (6).

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad.: Pietro Nasseti, São Paulo, Martin Claret, 2001.

DURKHEIM, Émile. *El suicídio*. Akal Ediciones. Colección Universitaria, 37, 1992.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant to blanch. Valencia, 1989.

TARDE, Gabriel. *Las Leyes Sociales*. Trad.: G. Núñez de Prado. Barcelona. Casa Editorial Sopena. 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume- Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 4ª Ed., 2011.

[1] BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro, Revan, 2011, p. 45.

[2] ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume- Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 4ª Ed., 2011, p. 281.

[3] *Ibidem*, p. 282.

[4] ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad.: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, pp. 310-316.

[5] TARDE, Gabriel. *Las Leyes Sociales*. Trad.: G. Núñez de Prado. Barcelona. Casa Editorial Sopena. 2011, p. 28.

[6] TARDE, Gabriel. *Las Leyes Sociales*. Trad.: G. Núñez de Prado. Barcelona. Casa Editorial Sopena. 2011, p. 28.

[7] *Ob. cit.* p. 437.

[8] ANTUNES, Marco António. *Comunicação, Público e Multidão em Gabriel Tarde*. Biblioteca online de ciências da comunicação. Labcom. 2008. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-antonio-comunicacao-publico-multidao.pdf>. Acesso em 09.03.2019.

[9] DURKHEIM, Émile. *El suicídio*. Akal Ediciones. Colección Universitaria, 37, 1992, p. 61.

[10] DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad.: Pietro Nasseti, São Paulo, Martin Claret, 2001.

[11] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant to blanch. Valencia, 1989, pp. 39-40.

[12] Ob. cit. pp. 442-443.

[13] Ob. cit. p. 445.

[14] BARATTA, Alessando. *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*. 1ª Ed. Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2004, pp. 57-58.

[15] _____ *As regras do método sociológico*, p. 56.

[16] Durkheim, Émile, & Lion, H. (2014). *Duas Leis da Evolução Penal*. Trad.: Hyago Sarraff de Lion. *Primeiros Estudos*, (6), 123-148.

[17] _____ *El suicidio*, p. 225.

[18] BARATTA, Alessando. *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*. 1ª Ed. Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 65.

DESMISTIFICAÇÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO: DIREITO OU PRIVILÉGIO?

ISABELLA VITÓRIA PEREIRA DA SILVA MIRANDA:
Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

MURILO BRAZ VIEIRA^[1]

(Orientador)

RESUMO: O auxílio-reclusão é uma política pública destinada a garantir o sustento de familiares que tiveram seu provedor encarcerado. Trata-se de um direito assegurado àqueles que dependiam dos reclusos e não possuem quaisquer condições de arcar com o sustento próprio, após a condição de encarceramento daquele que lhes garantiam o sustento. No presente trabalho, será demonstrado que a política em questão destina-se a evitar a miséria daqueles que não tiveram nenhum poder de obstar as condutas delituosas de seus provedores, de modo a trazer luz e exterminar os preconceitos sedimentados na sociedade. O fato é que este auxílio deve ser estudado livre de intervenções ideológicas, considerando essencialmente sua essência e aplicabilidade, conforme será apresentado no presente trabalho. Diante o exposto é atribuído o aspecto cuja sociedade enxerga, o pagamento desse benefício aos "presos", sem ao menos ter a real noção de quais são os critérios para o seu recebimento e quem verdadeiramente o recebem.

PALAVRAS CHAVE: Previdência Social, Auxílio-reclusão, Benefício, Dependentes.

ABSTRACT: Replacement aid is a public policy aimed at securing the livelihood of its own resources. This is a guaranteed right in which the power of prisoners and can not be exempted from self-support, after a condition of imprisonment than those guaranteed the livelihood. In the present work, this will be a market in which we intend to divert these potential actors, in order to gather and exterminate the prejudices settled in society. The fact is that this aid must be studied free of ideological interventions, essentially considering its essence and applicability, as will be presented in the present work. Being that in this work is attributed the aspect that the society sees, the payment of this benefit to the "prisoners", without at least having a real idea of what the criteria are for their receiving and who truly receive it.

KEYWORDS: Social Security, Relief and seclusion, Benefit, Dependents.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A Constituição Federal e os Benefícios Previdenciários; 3. Aspectos Gerais Do Auxílio-Reclusão; 3.1. Dependentes; 3.2. Qualidade de Segurado; 3.3. Baixa Renda alterado pela MP N° 87/19; 3.4. Manutenção e Duração do Benefício alterado pela MP 871/19; 4. As Alterações Advindas da Medida Provisória; 4.1. Modificações do Benefício; 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A história revela que após as Grandes Guerras, as Constituições dos Estados imprimiram um caráter humanitário em seu texto, deste modo, o Estado Constitucional foi dotado de políticas públicas que representam ações estatais com vistas a tornar a sociedade menos desigual.

Neste viés, uma das políticas públicas instituídas pelo Estado Brasileiro através do Regime Geral de Previdência Social – RGPS é o auxílio-reclusão. Em síntese, trata-se de benefício destinado aos dependentes dos presos resguardados pela previdência, com a principal finalidade de garantir condições mínimas de subsistência das famílias desamparadas.

O benefício em comento tornou-se ridicularizado e alvo de grande desaprovação popular, ora por desconhecimento do real funcionamento do programa, ora por mero preconceito.

E qual seria o real viés em relação ao benefício social auxílio-reclusão? O fato a ser respondido neste trabalho é que este auxílio deve ser estudado livre de intervenções ideológicas, considerando essencialmente sua essência e aplicabilidade, conforme será respondido nos capítulos a logo em seguida.

Por certo, a presente explanação não esgota a matéria, tampouco formula conceitos com nova estrutura sobre a temática, entretanto, chama para si, o dever acadêmico de expor e problematizar os fatos que cercam o assunto.

Diante no exposto é atribuído o aspecto cuja sociedade enxerga, o pagamento desse benefício aos “presos”, sem ao menos ter a real noção de quais são os critérios para o seu recebimento e quem verdadeiramente o recebem.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

A historiografia legislativa demonstra que o auxílio-reclusão foi benefício originalmente concedido ao segurado detento ou recluso que não percebesse quaisquer espécies de remuneração, desde que tivesse efetuado doze contribuições mensais, através da Lei nº 3.807 de 26 de agosto de 1960 – a Lei Orgânica da Previdência Social; e que foi sofreu algumas modificações até os dias atuais.

Após a Lei Orgânica da Previdência, a Consolidação das Leis da Previdência Social (Decreto nº 70.077/76), apontou que o auxílio seria devido apenas aos dependentes, se anteriormente pagas 12 contribuições mensais.

A primeira Constituição brasileira a tratar do auxílio-reclusão foi a Constituição da República de 1988.

Neste sentido, CRFB/88, estipulou a seguridade social que é um conjunto de ações destinadas a assegurar direitos mínimos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme previsão do artigo 194.

Ainda em análise do teor Constitucional, a redação original do artigo 201 dispunha que:

Art. 201: Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão; (...)

A luz do texto original da CR/88 foi editada a lei nº 8.213/91, que estipulava os planos de benefícios da previdência social, com menção direta do auxílio-reclusão, e condições semelhantes àquelas da pensão por morte.

A alteração mais que mais trouxe mudanças ao benefício em apreço, foi trazida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Nesta Emenda, o auxílio seria limitado exclusivamente aos dependentes de baixa renda, consoante se verifica na redação atual do artigo 201:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

O texto Constitucional é incontroverso quanto à possibilidade de concessão do benefício em comento, desde que os dependentes cumpram o requisito de ser baixa renda, logo, não apenas a função social a que se destina o auxílio é suprida, mas também a finalidade das políticas relativas à seguridade social, que na lição de Sérgio Pinto Martins:

“A ideia essencial da Seguridade Social é dar aos indivíduos e as suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte etc.), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, proporcionando meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas.” (MARTINS, Sergio Pinto. *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas, 2009)

3. ASPECTOS GERAIS DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

O regime previdenciário brasileiro em parte é custeado pelo governo e em outra pelos seus filiados, os chamados segurados, deste modo, o contribuinte será todo aquele que contribui com o sistema previdenciário, atuando como peça principal, sem a qual todo o regime ruirá.

A previdência social constitui-se em um programa de proteção social para momentos de curto e longo prazo, de contribuição obrigatória, que faz jus todo contribuinte em situações específicas, quando preenchidos os requisitos estipulados no regime geral; assim, somente pode ser amparado pela previdência o contribuinte que previamente colaborou com seu custeio.

No que se refere a previdência social, existem planos de benefícios com previsão na Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, que instituiu o regime geral de previdência social – RGPS (que inclui o auxílio-reclusão), e o regime facultativo complementar de previdência social.

Em se tratando dos conceitos de dependente e contribuinte, a diferença é óbvia, pois, enquanto este será todo aquele que se vincula ao sistema a partir da existência anterior de terceiro com a previdência, aqueles serão os mantenedores do sistema previdenciário.

Segundo regimento do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, todo e qualquer cidadão que comprove dependência econômica ou condição familiar, podem ser enquadrados na condição de dependentes e inscritos para recebimento de benefício e/ou até mesmo quitação de créditos.

3.1 DEPENDENTES

A proteção que é dada a essas famílias é importantíssima, visto que muitas dessas famílias estão em situação de miséria devido ao crime, em se tratando de que é sim um direito fundamental e humano, percepção de que há uma necessidade de quem recebe e uma possibilidade de quem paga (DE ALVARENGA, 2009).

Os dependentes são os que não contribuíram para receber o benefício, mas que nesse caso serão os beneficiados por estar em situação vulnerável no momento em que ocorra o fato gerador que seria a privação de liberdade do seu titular, ou seja, o contribuinte.

O INSS designa quais são considerados recebedores e suas classes.

Todo e qualquer cidadão que, em relação ao segurado do INSS se enquadre em um dos dois critérios básicos de dependência (econômica ou condição familiar), serão considerados "dependentes" e poderá ser inscrito para fins de recebimento de benefícios ou pagamento de resíduos. (Instituto Nacional do Seguro Social, 2019)

A legislação em vigor enumera os dependentes de segurado do INSS em ordem de prioridade conforme as três classes abaixo:

Primeiro: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

Segundo: os pais;

Terceiro: o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Então se instituí se não estiver nesse enumerado a cima não serão considerados dependentes para a Previdência Social logo não poderão fazer jus ao benefício.

Ainda no que se refere ao dependente, a necessidade de comprovação de vínculo com o segurado preso é incontroversa, afinal os valores devem ser pagos exclusivamente com a finalidade de proporcionar o mínimo para subsistência daquele que teve seu provedor recluso.

3.2 QUALIDADE DE SEGURADO

Como já fora informado em outro momento neste estudo para ter direito a todo e qualquer outro benefício da Previdência Social, se há de fazer necessária a contribuição mensal para esse regime geral.

Para a previdência existem dois tipos de contribuintes os contribuintes obrigatórios que são os: contribuintes individuais, empregados, empregados domésticos, trabalhadores rurais, trabalhadores avulsos e o não obrigatório que é o facultativo. Existe uma pequena diferença entre ambos os segurados que os obrigatórios necessitam de formalizam para as contribuições ou comprovar tal situação e o não obrigatório fica isento, pois o mesmo somente contribui para o recebimento de algum auxílio.

Como informa em doutrina os autores,

a filiação decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios e da sua inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 189).

As contribuições ensejam algumas regras que mesmo não havendo contribuição, o instituidor ele pode manter-se beneficiário dos benefícios do INSS, que seria a qualidade de segurado. Tratada no art. 15 da Lei 8.213/91 que diz:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício; II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração; III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória; IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso; V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço

militar;VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

Não necessariamente para receber benefício deverá ter contribuições mensais, mas se for a períodos elencados no artigo citado, o instituidor ficará segurado podendo solicitar algum benefício da Previdência Social, desde que comprove tal situação e os seus dependentes ficam assegurados.

Diante a MP 871/19 se no caso de contribuição teve alteração em relação a carência do benefício. A carência é a quantidade de contribuições que o recluso precisa ter para solicitação do benefício, com a modificação precisa-se ter 24 contribuições mensais sem interrupção.

Devido que antes da medida as contribuições poderiam ser pagas somente a metade que já reativaria a carência do benefício, podendo assim os dependentes o solicitar.

3.3 BAIXA RENDA ALTERADO PELA MP 871/19

O auxílio-reclusão considera essencialmente a situação crítica da família do trabalhador, de modo que sua concessão é iniciada no momento da privação da liberdade, independentemente de sentença, equiparando-se às condições da pensão por morte.

Conforme explanado em momentos anteriores, o auxílio em nenhuma hipótese será pago ao contribuinte (recluso), mas sim a seus dependentes, desde que, classificados como baixa renda.

Como se trata no decorrer do texto precisa ser dependente para receber o auxílio, já que o mesmo não vai ser pago ao contribuinte. E outra situação é a questão de o contribuinte ser de baixa renda como fora informado no art. 201, inc. IV, da CF "salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;"

A condição de baixa renda imposta pela Medida Provisória nº 871 merece atenção especial, pois ela implica que o valor do último salário de contribuição pago pelo contribuinte recluso deve ser igual ou inferior a R\$1.364,43 (mil trezentos e

sessenta e quatro reais e quarenta e três centavos), independentemente de contratos e atividades exercidas, perante o dependente não receber o auxílio.

3.4 MANUTENÇÃO E DURAÇÃO DO BENEFÍCIO ALTERADO PELA MP 871/19

O recebimento do benefício depende da apresentação de comprovante da condição de recluso (declaração de cárcere) no período de a cada 3 meses, sob pena de interrupção ou bloqueio do benefício. Não obstante, a suspensão também poderá decorrer de:

- I - fuga;
- II - se o segurado, ainda que privado de liberdade, passar a receber auxílio-doença;
- III - se o dependente deixar de apresentar atestado trimestral, firmado pela autoridade competente, para prova de que o segurado permanece recolhido à prisão; e
- IV - quando o segurado deixar a prisão por livramento condicional, por cumprimento da pena em regime aberto ou prisão albergue.

Conforme se extrai das condicionantes acima especificadas, é possível constatar que o auxílio não tem caráter definitivo, podendo variar segundo a condenação e a condição do dependente.

Não havendo tal comprovação o benefício será bloqueado ou cessado, conforme o período e a falta de reconhecimento do mesmo. Por ser um benefício de caráter provisório em algumas circunstâncias tem de ter a continuidade para o recebimento.

Na legislação em vigor antes da Medida Provisória 871 de 2019 que irá ser abordada em seguida, aplicavam-se os regimes penais semiaberto e fechado para solicitação do auxílio, pois, no regime aberto o recluso não fica mais privado de liberdade em nenhum momento, podendo assim trabalhar para manter a sua subsistência e de sua família.

No regime semiaberto como configura pena que dever ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo ser o condenado alojado em compartimento coletivo, observados os mesmos requisitos em relação a

salubridade de ambiente exigidos no cárcere artigo 91 da LEP (Lei de Execuções Penais).

Nesse caso por haver mesmo que por um menor período a privação de liberdade, tem uma indispensabilidade de ter esse benefício já que em muitos casos o preso mesmo trabalhando, não terá os mesmos benefícios que um trabalhador assalariado e deste modo muitos ainda voltam para as prisões em fins de semana ou após o seu expediente, ficando assim os dependentes desassistidos e vulneráveis a algumas situações.

Em caso do regime fechado as regras gerais estão elencadas (art. 34, do Código Penal) consistem, basicamente em: a) o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução, esse exame é obrigatório e é realizado pela Comissão Técnica de Classificação.

Os autores traduzem bem o encarceramento em regime fechado dizendo que FABRETTI e SMANIO 2019 o regime fechado caracteriza-se pela intensa vigilância do condenado e deverá ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média.

4. AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA MEDIDA PROVISÓRIA 871/19

A medida provisória é um ato praticado pelo Presidente da República como força de lei em caráter emergencial, para o suprimento de alguma falha ou regra em específico em que o Congresso Nacional consiga sua aprovação em imediato, de maneira que o Congresso Nacional para aprovação a uma necessidade de debate e aprovação.

O diante o exposto na visão do autor Lenza,

Nos termos do art. 62, caput, da CF/88, em caso de relevância e urgência, o

Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de

imediatamente ao Congresso Nacional. Assim, a MP individualiza--se por nascer apenas pela manifestação exclusiva do Chefe do executivo, que a publica no DOU (LENZA, 2018, p. 713).

Como para modificação na Constituição há um processo que em regra seria demorado chamado de Emenda Constitucional, e também é um feito praticado inicialmente pelo Presidente da República, por se tratar de poder constituinte derivado reformador ele há uma maior demora em seu tramite, pois a necessidade ser apresentada a um terço da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, caso seja necessário por mais da metade das assembleias legislativas dos Estados.

Em se tratando de matéria constitucional a mesma elenca em quais matérias poderá se adotar as modificações no artigo 62 da CF/88.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Em se tratando de alterações na Constituição pelas medidas provisórias, a de se entender que é constitucional, pois a mesma para que se tenha alguma modificação e debate em caráter emergencial precisa dessa diligência.

Entendendo-se de que a Constituição há uma necessidade de controle de constitucionalidade, pois a mesma para ser alterada qualquer parte tende ser recepcionada pelas cláusulas pétreas, então se configura que no artigo 62 pela questão da medida só se modificará qualquer elemento da Constituição nesses casos elencados.

Considerando que os liames da seguridade social estão incluídos no texto Constitucional, todas as alterações ocorridas obedeceram a determinado rito.

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 é denominada rígida por exigir um amplo e vagaroso trâmite nas Casas Legislativas para sua aprovação:

Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 – art. 60), em suma para qualquer processo de modificação legal precisa de votação tanto no senado como na câmara dos deputados. (DE MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 2003.)

As medidas provisórias são..., que segundo ensinamentos de Pedro Lenza:

a medida provisória é adotada pelo Presidente da República, por ato monocrático, unipessoal, sem a participação do legislativo, chamado a discuti-la somente em momento posterior, quando já adotada pelo executivo, com força de lei e produzindo os seus efeitos jurídicos. (LENZA, Pedro. Direito constitucional. Saraiva, 2011. p. 711)

Por deferir em caráter de urgência essa medida ela terá prazos de vigência e de duração, que, na atual regra será de 60 dias podendo ser prorrogada, segundo o artigo 62, §7º da CF/88 que expõe:

§7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

Para tal medida se faz necessário a votação que no Congresso Nacional, conforme lição de Alexandre de Moraes:

Para cada medida provisória será composta uma comissão mista integrada por 12 Senadores e Deputados e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos Líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade dos partidos ou blocos parlamentares em cada Casa, salvo na hipótese de medida provisória que abra crédito extraordinário à lei orçamentária anual (CF, arts. 62 e 167, § 3º), em que o exame e o parecer serão realizados pela Comissão Mista prevista no art. 166, § 1º, da Constituição. A Comissão Mista terá o prazo improrrogável de 14 dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucionais, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito e de adequação financeira e orçamentária... A Comissão poderá posicionar-se pela aprovação total ou parcial ou alteração da medida provisória ou pela sua rejeição; podendo, ainda, manifestar-se pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada. (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 32º edição, Ed. 2016.)

Após a apreciação das Casas, caso haja a sua alteração o Congresso Nacional, aprovando a medida provisória com alterações, estará transformando-a em projeto de lei de conversão, que será enviado, pela Casa onde houver sido concluída a

votação, à análise do Presidente da República, para que o sancione ou vete, no exercício discricionário de suas atribuições constitucionais.

Uma vez sancionado o projeto de lei de conversão, o próprio Presidente da República o promulgará e determinará sua publicação. E em caso de rejeição a medida perderá os seus resultados deixando assim em fulcro da casa em que a rejeitou a sua decisão de como irá se colocar as suas matérias jurídicas que foram atribuídas anteriormente (MORAES, 2016).

4.1 MODIFICAÇÕES DO BENEFÍCIO

Em relação a previdência social, e ao benefício em que se dedica-se esse trabalho, em Janeiro de 2019 pela medida provisória nº 871 houve alterações referentes a irregularidade, revisão, concessão de benefício previdenciário. Neste sentido, importante transcrever os artigos seguintes da referida medida provisória:

"Art. 80. O auxílio-reclusão será devido nas condições da pensão por morte, respeitado o tempo mínimo de carência estabelecido no inciso IV do caput do art. 25, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, pensão por morte, salário-maternidade, aposentadoria ou abono de permanência em serviço.

" Art. 27-A. Na hipótese de perda da qualidade de segurado, para fins da concessão dos benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez, de salário-maternidade e de auxílio-reclusão, o segurado deverá contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com os períodos integrais de carência previstos nos incisos I, III e IV do caput do art. 25." (NR).

Como foram expostas nos artigos citados as transformações feitas ao benefício traduz que o novo requerimento tem para sua solicitação a prioridade de se enquadrar em tal situação. Nos casos em que a qualidade de segurado caso

venha a ser perdida pelo instituidor deverá ser cumprida por foque total as contribuições de 24 meses.

Por a medida ser em um novo momento no governo brasileiro a de se entender que em relação à reforma da previdência viriam a se ter mudanças de caráter não somente emergencial, como ocorreu com a medida, quando se há uma mudança de governo em partes tende-se a ter cortes de gastos e até mesmo revisões em muitos setores para que haja um maior controle por parte do governo.

A medida teve a sua implantação e especulação estatal devido a ser invocada como “pente fino” no INSS, pois será a forma de ter controle e fiscalização de quem são os contribuintes do RGPS e de quem conseguirá receber benefícios previdenciários.

Como a medida fora implantada pelo Presidente em janeiro por sua vigência de 60 dias e podendo ser prorrogada por mais 60, no dia 03 de junho de 2019 amesma foi votada pelo Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal e aprovada, agora como Lei como cita a reportagem do site do Senado Notícias que (BRASIL. SENADO NOTÍCIAS, 2019) além de criar um programa de revisão de benefícios previdenciários, a MP exige cadastro do trabalhador rural e restringe o pagamento de auxílio-reclusão aos casos de cumprimento da pena em regime fechado.

Mudanças não somente no benefício aqui estudado, mas modificando as regras de vários outros, pois intervém na carência e qualidade de segurado, expressões primordiais a concessão de benefícios previdenciários.

Em face as modificações feitas na medida provisória os benefícios como auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, salário maternidade, e o benefício aqui estudado o auxílio-reclusão havendo a perda da qualidade de segurado, o segurado para solicitação dos mesmos terá de contribuir em ciclo integral de contribuição ou seja ter recolhimentos durante 24 meses. O art. 27-A da referida medida informa taxativamente que:

Art. 27-A. Na hipótese de perda da qualidade de segurado, para fins da concessão dos benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez, de salário-maternidade e de auxílio-reclusão, o segurado deverá contar,

a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com os períodos integrais de carência previstos nos incisos I, III e IV do caput do art. 25." (NR)

Referente às alterações da medida para o benefício auxílio-reclusão entende-se que ocasionará uma menor solicitação em relação aos que de direito o poderiam requerer (os dependentes), visto que a própria medida trouxe alterações significativas. Pois os instituidores que não tiverem as 24 contribuições mensais, qualidade de segurado e não estiverem em regime fechado de encarceramento não terão direito ao benefício.

Na mesma medida verificam-se que além do afunilamento a respeito da concessão dos benefícios previdenciários, poderá haver decréscimo na quantidade de beneficiários por causa da maior exigência das novas regras e através de mais revisões de concessão de benefícios, possivelmente, menos fraudes.

As revisões dos benefícios continuarão a ocorrer de forma "permanente" como se verifica no art. 69 da Lei 8.212/91 diz que instituto Nacional do Seguro Social - INSS manterá programa permanente de revisão das concessões dos benefícios por ele administrados, a fim de apurar irregularidades ou erros materiais.

A medida seguiu para sanção presidencial no dia 3 de junho de 2019, que será convertida em Lei em dias próximos, vale lembrar que essa medida foi veiculada na imprensa brasileira como necessária para combater as fraudes no sistema previdenciário e como início da reforma da previdência que deverá ocorrer ainda nesse ano de 2019.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que o auxílio-reclusão é fundamental para dar proventos ou sustento a família que ficou em situação de abandono em decorrência do encarceramento do indivíduo que outrora era o provedor da mesma. A idéia, então, é não deixar a família do preso desassistida financeiramente, a qual se vê privada da renda proveniente do seu trabalho, de cujo exercício fica impedido em razão da prisão.

O benefício deve ser estudado a fundo para conhecimento por parte da sociedade sem um viés ideológico, mas sim em sua essência e aplicabilidade por parte do órgão regulador (Instituto Nacional do Seguro Social), não deixando de ser menos importante que sua explanação seja tratada e abordada em mais um estudo que virá em ajuda a sua disseminação e conhecimento para quem não o conhece ou quem o criticar de forma irresponsável.

Tratado como um benefício previdenciário em que não é o contribuinte que está recluso que o recebe e sim o seu dependente devidamente comprovado não somente a sua relação de parentesco, e conjuntamente afetiva se for o caso.

É assegurado todo e qualquer benefício a quem contribui para a previdência social e seus dependentes ficam acobertados caso necessite de algum amparo. Mesmo que a sociedade o veja com discriminação e não de forma de subsistência para tantas famílias, em que os instituidores fiquem em cárcere de forma repentina a privação de liberdade, os proventos em seus lares são de suma necessidade.

Esse direito é assegurado aos reclusos não somente pela questão da legalidade, enquanto há o encarceramento uma família está sem o seu genitor(a), desamparada na questão não somente financeira mais social também.

Acaba que desmistifica a visão ampla do benefício como “Bolsa bandido” em que os presos recebem valores bem acima do mínimo sem ao menos fazerem jus ao recebimento. Sendo que conforme esta pesquisa ficou demonstrada que quem recebe o benefício são os dependentes, em relação a sobrevivência de sua família, que ficará por tempo indeterminado sem assistência financeira e familiar desse genitor que em muitos casos é o chefe de família.

Ressalta-se que com a recente aprovação da medida provisória nº 871/2019, que teve sua conversão em Lei aprovada pelo Congresso Nacional, traz muitas inovações e busca que sejam avaliados com mais rigor a concessão e contribuições dos segurados do INSS, para que fraudes e pagamentos indevidos não ocorram e que realmente aqueles que mais precisem sejam beneficiados, poderá dar mais eficiência a concessão dos benefícios previdenciários em geral, incluindo aqui, o auxílio-reclusão.

Portanto, a desmistificação ocorre quando a sociedade passa a conhecer tal direito, em face ao recluso e ver que, em suma, os seus dependentes são vulneráveis

e estão alheios aos motivos que levaram à prisão do chefe familiar (por exemplo) e os quais pela Lei estão amparados.

Assim, quebra-se o paradigma ou estigma de serem tidos como oportunistas e burladores do sistema previdenciário. De modo que no caso em questão os presos que outrora trabalhavam e contribuíram para a previdência social não o recebem diretamente, mas beneficiam suas famílias com um suporte financeiro que lhes é de direito.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. Auxílio Reclusão. 8 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/beneficios/auxilio-reclusao/>>. Acesso em: 10 maio 2019.

CASTRO, CARLOS ALBERTO PEREIRA DE; LAZZARI, JOÃO BATISTA. MANUAL DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÓDIGO PENAL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. BRASIL, 7 dez. 1940.

CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. BRASIL, 24 jul. 1991.

CONGRESSO NACIONAL. Medida Provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade, e dá outras providências. BRASIL, 18 jan. 2019.

BRASIL. SENADO NOTÍCIAS. Senado aprova MP que busca evitar fraudes no INSS. Brasília, DF, 3 jun. 2019. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/03/senado-aprova-mp-que-busca-evitar-fraudes-no-inss>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O Auxílio Reclusão como um Direito Humano e Fundamental. 2009.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo, SMANIO Gianpaolo Poggio. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas 2019.

LENZA, Pedro, Direito Constitucional. 22.ed. São Paulo: Saraiva 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto, Direito da Seguridade Social . 36 ed. São Paulo: Saraiva 2016.

MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional. 33 ed São Paulo: Atual 2016.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. BRASIL, 26 ago. 1960.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. BRASIL, 24 jul. 1991.

RAUPP, Daniel. Auxílio-reclusão: inconstitucionalidade do requisito baixa renda. Revista CEJ, v. 13, n. 46, p. 62-70, 2009.

SANTOS, Marisa Ferreira dos Santos, Col. Direito Previdenciário Esquematizado. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2016.

[1] Murilo Braz Vieira. Advogado, graduado em Direito pela PUC-Goiás (2004) e pós-graduado em Direito Público (EPD-SP) e Direito Constitucional (UFG). Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), Brasil (2015) Professor pela Faculdade Serra do Carmo, Brasil.

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: HISTÓRICO, DEFINIÇÕES E APLICABILIDADE

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA: Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: O presente artigo possui como objetivo explanar sobre o princípio da razoabilidade, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Serão abordadas considerações doutrinárias, previsão legislativa em tratados internacionais, distinções entre razoabilidade e proporcionalidade, bem como a importância do princípio em comento para o bom funcionamento da administração pública e como o mesmo legitima o controle da administração pública pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Princípio da Razoabilidade; Administração Pública; Controle da Administração; Direito Administrativo.

ABSTRACT: The purpose of this article is to explain the principle of reasonableness enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Doctrinal considerations, legislative prediction in international treaties, distinctions between reasonableness and proportionality, as well as the importance of the principle in the proper functioning of public administration and how it legitimizes the control of public administration by the Judiciary.

Keywords: Principle of Reasonability; Public administration; Control of Administration; Administrative law.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. Conceitos Doutrinários; 3.Previsão Legislativa; 4. Histórico da Razoabilidade; 5. Distinção entre razoabilidade e proporcionalidade; 6. Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, firmou um pacto com a sociedade brasileira, através da Assembleia Constituinte, no que tange a garantia dos direitos fundamentais e individuais, repudiando o passado de ditadura que se instaurou no país. Dessa forma, estabeleceu-se o marco inicial de uma nova etapa político-constitucional no Brasil. A partir do Artigo 5º da Carta Maior,

depreende-se, dentre outros, o princípio do devido processo legal e o princípio da razoabilidade, que tem reflexos na teoria constitucional e administrativa.

O princípio da razoabilidade constitui-se de imensa produtividade para o desenvolvimento de uma hermenêutica progressista da nossa Constituição, objetivando a cessação de arbitrariedades/discricionariedades realizadas pelo Poder Público.

Diante disso, a aplicação de normas abertas necessita de um freio à discricionariedade total, justificada pela necessidade de melhor atender as conveniências da administração e da coletividade. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é sensato. Então, não há como se falar em aplicação do direito, elaboração de normas, realização de atos administrativos e afins sem antes pensar no que seja razoável (e proporcional), pois ele(s) condicionam o justo e correto modo de agir dos administradores e administrados em uma sociedade

Em obediência a esse mandamento, as decisões têm de ser fundamentadas adequadamente, os fatos relevantes devem ser levados em conta, e devem, sobretudo, guardar proporção entre os meios e o fim a que se destina. Pelo critério da razoabilidade é que se busca a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma; é a congruência lógica entre as situações postas e decisões administrativas.

A partir de então, o trabalho mostrará detalhes acerca deste princípio, sua importância e aplicação no direito brasileiro, tendo em vista a garantia dos direitos fundamentais, objetivo primordial do Direito Administrativo.

2 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

A Razoabilidade é um dos princípios mais difíceis de se definir, tanto é que Lucas Furtado prefere não fazê-lo, apenas tentar descrever como ele pode ser aplicado na prática. Outros autores encontram dificuldade em distingui-lo do princípio proporcionalidade e por isso os consideram como sinônimos. Nas sábias palavras de Maria Sylvia Di Pietro (2008, p.71), "trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário". Esta definição nos apresenta como sendo o

princípio da razoabilidade um preceito do Direito Administrativo, ou seja, foge da corrente que afirma ser o princípio em estudo uma criação do Direito Constitucional.

Carvalho Filho (2012, p 36) nos diz que a razoabilidade é a qualidade daquilo que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocam a conduta possam dispor-se de forma pouco diversa; e complementa afirmando que a razoabilidade é subjetiva, ou seja, o que pode ser razoável para uns pode não ser para outros. Este autor frisa que o princípio da Razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade, pois se atuar fora desses padrões algum vício estará contaminando o comportamento estatal, o que significa dizer que não pode existir violação a tal princípio quando a conduta administrativa é totalmente revestida de ilicitude.

Já a renomada autora Fernanda Marinela (2012, p. 52) conceitua o princípio da Razoabilidade como sendo uma forma de proibir o administrador de atuar de forma despropositada ou tresloucada, quando, com a desculpa de cumprir a lei, age de forma arbitrária e sem qualquer bom-senso; nas palavras dela, trata-se de um princípio de proibição de excessos.

Marinela nos ensina que (2012, p. 52),

O princípio da razoabilidade não visa substituir a vontade da lei pela do julgador, visto que cada norma tem uma razão de ser. Entretanto, ele representa um limite para a discricionariedade do administrador, exigindo uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade legal do outro. Agir discricionariamente não significa agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. A lei não protege, não escampa condutas insensatas, portanto, terá o administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.

Esta explanação coaduna-se com a proferida pelo também doutrinador Bandeira de Mello (2013, p. 111), que nos diz que o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a

diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas; mas isso não significa que lhe seja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos. Para tornar mais claro, podemos utilizar o exemplo do supracitado autor Lucas Furtado (2013, p.100).

Consideremos que determinado servidor público federal, tendo se ausentado injustificadamente por uma hora do serviço público, foi punido com a pena de advertência (...). Duas semanas depois o servidor voltou a se ausentar sem qualquer justificativa ou consentimento de sua chefia. (...) a reincidência no cometimento de infração punível com advertência deve ser punida com suspensão, que será de um a 90 dias. No presente caso, consideremos que não houve qualquer outro prejuízo (...), poderia, ainda assim, a Administração aplicar ao servidor a pena de suspensão de 90 dias?

A partir deste modelo exemplificativo, o autor afirma que a resposta se encontra no princípio da Razoabilidade. Para ele, a pena de 90 dias de suspensão será incabível por ser desarrazoada, haja vista que o servidor ausente não provocou nenhum dano gravíssimo e nem possuía antecedente.

3 PREVISÃO LEGISLATIVA

A Constituição da República, com a Emenda Constitucional 45, veio consagrar o princípio da Razoabilidade como um corolário dos julgamentos do Poder Judiciário, seguindo a tradição do Pacto de San José da Costa Rica, e com estas influências o inciso LXXVIII do Art. 5º da Carta Magna passou a vigorar com a seguinte redação: "... a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável** duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Este inciso representa a intenção do constituinte derivado de ratificar a extensão da celeridade no âmbito judicial, na condição de garantia fundamental, sendo de incontestável aplicabilidade imediata como garantia do bom recebimento da prestação jurisdicional.

A Razoabilidade também pode ser encontrada no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e

fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso IV); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX).

O princípio da Razoabilidade também pode ser encontrado no artigo 29, §2º, segundo o qual “os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”.

4 HISTÓRICO DA RAZOABILIDADE

O Princípio Razoabilidade como conhecemos hoje basicamente se desenvolveu no Direito anglo-saxônico. A Razoabilidade, em sua evolução histórica se origina de um dos preceitos mais importantes para o Direito Ocidental, qual seja, o devido processo legal. Por isso, quando se estuda o histórico do princípio da Razoabilidade é imprescindível nos atermos também ao devido processo legal.

A Carta Magna inglesa é um dos documentos pioneiros que consolidam uma restrição ao poder do soberano perante seus súditos é, conquistada pelos nobres ingleses, auxiliados pelo arcebispo de Canterbury, junto ao rei João “Sem Terra”, em 15 de junho de 1215. Aqui se encontra o início da chama que mais tarde moveria revolucionários tanto em território francês como na própria Inglaterra. A Carta Magna tinha como objetivo reduzir os poderes do soberano e satisfazer os direitos individuais dos nobres detentores de fortuna e propriedades face ao Poder Público.

Este documento, escrito em latim para que tomasse serventia apenas aos barões e não ao povo, instituiu que “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país” Desta forma, os direitos pertinentes aos barões ingleses apenas poderiam ser restringidos mediante a observação da lei do país. Isso significa dizer que esses direitos naturais somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pela common law.

No entanto, este conceito somente veio a produzir com maior potencialidade seus efeitos quando de sua recepção pela Nova Inglaterra – que viria a se tornar os Estados Unidos. Utilizado com a finalidade de obstaculizar a intromissão da Coroa britânica nos negócios das treze colônias da América do Norte, a Magna Carta toma a feição pela qual ficará consagrada nos ordenamentos de todo o mundo: a garantia do *due process of law*, que mais tarde seria incorporada ao texto da Constituição resultante das batalhas pela independência americana.

O Bill of Rights inglês quando comparado a seus equivalentes norte-americanos, configura-se pragmático e de propósitos concretos e localizados, já as declarações de direitos norte-americanas, assemelhando-se ao estilo também encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, calcam suas bases no liberalismo econômico e no individualismo então reinante, transmitindo sua mensagem em linguagem universalista, e até mesmo por vezes demais abstrata.

As dez primeiras emendas aportadas ao texto constitucional americano inserem todo o conteúdo das Declarações de Direitos, formando uma espécie de Bill of Rights unificado. Deve-se destacar que o princípio do devido processo legal (*due process of law*) é finalmente revestido de tutela constitucional através da emenda n.º 5. Com o fim da guerra civil e a abolição da escravatura são editadas as emendas n.º 13, 14 e 15, visando a garantia das liberdades civis. Entretanto, cumpre ressaltar que a previsão da garantia do *due process of law* fez-se em um enunciado elástico, consoante os moldes do sistema de *common law*, onde a doutrina e principalmente o ato decisório do magistrado assumem papel de enorme relevância para a construção do entendimento e aplicação da norma.

No mundo moderno, três grandes fases marcaram a utilização da razoabilidade. Na primeira fase, que se afirmou com a Primeira Guerra Mundial e o desenvolvimento ulterior do intervencionismo econômico e social, a razoabilidade emergiu timidamente. Na segunda, que perdurou da Segunda Guerra Mundial até a década de 60, o princípio passou por um período de minimização. Na terceira fase, iniciada nos anos 60, surgiu um novo ativismo judicial, que desenvolveu a noção do controle da razoabilidade das decisões tomadas no exercício de competências discricionárias. A razoabilidade, então, passou a suscitar novo interesse e a conhecer uma estabilização em sua aplicação.

Desta forma, pôde o princípio da razoabilidade, que de início restringia-se a uma garantia de cunho processual, descer a águas mais profundas, passando a coibir os desmandos do Poder Público não somente quanto a sua estética processual, mas também quanto ao seu conteúdo, quanto ao mérito do ato estatal, pautando este nos parâmetros de razoabilidade e racionalidade.

5 DISTINÇÃO ENTRE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade são utilizados por parte da doutrina, representada por Maria Sylvia Di Pietro e Celso Antonio Bandeira de Mello, como sinônimos, assim como pela jurisprudência dos tribunais superiores que também tem equiparado os dois termos, como se verifica de trecho extraído de decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 95.685/SP:

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no artigo 5º, inciso LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público

No entanto, outra parcela da doutrina acredita na diferença entre estes dois princípios, tal como Humberto Ávila (2012, p. 173), que nos diz que a proporcionalidade implica a análise de um bem jurídico protegido por um princípio constitucional e da medida relativamente a um fim. E a razoabilidade, por outro lado, consiste na análise da constitucionalidade da aplicação de uma medida, não com base na relação meio-fim, mas com fundamento na situação pessoal do sujeito envolvido. Nesse aspecto, não se analisa apenas o bem jurídico protegido por um princípio constitucional e nem a medida em relação a um fim constitucionalmente previsto, mas a aplicação daquela medida para determinado indivíduo.

Além disso, os dois princípios também podem ser diferenciados a partir de 3 aspectos, quais sejam: a origem histórica, sua estrutura e a abrangência de aplicação. Quanto a origem histórica, a Razoabilidade se desenvolveu no direito anglo-saxônico, enquanto que a Proporcionalidade é desenvolvida pelos germânicos. No entanto, não há que se negar que um buscou a inspiração do outro, porém, cada qual resguardou aspectos culturais próprios.

Tratando-se de aspectos culturais próprios, a diferença se acentua na estrutura dos presentes princípios. Os povos germânicos (principalmente os alemães) são notadamente metódicos, objetivos e organizados em seu estudo. Desta forma, salta aos olhos que a Proporcionalidade tem uma estrutura mais objetiva (com o desenvolvimento dos três elementos) que a Razoabilidade. De fato, não há como negar que o Princípio da Proporcionalidade possui parâmetros mais claros para ser trabalhado no caso em concreto, enquanto que a Razoabilidade muitas vezes se confunde com a noção do que seria racional ou equilibrado em uma determinada circunstância (o que abre uma maior margem ao subjetivismo do julgador).

No que diz respeito à abrangência, a Razoabilidade tem como objetivo impedir a prática de atos que fogem à razão e ao equilíbrio do “pensamento comum”. Já a Proporcionalidade teria um campo de atuação maior: seria um verdadeiro parâmetro para se aferir a adequação e a necessidade de um determinado comando normativo no Ordenamento Jurídico. Desta forma, a Proporcionalidade seria uma espécie de “teste de fogo” para todas as normas que limitam direitos fundamentais.

É importante frisar também que razoabilidade possui papel fundamental no ordenamento jurídico de um país, pois serve para afastar leis e atos normativos desarrazoáveis e fornecer elementos de exclusão do momento, do meio de atuação, da dispensa de tratamento igual ou desigual ou de finalidade não compatível com o senso comum. Ao contrário da Proporcionalidade, a Razoabilidade não possui subprincípios, sendo, portanto, menos sistemática.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da razoabilidade é um dos grandes instrumentos para evitar abusos na atividade administrativa. Quando falamos a respeito desse princípio, devemos entender que mesmo quando o administrador público tem uma relativa liberdade de escolha em suas mãos, ele não pode tomar uma decisão irracional. Mesmo quando tal administrador possui discricionariedade, não se deve fugir dos padrões de normalidade. Esse princípio é uma decorrência natural do princípio da legalidade: mesmo existindo uma decisão desarrazoada da administração pública, tanto o poder judiciário como a própria atividade administrativa podem anular este ato administrativo irracional.

Luís Roberto Barroso ensina que o princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando não houver adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

O TRANSPORTADOR DE DROGAS ("MULA"): ASPECTOS CONTROVERTIDOS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

BRUNO PORANGABA RODRIGUES:
Advogado. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal da Bahia.

RESUMO[1]: O presente trabalho tem por objetivo analisar a figura do transportador de drogas, alcunhado de "mula", a partir de aspectos controvertidos existentes na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Transportador de drogas. Mula. Aspectos controvertidos. Análise jurisprudencial.

INTRODUÇÃO

Como bem observa Renato Brasileiro de Lima, controversa é a possibilidade de incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, às "mulas do tráfico", pessoas geralmente humildes recrutadas por organizações criminosas para fazer o transporte da droga e que, para isso, acabam por ingerir cápsulas de droga[2].

Tal controvérsia, a bem da verdade, não se situa apenas no plano teórico, isto é, na literatura jurídica brasileira; ao revés, a discussão ultrapassa os embates doutrinários e passa a ser rotina das persecuções criminais.

Ciente desse pernicioso contexto, o presente trabalho visa a contextualizar e refletir criticamente sobre os aspectos controvertidos envolvendo o transportador de drogas.

DESENVOLVIMENTO

Para melhor compreender os aspectos controvertidos envolvendo o transportador de drogas, faz-se necessário revisitar, inicialmente, a compreensão doutrinária a respeito da matéria. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima assevera que[3]:

Por mais que tais pessoas tenham consciência de que concorrem para a prática de um esquema de tráfico de drogas desenvolvido por determinada organização criminosa, dela

não se costumam ter maiores detalhes, geralmente recebendo informações apenas em relação ao responsável pela receptação da droga no local do destino. Logo, se restar evidenciado que concorreram par ao transporte de pequena quantidade de droga pela primeira vez, não se pode dizer que tais indivíduos se dedicam a atividades criminosas, nem tampouco que efetivamente integram uma organização criminosa, porquanto ausentes os requisitos da estabilidade e da permanência. Assim, é perfeitamente possível a aplicação da minorante do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, à denominada “mula ocasional”.

Por outro lado, ainda segundo a visão do ex-Defensor Público da União, caso haja comprovação de que a “mula” transportava grande quantidade de droga, através de remuneração, com despesas custeadas previamente, englobando uma “estrutura logística voltada à remessa de vultuosas quantidades de droga para o exterior a partir do Brasil, com o fornecimento de passaportes, hospedagem, dinheiro e outros bens ao transportador da mercadoria”, não seria possível aplicar o benefício do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, por restar caracterizado que o agente seria integrante de organização criminosa^[4].

Com as devidas e necessárias vênias ao posicionamento de que todas as “mulas” têm consciência de que estão concorrendo para um esquema, estruturado por determinada organização criminosa, de tráfico de drogas, a generalização do argumento pode levar ao Estado-Juiz a adotar interpretações equivocadas.

É que, ao partir dessa premissa, ignora-se a possibilidade (não remota) de que o recrutamento dessas “mulas” se efetive de maneira ardil, fraudulenta, viciada. Portanto, restando comprovada a existência de algum meio maculador da vontade do transportador de drogas, não parece razoável concluir pela integração – mesmo que reflexa – de organização criminosa, que, como inclusive destacou Renato Brasileiro, dela não se costuma ter maiores detalhes.

Essa guinada de entendimento permite que se confira relevância às provas existentes nos autos do processo criminal concreto, afastando-se o Estado-Juiz da premissa de que, em toda e qualquer ocasião, a “mula” integra uma organização criminosa e, via de consequência, o entendimento que vem prevalecendo no

sentido de que “se trata de pessoa dedicada à atividade criminosa e integrante de organização criminosa”[5].

Demais disso, Renato Brasileiro defende que se o indivíduo for flagrado com extensa quantidade e variedade de drogas haverá forte indicativo de que se trata de agente dedicado a atividades criminosas, por não ser normal que um traficante pequeno e ocasional dê início às atividades de traficância com tamanha quantidade e diversidade de drogas, e que, portanto, se beneficie da causa de diminuição de pena[6].

Parcela considerável da jurisprudência seguia essa linha de raciocínio, entendendo ser inaplicável a redução de pena nos casos em que o acusado fosse flagrado, por exemplo, com 1.915g de cocaína (STJ, 6ª Turma, HC 194.454/SP, Rel. Min. Og Fernandes, data de julgamento: 22/03/2011, DJ-e 11/04/2011), 1kg de crack e 5,6g de maconha (STJ, 6ª Turma, HC 174.547/SP, Rel. Min. Og Fernandes, data de julgamento: 17/02/2011, DJ-e 07/12/2011) e 2.070g de cocaína (STJ, 5ª Turma, HC 148.148/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, data de julgamento: 26/11/2009, DJ-e 15/12/2009)[7].

Ao que parece, todavia, o entendimento jurisprudencial vem se modificando, passando a não mais pressupor que o transportador de droga (“mula”) se dedica a atividades criminosas, além de relativizar a quantidade de drogas como critério para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 131795/SP, relatado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, no julgamento ocorrido em 03/05/2016, afastou a pressuposição de que a “mula” integra a organização criminosa, conforme transcrição do trecho do acórdão em referência, *in verbis*[8]:

A atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada “mula”, por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitiva ou de seu envolvimento com organização criminosa. Impõe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

Recentemente, a Segunda Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 136736/SP, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento ocorrido em 28/03/2017, evidenciou que a questão estava pacificada no âmbito daquela Corte, nos termos do trecho do acórdão, *in verbis*[9]:

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de a condição de mula, por si só, não revela a participação em organização criminosa. Precedentes.

Ao preencher todos os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado, o réu faz jus a aplicação da causa de diminuição em seu patamar máximo, de modo que qualquer decote na fração do benefício deve ser devidamente fundamentado. Dessa forma, não havendo fundamentação idônea que justifique a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em patamar inferior à fração máxima, a redução da pena deverá ser arbitrada na razão de 2/3.

Deve-se ressaltar que, no último aresto indicado, a acusada foi presa em flagrante portando 3,7kg de cocaína e, mesmo assim, como visto, a Cúpula do Poder Judiciário concedeu-lhe o patamar máximo da minorante, o que permitiu, inclusive, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Vê-se, com isso, que não se trata apenas de discussão teórica, mas sim de questões pragmáticas, que podem levar alguém a um regime mais severo ou mais brando, a depender de como se interprete a regra do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas.

Posteriormente, a Quinta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus n. 385226/SP, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, no julgamento ocorrido em 27/04/2017, acolheu o entendimento firmado majoritariamente pela Cúpula do Poder Judiciário brasileiro, no sentido de que a atuação como "mula" não induz, como consequência, à interpretação de que se integre organização criminosa, conforme excerto do acórdão adiante transcrito[10]:

Embora haja diversos julgados de ambas as Turmas deste Tribunal Superior nos quais se afirme não ser possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas na qualidade de "mula", acolho o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal sobre a

matéria, no sentido de que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que o sentenciado integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, para autorizar a redução da pena em sua totalidade. Precedentes do STF.

Diante do exposto, observa-se que o transportador de drogas, alcunhado de “mula”, não deve mais ser visto, necessariamente, como *longa manus* das organizações criminosas. O sentido interpretativo deve ser outro: a conclusão pela relação com determinada organização criminosa depende, inevitavelmente, do conjunto probatório coligido nos autos do processo criminal.

CONCLUSÃO

A discussão acerca da aplicação ou não da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, ao transportador de drogas representou uma das maiores controvérsias da lei de drogas nos últimos anos.

Apesar disso, o entendimento jurisprudencial mais recente sobre a situação do transportador de drogas (“mula”) é no sentido de conceder-lhes a causa especial de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, não mais se pressupondo a dedicação a atividades criminosas e relativizando-se a quantidade de drogas, artigos óbices para o seu reconhecimento.

REFERÊNCIAS

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____, QUINTA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 385226/SP**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de julgamento: 27/04/2017. DJ: 31/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71959930&num_registro=201700056524&data=20170531&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

___, SEGUNDA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 131795/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 03/05/2016. DJ: 17/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=100&dataPublicacaoDj=17/05/2016&incidente=4894665&codCapitulo=5&numMateria=71&codMateria=3>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

___, SEGUNDA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 136736/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 28/03/2017. DJ: 08/05/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=95&dataPublicacaoDj=08/05/2017&incidente=5042024&codCapitulo=5&numMateria=62&codMateria=3>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

NOTAS:

[1] O presente trabalho constitui um recorte, com modificações pontuais, da monografia do autor, cuja íntegra pode ser acessada pelo repositório institucional da Universidade Federal da Bahia, através do seguinte link: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28246>.

[2] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 759.

[3] Idem. Ibidem, p. 759.

[4] Idem. Ibidem, p. 759.

[5] Idem. Ibidem, p. 759.

[6] Idem. Ibidem, p. 758.

[7] No mesmo sentido, são oportunos os precedentes: STJ, 5ª Turma, HC 119.149/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, data de julgamento: 09/12/2008, DJ-e 02/02/2009; STF, 1ª Turma, RHC 94.806/PR, Rel. Min. Carmen Lúcia, data de julgamento: 09/03/2010, DJ-e 67 15/04/2010; STF, 1ª Turma, HC 103.118/SP, Rel. Min. Luiz Fux, data de julgamento: 20/03/2012, DJ-e 73 13/04/2012. Idem. Ibidem, pp. 758-759.

[8] STF, SEGUNDA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 131795/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 03/05/2016. DJ: 17/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=100&dataPublicacaoDj=03/05/2016&incidente=4894665&codCapitulo=5&numMateria=71&codMateria=3>>.

aPublicacaoDj=17/05/2016&incidente=4894665&codCapitulo=5&numMateria=71&codMateria=3>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[9] STF, SEGUNDA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 136736/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 28/03/2017. DJ: 08/05/2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=95&dataPublicacaoDj=08/05/2017&incidente=5042024&codCapitulo=5&numMateria=62&codMateria=3>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[10] STJ, QUINTA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 385226/SP**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de julgamento: 27/04/2017. DJ: 31/05/2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71959930&num_registro=201700056524&data=20170531&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 de maio de 2019.