

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 939

(Ano XII)

(04/01/2020)

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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

COLONISTA DA SEMANA



Lei n. 13.964/2019: rigor legislativo que liberta
03/01/2020 | Sidio Rosa de Mesquita Júnior 05

ARTIGOS

Contornos sobre a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público

03/01/2020 | Kaio César Queiroz Silva Santos 10

Da impenhorabilidade do bem de família: possibilidade de flexibilização do instituto no caso concreto

03/01/2020 | Ana Gabriela Tolentino de Melo Nogueira 19

Nova colonização: violação dos direitos humanos dos povos indígenas frente a exploração mineral.

03/01/2020 | Herika Sagica Silva 27

Por uma interpretação constitucional dos efeitos da decisão de extinção da punibilidade no processo penal brasileiro

03/01/2020 | Manfredo Braga Filho 82

Da usucapião extrajudicial ou administrativa

03/01/2020 | Evelton Barbosa da Silva Xavier 94

Piso salarial dos profissionais da educação básica pública: abordagem legal e jurisprudencial sobre a Lei nº 11.738/2008

03/01/2020 | Marcus Vinicius da Costa Paiva 100

A Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa como tutela de interesses difusos e coletivos: Repercussões práticas na jurisprudência

02/01/2020 | Kaio César Queiroz Silva Santos 112

Para a Constituição republicana brasileira, a prisão pena após condenação em 2º grau está de acordo com o princípio da não culpabilidade?

02/01/2020 | *Manfredo Braga Filho* 126

A judicialização do direito à saúde no Brasil

02/01/2020 | *Luciana Tonon de Almeida Toledo de Sa* 147

Os honorários advocatícios sucumbenciais em prol de advogados públicos

02/01/2020 | *Danillo Augusto Gomes de Moura e Silva* 160

Recursos hídricos em parques públicos, praças e espaços patrimoniais da área central de BH (1897-2017): tipologias, apropriações e discussões a partir de dezessete imagens no perímetro da Avenida 17 de dezembro

02/01/2020 | *Vagner Luciano de Andrade* 170

Nexo causal nos crimes econômicos de perigo abstrato

02/01/2020 | *Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior* 202

Divergência sobre o prazo de duração da medida de segurança no direito brasileiro

31/12/2019 | *Priscilla Ribeiro Paulino* 206

Da impossibilidade da criação de novas infrações penais imprescritíveis, seja por emendas à Constituição ou por tratados internacionais

31/12/2019 | *Manfredo Braga Filho* 212

Da necessidade de intimação pessoal da Fazenda Pública nos processos de autos físicos no âmbito do Juizado Especial Fazendário

31/12/2019 | *Danillo Augusto Gomes de Moura e Silva* 238

A apresentação espontânea de bem móvel, ainda que não localizado, e a interrupção da prescrição.

31/12/2019 | *Leonardo Toscano de Brito* 251

Morosidade da prestação jurisdicional no âmbito criminal

31/12/2019 | *Wendell Mikael Araujo Sandeski* 264

| | |
|---|------------|
| Cláusulas abusivas nos contratos de adesão nas relações de consumo | |
| <i>31/12/2019 Lindenbergh Silva de Oliveira Filho</i> | <i>275</i> |
| O regime diferenciado de contratações públicas: breves considerações | |
| <i>30/12/2019 Luciana Cavalcante Paim Machado</i> | <i>287</i> |
| O credenciamento pela Administração Pública e a viabilidade de convocação de entidades financeiras para pagamento de tributos via cartão de crédito e débito | |
| <i>30/12/2019 Danillo Augusto Gomes de Moura e Silva</i> | <i>309</i> |
| O regime sucessório de cônjuges e companheiros: inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil | |
| <i>30/12/2019 Caio Nunes de Barros.....</i> | <i>325</i> |
| As Cartas do Novo Código Processual Civil | |
| <i>30/12/2019 Marcus Vinicius Balbino de Oliveira</i> | <i>337</i> |
| Poder Constituinte: cláusulas pétreas e democracia | |
| <i>30/12/2019 Atos Henrique Fernandes</i> | <i>343</i> |
| A importância da agricultura familiar, enquanto produtora de alimentos e o reconhecimento formal da categoria no mundo do trabalho | |
| <i>30/12/2019 Amélia Maria Motta da Hora</i> | <i>353</i> |

LEI N. 13.964/2019: RIGOR LEGISLATIVO QUE LIBERTA

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:

Procurador Federal; Concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e Graduou-se em Direito (UniCEUB); Especialista em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); Mestre (UFPE) e Doutor em Direito (UNZL); Professor, Procurador Federal e Advogado; Autor dos livros "Prescrição Penal", "Execução Criminal: Teoria e Prática" e "Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006" (Editora Atlas); e de vários artigos jurídicos.

Inicialmente, gostaria de destacar que, recentemente publiquei artigo jurídico que se iniciou com a seguinte afirmação:

Todo governo ditatorial busca legitimar o seu "poder" por meio do Direito, a maior ficção em favor do poder usurpador que se pode conhecer. Mas, no afã condenatório, erra exageradamente. Uma prova do que se afirma é a nova redação do novo art. 122 do Código Penal, instituído pela Lei n. 13.968, de 26.12.2019, *in litteris*.^[1]

O mesmo artigo foi concluído com a seguinte afirmação:

Concluo afirmando que todo governo austero, tendente a uma ditadura, cuida primeiro de mudar a Constituição e as leis criminais. É o que se vê no presente governo.^[2]

Em meio às afirmações de parlamentares, filhos do atual Presidente da República, também deste, exaltando a ditadura,^[3] emergiu, durante a campanha Presidencial da atual legislatura, o Projeto de Lei n. 10.372/2018, de autoria de vários Deputados Federais.^[4] É denominado *Projeto Alexandre de Moraes* e de *Pacote Anticrimes*, hoje, *lei anticrimes*.

Neste artigo, nos ocuparemos da parte em que a lei que, segundo a sua ementa, pretende "Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal", se ocupa da Lei n. 8.072, de 25.7.1990. Com Alberto Silva Franco, denomino essa lei de *hedionda*, eis que pior do que os crimes que enumera.^[5]

No projeto de lei originário, o art. 2º altera o CPP para introduzir o art. 28-A, que agasalha o acordo de não persecução penal, vedando a sua incidência no caso crime hediondo ou assemelhado (§ 2º, inc. II). Na lei sancionada, tal vedação é inexistente.

Ainda no projeto originário, o art. 83, inc. V, do CP, passa a ter a seguinte redação:

V – cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo ou a ele equiparado (arts. 1º e 2º da Lei 8.072/1990), se o apenado não for reincidente específico em crimes desta natureza.

O referido inciso não consta da nova lei. Assim, ficam mantidos os rigores ao livramento condicional a agente de crime que não é hediondo – tráfico de pessoas -, haja vista a previsão legal.

A terceira referência à Lei n. 8.072/1990 que consta do projeto originário é do art. 7º, que altera o artigo primeiro da *lei hedionda*, tornando-a ainda pior ao introduzir:

Art. 1º. (...)

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

(...)

II – roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I), quando o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade (art. 157, § 2º, inciso V), quando da violência resulta lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º) ou quando a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido (art. 157, §4º).

III – extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, §3º);

(...)

IX – furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos os crimes de: genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentado ou consumado; posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, comércio ilegal de armas de fogo e tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (arts. 16, 17 e 18, respectivamente, da Lei 10.826, de 10 de dezembro de 2003), e organização criminosa voltada para a prática desses crimes (art. 2º da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013).

Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de metade da pena, se o apenado for primário, e de dois terços, se reincidente.[6][7]

A Lei n. 13.964, de 24.12.2019, publicada no mesmo dia, traz, no art. 5º, as seguintes alterações sobre a Lei n. 8.072/1990:

Art. 1º (...)

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

(...)

II - roubo:

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);

c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);

III - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º);

(...)

IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:

I - o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956;

II - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

III - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

IV - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

O art. 19 da nova lei preceitua: “Fica revogado o § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990”. Com isso, restaura-se a regra geral para progressão de regimes, qual seja, 1/6 de cumprimento da pena (Lei n. 7.210, de 11.7.1990, art. 112, *caput*).

A nova lei entrará em vigor no dia 23.1.2020, quando, então, muitos condenados presos terão a *novatio legis in melius (lex mitior)* em favor dos mesmos para imediata soltura porque cumprido 1/6 da pena poderão ser progredidos de regime (na maioria das comarcas o regime semiaberto é cumprido em prisão domiciliar), uma vez que simplesmente se revogou o § 2º do art. 2º da lei hedionda, sem inserir os rigores do projeto de lei original.

Em síntese, a Lei n. 13.964/2019 torna a *lei hedionda* ainda mais *hedionda*, isso porque amplia o rol de crimes hediondos, inserindo até crime em que a conduta preparatória constitui crime autônomo (art. 1º, parágrafo único, inc. V). Aumentou-se o rol dos crimes hediondos, mas a lei melhorou ao retirar os rigores para

progressão de regime, o que facilitará a administração prisional do país, permitindo a progressão de regimes, logo que a nova lei entrar em vigor, isso em favor de milhares de presos.

NOTAS:

[1] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Participação em suicídio. Novo crime formal e que pode não ser propriamente contra a vida. Teresina: Revista Jus Navigandi, Dez2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78705/participacao-em-suicidio-novo-crime-formal-e-que-pode-nao-ser-propriadamente-contra-a-vida>>.

Acesso em: 2.1.2020, às 1h38.

[2] Ibidem.

[3] CAMPOS, João Pedroso de. Doze vezes em que Bolsonaro e seus filhos exaltaram e acenaram à ditadura: Presidente, que nega ter havido golpe militar em 1964, disse ontem que “está sonhando” quem cogita um “novo AI-5”, como fez o filho Eduardo. vejaabril.com. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/doze-vezes-em-que-bolsonaro-e-seus-filhos-exaltaram-e-acenaram-a-ditadura/>>.

Acesso em: 2.1.2020, às 2h14.

[4] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.372, apresentado em 6.6.2018. Deputados Federais José Rocha (PR/BA), Marcelo Aro (PHS/MG) Wladimir Costa (SD/PA) et al. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: 2.1.2020, às 2h05.

[5] FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. *passim*.

[6] Ibidem.

[7] O Deputado Federal José Alves Rocha (PR-BA), quem assinou o PL n. 10.372/2018, relator da CPI do BNDES, também é um dos envolvidos na Operação Lava Jato.

CONTORNOS SOBRE A CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDER À NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

KAIO CÉSAR QUEIROZ SILVA SANTOS:

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2014.2). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (2018). Advogado inscrito na OAB/PE entre 2015 e 2019. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - TJPE.

RESUMO: Análise sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade de excepcional interesse público prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal de 1988. Para tal, há abordagem doutrinária e jurisprudencial, verificando o cabimento.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Agentes Públicos. Contratação para atender a necessidade de excepcional interesse público.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. LINHAS GERAIS SOBRE A CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. 2. ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA CONTRATAÇÃO DE PESSOAL EM RAZÃO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE INTERESSE PÚBLICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a regra de admissão de pessoal para o serviço público é por meio de concurso público de provas ou provas e títulos, na forma do art. 37, II da referida Carta. Contudo, deve-se enfatizar que o próprio texto constitucional previu exceções nesse contexto, a exemplo dos cargos em comissão, declarados em lei de livres nomeação e exoneração, além dos servidores temporários, em razão de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX).

Nesse sentido, o instituto da contratação temporária de tais agentes públicos se mostra, desde então, bastante controversa, vez que, na prática cotidiana da Administração Pública brasileira, a sua utilização foi sendo vulgarizada, utilizando-se para ocasiões não vislumbradas pelo constituinte. Em decorrência disso, persiste intenso debate sobre a extensão da necessidade temporária de excepcional

interesse público, além dos meandros a respeito do regime jurídico aplicável a esses agentes públicos.

Sob essa perspectiva, faz-se necessária a análise minuciosa do entendimento tanto da doutrina, quanto dos tribunais acerca da matéria, de modo a subsidiar a melhor compreensão dos aspectos correlatos.

1. LINHAS GERAIS SOBRE A CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

Apesar de a regra ser o concurso público quando a Administração Pública admite seu pessoal, a realidade administrativa revela práticas as quais, em certas ocasiões, distanciam-se, nesse particular, dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da legalidade. Tal constatação pode ser vislumbrada em razão da proliferação de cargos em comissão no âmbito de órgãos, entes e entidades da Administração, além da banalização do instituto da contratação temporária em virtude de excepcional interesse público.

Nesse contexto, deve-se destacar, conforme alerta o administrativista Carvalho Filho^[1], que tal disposição constitucional é de eficácia limitada, carecendo de disciplina infraconstitucional para irradiar seus efeitos integralmente. Desse modo, a aludida disciplina foi estabelecida pela Lei 8.745/1993, a qual esmiuçou as hipóteses de contratação temporária no âmbito da Administração Pública federal. Nesse tema, a dita lei exige que os profissionais a serem contratados sejam submetidos a prévio processo seletivo simplificado (art. 3º), ou seja, um procedimento mais simples que o concurso público.

No âmbito federal, por exemplo, a contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública prescindirá de processo seletivo.

Todavia, as hipóteses originalmente previstas foram ampliadas sucessivamente, daí sendo possível afirmar que a vulgarização dessa modalidade de admissão de pessoal não foi efetivada apenas pelo Poder Executivo, mas também pelo Legislativo. Nesse sentido, podem-se destacar as contratações de admissão de professor para suprir demandas decorrentes da expansão das instituições federais de ensino e de profissional de nível superior especializado para atendimento a pessoas com deficiência, situações que, *prima facie*, não comportam situação de excepcionalidade a justificar a burla ao princípio do concurso público.

Dessa maneira, no âmbito dos demais entes federados, percebe-se a multiplicação indevida de leis estaduais e municipais prevendo diversas hipóteses de contratação temporária, especialmente nos serviços públicos de saúde e educação, tão caros à população. Assim, utilizando tal expediente com remuneração e condições de trabalho, em regra, mais precárias quando comparadas às dos efetivos, resta comprometida a regular prestação do serviço público, além de constituir prática inconstitucional, eis que vulnera o princípio não só do concurso público, mas também da moralidade e da legalidade.

Nesse contexto, pode-se citar o exemplo de Lei proveniente do Estado de Goiás a qual disciplinou, dentre outros temas, a instituição de um Serviço de Interesse Militar Voluntário Estadual da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar daquele ente. Desse modo, no art. 9º, previu-se que a admissão de pessoal se daria por meio de seleção realizada por Comissão Multiprofissional a ser designada pelos respectivos órgãos de gestão de recursos humanos e financeiros.

Em decorrência disso, foi ajuizada a ADI 5163/GO, tendo sido declarada a inconstitucionalidade da referida lei, ante a violação ao art. 37, II da Constituição Federal perpetrada pela previsão genérica e abrangente de contratação temporária.

2. ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA CONTRATAÇÃO DE PESSOAL EM RAZÃO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE INTERESSE PÚBLICO

Preambularmente, deve-se destacar o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o regime jurídico a que estão submetidos os agentes públicos temporários. Segundo entendimento majoritário, a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho^[2] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[3], a contratação desse tipo tem natureza jurídica especial, *sui generis*, não se enquadrando como cargo público ou emprego público.

Essa discussão repercute, inclusive, na competência para apreciar os conflitos decorrentes de tal relação jurídica. Assim, considerando que não se trata de regime celetista, afastada está a competência da Justiça do Trabalho, vez que os tribunais consolidaram o entendimento no sentido de reconhecer que tais litígios devem ser apreciados pela Justiça Comum Estadual ou Federal, a depender do órgão, entidade ou ente públicos. É nesse caminho que tem decidido o STJ, conforme precedente seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE DIREITO E JUÍZO LABORAL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AGENTE DE PESQUISA. SERVIDOR TEMPORÁRIO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO ESTADUAL. PRECEDENTE: AGRG NO CC 126.906/PB, REL. MIN. NAPOLEÃO

NUNES MAIA FILHO, DJE 23.3.2015. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A parte autora reclama verbas trabalhistas supostamente não pagas durante o período de contrato temporário com o MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE/PB, como Agente de Pesquisa.

2. É assente nesta Corte que o recrutamento desse tipo de Servidor, com escora no art. 37, IX da CF, não revela qualquer vínculo trabalhista disciplinado pela CLT, sendo, portanto, da Justiça Comum a competência para dirimir questão de pagamento de verbas nestes casos.

3. Agravo Regimental do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a que se nega provimento.

(AgRg no CC 132.241/PB, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª SEÇÃO, julgado em 11/11/2015, DJe 18/11/2015).

Sob essa perspectiva, examinando o entendimento jurisprudencial a respeito, pode-se perceber que tal vínculo possui diversas peculiaridades, razão pela qual a doutrina denomina que há verdadeiro regime jurídico especial.

Conforme exposto no tópico anterior, os Poderes Legislativo e Executivo acabam vulgarizando a utilização da contratação temporária, ao admitir pessoal sem ter base na necessidade de excepcional interesse público. Em função disso, há intenso debate na doutrina e na jurisprudência a respeito das situações que o constituinte pretendeu permitir quando editou o art. 37, II da Constituição Federal.

Dito isso, o STF, em regime de repercussão geral, julgou o RE 658.026/MG, declarando a inconstitucionalidade de lei oriunda do Município de Bertópolis-MG, por disciplinar, em afronta à Constituição, sobre hipóteses de contratação temporária. Dessa maneira, é prudente transcrever a ementa do aludido precedente:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal.

Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”.

2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.

3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal.

5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para ‘cultura de gestão estratégica’) que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva.

6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social.

(STF - RE 658.026/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO. REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. DJe-214. DIVULG.: 30-10-2014. PUBLIC.: 31-10-2014).

Diante da clareza e da importância do julgado trazido, mostra-se fundamental a análise do item 3 da ementa acima, o qual revela os principais elementos que devem estar presentes quando da edição de leis ou contratação de pessoal temporário.

Assim sendo, preambularmente, a observância do princípio da legalidade é inafastável, vez que é princípio norteador da Administração Pública, além de o dispositivo constitucional que prevê a contratação temporária ser de eficácia limitada. Em seguida, considerando a temporariedade do dito vínculo, mostra-se necessário o prazo predeterminado da contratação, sob pena de convolar-se em ilegítima efetivação. Por sua vez, como o próprio art. 37, IX prevê, a necessidade deve ser temporária, baseada em interesse público excepcional. Por tal razão, a necessidade de contratação deve ser indispensável, não podendo ser direcionada à satisfação de serviços ordinários permanentes do Estado, para os quais deve ser observada a regra constitucional do concurso público.

Nessa mesma toada segue a doutrina majoritária, podendo-se citar o entendimento da professora Di Pietro^[4] sobre as hipóteses que o constituinte de 1988 pretendeu albergar no tocante à contratação temporária:

A título de exceção ao regime jurídico único, a Constituição, no artigo 37, IX, previu, em caráter de excepcionalidade, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, a possibilidade de contratação por tempo determinado. Esses servidores exercerão funções, porém, não como integrantes de um quadro permanente, paralelo ao dos cargos públicos, mas em caráter transitório e excepcional.

Portanto, perante a Constituição atual, quando se fala em função, tem-se que ter em vista dois tipos de situações:

1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; a Lei no 8.112/90 definia, no artigo 233, § 3o, as hipóteses em que o concurso era dispensado;

esse dispositivo foi revogado pela Lei no 8.745, de 9-12-93, que agora disciplina a matéria, com as alterações posteriores;

2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da Emenda Constitucional no 19, que “as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Com isso, fica explicada a razão de ter o constituinte, no artigo 37, II, exigido concurso público só para a investidura em cargo ou emprego. Nos casos de função, a exigência não existe porque os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender às necessidades emergentes da Administração, ou são ocupantes de funções de confiança, para as quais não se exige concurso público.

A discussão quanto aos dois tipos de função atualmente existentes é de fundamental importância, porque há uma série de normas constitucionais que, ao fazerem referência a cargo, emprego ou função, estão se referindo às funções de confiança e não à função temporária exercida com base no artigo 37, IX. Qualquer outra interpretação seria inaceitável, por não se compatibilizar com a transitoriedade e excepcionalidade dessas contratações.

Diante do texto transcrito, pode-se constatar que a contratação de agentes públicos temporários com base no art. 37, IX da Constituição Federal deve obedecer a diversos requisitos, a exemplo de lei formal dispendo sobre a necessidade efetivamente temporária. Tais critérios são justificados em função da excepcionalidade da admissão de pessoal sem concurso público, como determina o art. 37, II.

Dito isso, fica claro que os Poderes Executivo e Legislativo devem observar as hipóteses que a Constituição Federal pretendeu alcançar, não podendo contratar agentes públicos ou editar leis no sentido de incluir situações de absoluta normalidade institucional. Isso porque, em ocasiões tais, o procedimento comum de recrutamento por meio de concurso público poderia ser feito sem qualquer lesão a interesse público e à necessidade da Administração Pública. Desse modo, não se pode olvidar que o princípio da supremacia do interesse público, além da inarredável observância aos princípios vazados no *caput* do art. 37 da Constituição, impõe essa conduta ao administrador, não estando tal situação na margem de discricionariedade deste.

CONCLUSÃO

Diante de tudo exposto, viu-se que a Constituição Federal de 1988 previu, em seu art. 37, II, a regra de admissão de pessoal para a Administração Pública por meio de concurso público de provas ou provas e títulos. Contudo, trouxe ressalva, no art. 37, IX, possibilitando a contratação de natureza diversa em função de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Nesse contexto, abordou-se o panorama de tais contratações temporários no âmbito da Administração Pública brasileira, especialmente no tocante às disposições dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sobre o tema, o qual tem sido objeto de relevante controvérsia. Assim, em análise de julgados do STF, ficou clara a necessidade de observância a diversos requisitos para a contratação temporária ser constitucional, a exemplo da legalidade, do prazo predeterminado da contratação temporária e da efetiva necessidade temporária, baseada em interesse público excepcional. Dessa maneira, é certo que o cumprimento de tais requisitos é fundamental para justificar a exceção ao princípio do concurso público.

Ademais, foram trazidos, também, elementos doutrinários acerca do tema, sobretudo em relação ao regime jurídico a que estão submetidos esses agentes públicos temporários, qual seja, regime jurídico especial, não se enquadrando como cargo público, tampouco como emprego público. Tanto é que, segundo entendimento jurisprudencial, a competência para apreciar demandas decorrentes de tais relações jurídicas é da Justiça Comum.

Sob essa perspectiva, o instituto da contratação temporária em razão de excepcional interesse público constitui importante instrumento à consecução das finalidades atribuídas à Administração Pública. Todavia, assim como toda a atuação pública, devem-se respeitar, além dos princípios norteadores da Administração Pública previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o caráter de excepcionalidade pretendido pelo constituinte, razão pela qual essa modalidade de contratação deve ser efetivada com cautela, sob pena de vulneração do princípio do concurso público.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos - . **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 111-118, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43860/44719>>. Acesso em: 07 Dez. 2017.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Servidor público - Contratação temporária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 457-462, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43877>>. Acesso em: 08 Dez. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43877>.

NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 403.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 626-630.

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 572-574.

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 573-574.

DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA: POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO INSTITUTO NO CASO CONCRETO

ANA GABRIELA TOLENTINO DE MELO NOGUEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB
- Advogada.

1. Introdução

É consensual a ideia de que o objetivo da execução é satisfazer o exequente. Quanto a isso, não há controvérsias. Ocorre que, conforme dispõe o art. 805 do Novo Código de Processo Civil^[1], é necessário observar, nas execuções, o princípio da menor onerosidade possível, ou seja, quando houver mais de um meio para satisfação do crédito, a execução deverá ser realizada de modo a causar o mínimo de sacrifício possível ao devedor. Tal princípio demonstra uma preocupação do sistema processual para que os procedimentos executivos ocorram de forma humanitário, de modo a respeitar a dignidade do executado.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na lei 8.009/90, passou a proteger o imóvel residencial próprio da entidade familiar ao dispor sobre a impenhorabilidade do bem de família, com o intuito principal de proteger o direito constitucional à moradia, que reflete na dignidade acima mencionada.

Na prática, vez por outra essa questão volta a ser discutida nos Tribunais para saber se, diante da situação fática apresentada, a regra da impenhorabilidade poderá ser afastada.

Assim, o presente artigo tratará brevemente sobre o instituto da penhora, trazendo seus conceitos e aspectos mais gerais para, em seguida, abordar especificamente sobre a impenhorabilidade do bem de família e, por fim, trazer algumas exceções a tal impenhorabilidade, com base no posicionamento jurisprudencial, especificamente do STJ.

2. Conceito de penhora, natureza jurídica e seus efeitos

A penhora, *stricto sensu*, é um ato de constrição ou afetação de parte do patrimônio do devedor para um processo de natureza de execução, seja de título judicial de cumprimento de sentença ou de título extrajudicial de execução. Nas palavras de Alexandre Câmara^[2], a utilização dos bens pode ser:

direta (que se dá quando o próprio bem apreendido é entregue ao exequente a título de pagamento da dívida, por intermédio de uma técnica de expropriação chamada adjudicação) ou indireta (que ocorre nos casos em que o bem penhorado é expropriado e transformado em dinheiro, usando-se esta verba, obtida com a alienação do bem penhorado, para pagar o credor).

Embora haja controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica da penhora, no Brasil predomina o entendimento que ela tem natureza jurídica de ato executivo. Isso significa dizer que só cabe penhora em execução, jamais em processo de conhecimento ou cautelar, por exemplo. Caso haja constrição de bens nesses processos, tratar-se-á de ato de constrição diverso da penhora.

Quanto aos efeitos, a penhora produz três efeitos processuais e dois efeitos materiais.

Um dos efeitos processuais é a garantia do juízo, ou seja, assegurar que os bens reservados sejam suficientes para satisfazer o executado. Em outras palavras, podemos afirmar que se considera garantido o juízo quando os bens penhorados possuem valores iguais ou excedem o valor que está sendo executado.

Além do efeito de garantia do juízo, a penhora ocasionará a individualização dos bens que irão suportar a execução. Enquanto antes o devedor respondia com a totalidade de seus bens, a partir da individualização, a atividade executiva recairá apenas sobre o valor do débito. Por exemplo, caso o débito do executado seja de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e seu patrimônio seja de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), antes da individualização ele responde, em regra, com todo o seu patrimônio. Após a penhora, haverá a constrição dos R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e o restante do patrimônio, de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), está liberado em relação aquela obrigação objeto da execução.

O terceiro efeito processual consiste em gerar o direito de preferência. Quando não houver preferência legal entre credores e sobre o mesmo bem incidir mais de uma penhora, a preferência na satisfação do crédito será dada aquele exequente que constituiu a primeira penhora, a fim de beneficiar, em regra, o credor mais diligente.

Quanto aos efeitos materiais, ou substanciais, tem-se que a penhora retira do executado a posse direta do bem, que passará a ser do Estado. Ainda que o próprio executado seja o depositário do bem penhorado e

permaneça, neste caso, com o bem, ficará privado do uso, pois estará atuando como mero auxiliar eventual da justiça, sendo, portanto, apenas mero detentor do bem.

Por fim, o segundo efeito material consiste em tornar ineficazes os atos posteriores de alienação ou de oneração de bem. Detalhe importante é que, para que a penhora produza tal efeito, é necessário que ela tenha sido averbada no registro do bem.

3. Da impenhorabilidade dos bens de família

Há duas espécies de bem de família, quais sejam: a legal e a convencional. Antes de adentrar ao tema propriamente dito, é importante conceituar o que se entende como bem de família. Para tanto, adotaremos a conceituação de Paulo Lobo:

Segundo Paulo Lôbo^[3]:

é o imóvel destinado a moradia da família do devedor, com os bens móveis que o guarnecem, que não pode ser objeto de penhora judicial para pagamento de dívida. Tem por objetivo proteger os membros da família, que nele vivem da constrição decorrente da responsabilidade patrimonial, que todos os bens econômicos do devedor ficam submetidos, os quais, na execução, podem ser judicialmente alienados a terceiros ou adjudicados ao credor.

Ainda nesse sentido, é importante salientar que o STJ^[4], em entendimento sumulado, ampliou o conceito, ao mencionar, na súmula 364 que "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

Nota-se, portanto, que segundo o STJ, o bem de família não se restringe, como defendiam alguns, apenas aqueles decorrentes de casamento ou união estável, por exemplo.

Quanto à impenhorabilidade legal, vejamos o que está contido no art.

1º da lei 8.009/90^[5], abaixo transcrito:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Já a impenhorabilidade do bem de família convencional encontra-se prevista no Código Civil, art. 1.711¹⁶¹, que dispõe que “podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família”.

Passadas estas análises, e sabendo que, em regra, prevalece o direito à moradia sob o de crédito, passaremos a analisar as situações em que a impenhorabilidade poderá ser flexibilizada, a depender do caso concreto.

4. Da possibilidade de flexibilização do instituto no caso concreto

Recentemente, o STJ decidiu que não se pode considerar que o bem de família seja inalienável quando foi da vontade de seu proprietário dá-lo como garantia. Isto porque é princípio básico das relações contratuais a presença da boa-fé entre os contratantes. Logo, não é razoável que o contratante possa oferecer seu bem de família como garantia fiduciária, para, propositalmente, alegar a impenhorabilidade do mesmo para auferir vantagens.

Quando um bem imóvel é espontaneamente oferecido como garantia, há ciência por parte do praticante do ato que, caso ele fique em mora, corre o risco de perder o bem. Ora, se sabendo disso ele oferece seu bem de família, inexistente ofensa à lei nº. 8.009/90. Se o devedor o fez com o intuito de anular, posteriormente, a constrição imposta ao bem para obter benefícios, há notória violação da boa-fé objetiva, que não deve ser tolerada por estar em desconformidade com o ordenamento jurídico como um todo. Vejamos abaixo a ementa do REsp 1.560.562¹⁷¹, que tratou do caso:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ALIENAÇÃO

FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE.

CONDUTA QUE FERRE A ÉTICA E A BOA-FÉ. 1. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família.

2. Ação ajuizada em 23/08/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é dizer se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 4. **A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais.** 5. **Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnando pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório).** 6. **Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais.** 7. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário. 8. Não se pode concluir que o bem de família legal seja inalienável e, por conseguinte, que não possa ser alienado fiduciariamente por seu Documento: 1807304 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 04/04/2019 Página 1 de 6 Superior Tribunal de Justiça proprietário, se assim for de sua vontade, nos termos do art. 22 da Lei 9.514/97. 9. Recurso especial conhecido e não provido. *(grifos nossos)*

Outra hipótese em que a impenhorabilidade poderá ser desconstituída diz respeito a fraude à execução. O STJ, em sede de Recurso

Especial 1.575.243^[8], definiu que a alienação do único imóvel dos executados a um de seus parentes era causa de afastamento da impenhorabilidade. A ministra Nancy Andrighi defendeu que, se o intuito do executado ao alienar o bem era impedir o pagamento do débito, restaria configurada a fraude à execução, em manifesta violação à boa-fé objetiva, bem como evidente abuso de direito.

5. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que, embora o direito à moradia seja de suma importância, sendo garantido, inclusive, constitucionalmente, por refletir na dignidade da pessoa, não se trata de um direito absoluto do devedor. É preciso analisar detalhadamente o caso concreto para decidir se o que irá prevalecer é a impenhorabilidade do bem de família do executado ou se será o direito ao crédito do exequente. A regra é que se proteja o direito à moradia, mas cabe ao julgador ponderar, com muita cautela, a narrativa do caso, bem como as provas apresentadas em juízo, a fim de verificar se houve abuso de direito ou má-fé por parte do devedor. Nestes casos, quando houver notória violação da boa-fé objetiva, a garantia de impenhorabilidade do bem de família será afastada, não sendo permitido, com isso, que o devedor se beneficie da própria torpeza.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Thomas Ubirajara Caldas de. **A impenhorabilidade do bem de família sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça: Contornos sobre a flexibilização da impenhorabilidade por abuso de direito e violação ao princípio da boa-fé.** Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53293/a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-sob-a-tica-do-superior-tribunal-de-justia-contornos-sobre-a-flexibilizacao-da-impenhorabilidade-por-abuso-de-direito-e-violao-ao-principio-da-boa-f>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.** Senado Federal, 29 de março de 1990; 169º da Independência e 102º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm. Acesso em: 23/09/2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União: Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República.]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 364. Disponível em: <http://https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 24/09/2019.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 5ª edição Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019

GINO, Bruna Carolina Sia. Impenhorabilidade do bem de família - uma regra que comporta exceções. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261274,11049-> Impenhorabilidade de+do+bem+de+familia+uma+regra+que+comporta+excecoes. **Acesso em: 14 out. 2019.**

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STJ. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1560562 – SC 2015/0254708-7.** Relator (a): MINISTRA NANCY ANDRIGHI. DJe 02/04/2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1807304&num_registro=201502547087&data=20190404&formato=pdf Acesso em: 10/10/2019

STJ. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1575243 / DF 2015/0093616-3.** Relator (a): MINISTRA NANCY ANDRIGHI. DJe 02/04/2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1671937&num_registro=201500936163&data=20180402&formato=HTML Acesso em: 10/10/2019

NOTAS:

^[1] Art. 805 do Novo CPC: Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

[2] CÂMARA, Alexandre de Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 5ª edição Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Atlas Ltda, p. 385, 2019

[3] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 358, 2014.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 364. Disponível em: <http://https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 24/09/2019.

[5] BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família**. Senado Federal, 29 de março de 1990; 169º da Independência e 102º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm. Acesso em: 23/09/2019.

[6] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

[7] STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1560562 – SC 2015/0254708-7. Relator (a): MINISTRA NANCY ANDRIGHI. DJe 02/04/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1807304&num_registro=201502547087&data=20190404&formato=pdf Acesso em: 10/10/2019

[8] STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1575243 / DF 2015/0093616-3. Relator (a): MINISTRA NANCY ANDRIGHI. DJe 02/04/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1671937&num_registro=201500936163&data=20180402&formato=HTML Acesso em: 10/10/2019

NOVA COLONIZAÇÃO: VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS FRENTE A EXPLORAÇÃO MINERAL.

HERIKA SAGICA SILVA:

Bacharelanda no curso de Direito do Centro de Ensino Superior do Amapá.

Ms. KARLA C. ANDRADE FERREIRA

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho refere-se sobre a nova colonização e a violação dos direitos humanos dos povos indígenas devido ao desenvolvimento da exploração mineral, tendo em vista o princípio da dignidade humana e o direito à terra. Utilizou-se para o desenvolvimento do trabalho o método explicativo, sendo os objetivos uma análise geral de causa e efeito para demonstrar a ocorrência de um fenômeno particular, iniciando-se com o estudo da evolução dos direitos dos povos indígenas. Abordou-se também a evolução legislativa do da exploração mineral e sua repercussão nas terras indígenas, por fim, são apresentados conceitos sobre indígena, princípio da dignidade da pessoa humana, direito a terra e concluindo sobre os impactos que a exploração mineral causa aos povos indígenas em seus direitos constitucionais. Concomitantemente, foram usadas as técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e hipotético-dedutivo, sendo realizadas consultas a livros, periódicos, artigos, legislação, doutrina e jurisprudência nacionais. O objetivo foi comprovar as dificuldades de preservar tais direitos, sendo que o impacto da exploração mineral nas terras indígenas impacto de modo social assim ferindo a dignidade da pessoa humana desses povos.

Palavras –chaves: Povos Indígenas, Exploração Mineral, Direitos Humanos, Dignidade Pessoa Humana, Território.

ABSTRACT: The present work deals with the new colonization and the violation of the human rights of indigenous peoples due to the development of mineral exploitation, in view of the principle of human dignity and the right to land. The explanatory method was used for the development of the work, and the objectives were a general cause and effect analysis to demonstrate the occurrence of a particular phenomenon, starting with the study of the evolution of the rights of indigenous peoples. The legislative evolution of the mineral exploration and its repercussion in the indigenous lands were also approached. Finally, concepts about indigenous, principle of the dignity of the human person, right to land are presented and concluding on the impacts that the mineral exploitation causes to the

indigenous peoples. in their constitutional rights. Concomitantly, the techniques of bibliographic, documentary and hypothetical-deductive research were used, and consultations were made to books, journals, articles, legislation, doctrine and jurisprudence. The objective was to prove the difficulties of preserving such rights, and the impact of mineral exploitation on indigenous lands socially impacts the human dignity of these peoples.

Key words: Indigenous Peoples, Mineral Exploration, Human Rights, Human Dignity, Territory.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS. 2.1 DA COLONIZAÇÃO A NOVA COLONIZAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 2.2 DOS DIREITOS HUMANOS E OS POVOS INDÍGENAS: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO E REGULAMENTAÇÃO. 2.2.1 ORGANIZAÇÕES PRIVADAS E SEM FINS LUCRATIVOS. 2.3 ANÁLISE ENTRE CONVENÇÃO Nº169 OIT, ESTADO E POVOS INDÍGENAS. 3 EXPLORAÇÃO MINERAL. 3.1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO MINERAL NO BRASIL. 3.2 EXPLORAÇÃO MINERAL EM TERRAS INDÍGENAS. 4. EM TERRA DE ÍNDIO, A MINERAÇÃO BATE A PORTA,: ANÁLISE DOS IMPACTOS SOCIO JURIDICOS DA EXPLORAÇÃO MINERAL AOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS. 4.1 OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. 4.2 O QUE É SER INDÍGENA? 4.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4.3 DIREITO AS TERRAS. 4.4 IMPACTOS DA EXPLORAÇÃO MINERAL PARA O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO TERRITÓRIO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

“O desenvolvimento econômico de um país nada representa se este país não alcança também o desenvolvimento social de seu povo. Infelizmente no Brasil, os grupos econômicos é que determinam a vida ou a morte de um povo. Constantemente nossos índios são transferidos de suas terras férteis para terras saturadas, cerrados miseráveis, simplesmente porque o homem aos poucos vai perdendo tudo o que de bom e honesto existia dentro de si, para dar lugar à ambição, ao desejo irrefreável de ganhar dinheiro, quando o que vale na vida não são os bens acumulados, mas aquilo de válido e útil que deixamos para os que ficam. Ao morrermos não levamos nada material, o que ficará serão nossas atitudes, nossas palavras, o amor que dedicamos ao homem, este império incomensurável de grandezas e mistérios”. (Apoena Meirelles.

Simpósio sobre o futuro dos índios Cinta Larga, Cuiabá, 1986).

1 INTRODUÇÃO

No Brasil nos mais de 500 anos que marca sua história de colonização a exploração mineral em áreas indígenas torna-se um problema, gerando conflitos entre garimpeiros, empresas exploratórias e as comunidades indígenas

Desta forma, a delimitação temática da pesquisa é o estudo sobre a violação dos direitos humanos dos povos indígenas frente a exploração mineral no Brasil e como este impacta o princípio e direito garantidos na Constituição Federal de 88.

Os interesses envolvidos são diversos sendo o objeto de estudo multifacetado, fazendo interface com as áreas jurídicas: antropologia, ambiental, direitos humanos e internacional.

Portanto, buscou-se reunir dados e informações bibliográficas com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: De que forma a exploração mineral em áreas indígenas fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao território?

A evolução do Direito principalmente o indígena se deu por meio da consolidação dos direitos fundamentais e a universalização dos direitos humanos por meio de Convenções, Declarações e Tratados internacionais, revelando uma nova conjuntura, permeada pela ideia do processo de descolonização e construção de uma sociedade multicultural e democrática. A Constituição brasileira, ao adotar esse posicionamento, reconhece os direitos indígenas.

O presente estudo tem por objetivo analisar como a exploração mineral viola os direitos humanos dos povos indígenas na conjuntura do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao território. De como há por parte do Estado dificuldade em preservar tais direitos, e que pela grande expansão demográfica do Brasil as riquezas minerais atraem grandes empresas mineradoras que tem sua cobiça impedida pelos povos indígenas viventes nessas terras, no qual esses veem seus direitos diminuídos pela ideia de expansão econômica, chegando ao ponto que se pode chamar de nova colonização.

O foco da pesquisa é analisar os fatores que dificultam a plena efetividade desse mandamento constitucional pelo governo, analisar o impacto que a atividade de exploração mineral causa aos povos indígenas

Para o alcance deste foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: primeiramente descrever a evolução dos direitos indígenas no Brasil, sua evolução em tratados internacionais de Direitos Humanos e mecanismos de salvaguarda destes direitos, logo após apresentar o contexto histórico da legislação sobre exploração mineral e, por fim, constatar os impactos que a exploração mineral na violação os direitos humanos dos povos indígenas tendo como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao território, incluindo discussão sobre uma possível superação as divergências em torno do tema.

Em suma esta pesquisa justifica-se no atual cenário político, econômico e social em apresentar como a exploração mineral no Brasil fere/viola os direitos humanos dos povos indígenas, o grande impacto que causa frente a dignidade da pessoa humana e o direito ao território e apontar as dificuldades de preservar e fiscalizar a plena efetividade desse mandamento constitucional.

Um tema de interesse do estado, empresas mineradoras, povos indígenas e entidades/ organizações representativas e defensoras dos direitos humanos e socioambiental e da sociedade em geral.

O presente trabalho utiliza a abordagem da pesquisa explicativa, que não se preocupa com os números e sim com o aprofundamento e de como ela é compreendida pelas pessoas, com foco no caráter subjetivo de causa e efeito, sua relevância acadêmica se faz necessária no desenvolvimento de proporcionar uma reflexão jurídica sobre o tema, como também o método hipotético-dedutivo.

Trata-se de um estudo bibliográfico sendo realizada uma análise através da leitura e interpretação do material obtido em fontes secundárias tais como: documentos, livros, revistas periódicas, monografias, dissertação e em meio eletrônico, buscando trazer como contribuição uma síntese dos estudos existentes acerca do tema, elucubração sobre o atual cenário da atividade minerária e seus reflexos para os povos indígenas.

Nesse sentido há um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que a mineração é considerada uma atividade econômica importante no contexto nacional, contribuindo para o crescimento econômico de diversas regiões, também pode ser uma atividade geradora de aspectos negativos em nível local, responsável por grandes impactos socioambientais.

O objeto de estudo no primeiro momento pretende-se realizar uma análise em dois níveis: primeiro um breve histórico da colonização e seus impactos aos povos indígenas, traçando um paralelo com o termo nova colonização e após uma retomada sobre a história legislativa brasileira desde o período colonial, destacando os principais marcos de reconhecimento de direitos propriamente indígenas

associados a ideia de direitos humanos, sem perder de vista as políticas integracionais sistematicamente adotadas pelo estado brasileiro.

No segundo capítulo traz como exposição um breve histórico sobre a exploração mineral, análise sobre a exploração mineral em terras indígenas e seus impactos socioambientais.

E no terceiro capítulo traz informações sobre os povos indígenas no Brasil, e após o um panorama do que é ser indígena, assim como conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, direito ao território e expondo os impactos que a exploração mineral causa aos princípios constitucionais dos povos indígenas.

Por fim, a despeito do incremento das obras literárias referentes aos povos indígenas, são escassas sendo raros os estudos sobre o efeito da exploração mineral. Destarte, relevante a realização de um trabalho que demonstre a efetividade da proteção os direitos basilares humanos, enquanto política pública.

2 DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS

A perspectiva das diversas lideranças governamentais, em respeito aos direitos dos povos indígenas, historicamente, quase sempre, foi imaginadas no sentido de eliminá-las ou integrá-las a uma cultura que seria única, nacional.

2.1 DA COLONIZAÇÃO A NOVA COLONIZAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Colonização é o processo de ocupação de uma região do globo – em geral habitada por povos não integrados à civilização cristã e ocidental – por populações provenientes de países mais poderosos, com objetivos políticos e econômicos. (CURI 2005)

O Brasil, bem como os demais países latino-americanos, começou a fazer parte do sistema mundo ocidental quando, no século XV, se “descobre” todo esse continente “incivilizado”, sendo a colonização uma modernidade. Para Dussel a modernidade começou com a invasão e exploração das Américas pela Europa, conseguindo desta maneira a supremacia econômica e bélica, assim um discurso usado para explorar os povos das novas terras descobertas teriam base na falácia desenvolvimentista com o discurso de progresso, encobrendo um processo de supremacia cultural, geração de colônias e extinção de povos ditos inferiores. (DUSSEL,2005, p.61).

Em 22 de abril de 1500, os portugueses avistaram a costa brasileira, ancorando dois dias depois na Baía de Cabralia e, em primeiro de maio de 1500,

eles tomavam posse da nova terra, em nome do rei de Portugal com a intenção de encontrar riquezas. O que eles não imaginavam é que nestas terras já existiam moradores, como Pero Vaz de Caminha relata em sua Carta:

[...] Dali avistamos homens que andavam pela praia, obra de sete ou oito, segundo disseram os navios pequenos, por chegarem primeiro [...] Eram pardos, todos nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas. Nas mãos traziam arcos com suas setas, vinham todos rijamente sobre o batel [...] (GUIA DO TERCEIRO MUNDO, p.26 1986)

Segundo Costa (2010) após o reconhecimento formal da existência da Nova Terra, em 1500, passaram-se aproximadamente trinta anos para o início efetivo da colonização na busca da melhor forma de explorar o Brasil com objetivo de povoar, extrair riquezas para a metrópole, defender as fronteiras e ocupar as grandes extensões de terra. O rei de Portugal decidiu em 1549 organizar o governo do Brasil colônia, sendo esta, uma segunda forma de colonização, dando início a um poder público português na nova colônia.

Uma forma de colonizar as tribos indígenas por meio dos jesuítas (companhia de Jesus), tendo função de mudar, transformar as atitudes daquele povo que eles caracterizavam como rude – e “ameaçador” em indivíduos que pudessem conviver em sociedade, com uma fé cristã dentro dos moldes da sociedade portuguesa, a partir da educação (COSTA, 2010).

A implementação do projeto colonial, segundo Costa (2010), subjugava os índios brasileiros ao poder da coroa de Portugal, sujeitando-os como súditos do rei. Levando a extinção de muitas sociedades indígenas por meio de doenças ou por meio de guerras.

Os povos indígenas que não se deixaram “civilizar”, foram expulsos de suas terras originais ou tornaram-se objeto da submissão ou do extermínio físico. Fazia parte da política portuguesa a satisfação da necessidade de terras na sociedade colonial, deste modo originou-se uma política de expansão que estava em contradição com os direitos dos índios a terra (COSTA, 2010)

O site IELA publicou artigo da jornalista Elaine Tavares (2015) que aduz o que seria atualmente o termo a nova colonização em específico a seara de exploração mineral.

[...] Se, na conquista, espanhóis e portugueses deram início a um processo de roubo das riquezas minerais e naturais, agora, outros “invasores”, europeus e asiáticos, representados por

empresas multinacionais legalmente constituídas e instaladas nos países da América Latina, retomam com voracidade a retirada dos recursos não renováveis que ainda são abundantes no continente.

O site carta capital (2017) na publicação do artigo do jornalista João Sicsu define: “A Coroa agora não é mais representada por Portugal. Ela é formada pelas corporações multinacionais e os bancos”. Argumenta que o governo brasileiro pela ganância capitalista esquece que é uma república democrática e tal como no período colonial toma decisões que só interessam a “coroa” e não a população tornando-se um governo autoritário e violento, elimina direitos sociais básicos constitucionais principalmente de grupos étnicos minoritários tal como era entre o séculos XVI e IX.

A colonização do século XV pode-se diferenciar da nova colonização, antes não havia ideia de um estado democrático eram colônias subordinada a uma coroa, com objetivos já citados.

Atualmente a nova elite colonizadora justifica a exploração como solução imediata dos problemas financeiros e até sociais, em que empresas multinacionais ao terem concessão de exploração mineral são as únicas que saem lucrando e a população e neste caso os povos indígenas têm direitos, ainda que resguardados, suprimidos.

Assim a colonização se repete pois a sensação de superioridade dessas empresas perante os povos indígenas, impondo costumes, retirando direitos e apropriando-se das riquezas que neste caso são as jazidas minerais.

2.2 DOS DIREITOS HUMANOS E OS POVOS INDÍGENAS: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO E REGULAMENTAÇÃO.

O projeto colonial de Portugal foi resultado de um contexto histórico que possibilitou a exploração dos interesses econômicos e políticos da coroa portuguesa. Desta forma o que tange aos direitos indígenas o estado colonial consolidava-se como um verdadeiro estado de exceção em que a exploração do indígena era decorrente do próprio estado (CUNHA, 2012).

Da colonização portuguesa à atualidade, inúmeras regras jurídicas foram impostas aos indígenas visando regular sua vida e a organização territorial do Brasil. Algumas normas referiam-se a liberdade do indígena que decorriam de

conveniências político-econômicas e de discussões acerca da própria natureza humana (existência de alma) do indígena.

Outras normas buscam regular sua situação territorial, com o intuito de confiná-lo a um pequeno território, para catequizá-lo e “civilizá-lo” de modo a liberar espaço para as frentes econômicas da sociedade dominante, e, ao mesmo tempo, dispor de mão de obra indígena.

Com a formação do estado brasileiro no início de sec. XIX e a ideia de organização social ocidental que se apresentava à época refletia claramente a adoção na formação de um estado, uma nação. Nesse Sentido, a cúpula detentora do poder político-econômico entendida ser necessária a identificação dos habitantes do Brasil como único povo. Assim nasce o premeiro direito do índio à terra a qual a coroa portuguesa denominou de “primaias” e naturais senhores” foi reconhecido pelo alvará de 1º abril de 1680:

E para que os índios Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: e por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos religiosos assinará aos que descerem do sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiros, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos índios, primários e naturais senhores delas. (Os Direitos dos Índios- Manuela carneiro Cunha).

Sendo o primeiro a reconhecer o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, dando origem ao denominado indigenato o qual simbolizou o início de proteção dos direitos indígenas.

Mesmo com o reconhecimento o direito indígena a terra não os definia como seus primários e originários senhores, eis que as leis que regulamentavam as colônias permitiram com facilidade a deflagração de guerras contra os povos indígenas, deste modo regulamentando o seu aprisionamento, posse de terras e exploração (CUNHA, 1987).

Com a modernização do Estado português houve uma alteração na política relacionada aos índios, mudança implementada a partir de 1750, durante o mandato do ministro português Marquês de Pombal, que realizaria diversas reformas liberais na administração portuguesa. A principal reforma foi a lei de 06.07.1755, que proclamava a liberdade absoluta dos índios. Inicialmente restrita ao Estado do Maranhão, essa lei foi estendida a todo o Brasil em 1758, ficando conhecida como o Diretório dos Índios, ou Diretório de Pombal. (GOMES,1988, p.73).

A Lei Pombalina abolia a escravidão indígena e determinava que fossem demarcadas áreas de terras para os índios. Entretanto o objetivo era estabelecer um projeto de nação através da homogeneização da população, reforçando os fundamentos relacionados ao direito indígena a terra, condicionando as demarcações destas a um projeto de assimilação indígena. Uma promoção da integração econômica implicando na destruição da organização do povo indígena. (GOMES,1988).

Os principais objetivos do diretório de pombal, o alvará de 03 de maio de 1757: reitera a retirada dos poderes temporal e espiritual dos jesuítas, concede liberdade para todos os índios, cria vilas e povoados, favorece a entrada de não índios nas aldeias, incentiva os casamentos, cria imposto e promove a produção agrícola, demarcação das áreas indígenas, proibida o uso da língua indígena e obrigatório o português. Percebe-se deste modo o claro objetivo de eliminação das etnias específicas. Com o fim do diretório do pombal, a condição jurídica do índio é mantida como sujeito tutelado pelo status de órfão.

Com a instalação da corte portuguesa no Brasil, regulamentou-se a Lei Imperial nº 601, de 18.09.1850 (Lei das Terras), que ao delimitar as atribuições da Repartição Geral das Terras Públicas, reservou as terras dos aldeamentos indígenas, nos termos seguintes:

Art. 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens.

Art. 75. As terras reservadas para colonização de indígenas, e para eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; não podendo ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por ato especial, não lhes conceder pelo gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização.

Contudo as terras devolutas também eram usados pelos colonos na abertura de estradas e para o uso de agricultura e pecuária assim gerando conflitos com os povos indígenas. Sendo que o governo imperial não concedia a posse para os povos ali existente gerando duvidas de quem realmente era o dono da terra.

A Constituição Federal de 1891, por sua vez, respeitou a Lei Imperial nº 601, de 18.09.1850, nos termos seguintes: "Art. 83 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explicitamente não for contrária ao sistema de Governo firmado pela Constituição e aos seus princípios nela consagrados".

Assim as constituições: imperial de 1824 e a republicana de 1891 nada dispensaram sobre o tema mantendo-se em vigor o indigenato do período colonial.

Lei 5.484/28 pode-se considerar o primeiro estatuto civil do índio com o fim de legitimar e universalizar a própria administração diante de outros segmentos sociais e não propriamente dos povos indígenas (LIMA, 2009).

Lei nº3.071/16 no art. 6º entre os "relativamente incapazes" junto a maiores de 16 anos e menores de 21 anos, mulheres casadas e pródigos e em seu parágrafo único informava que o indígena como "silvícola" que deveriam ser submetidos ao regime tutelar

De acordo com Soares(2010) as demais Constituições brasileiras, que se sucederam, também asseguraram o direito originário dos índios às suas terras, nos termos seguintes:

a) A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934: "Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las". Foi o primeiro texto que deu competência à União sobre as questões indígenas, tornando-se ente responsável por gerir a política indigenista brasileira, contudo essa constituição manteve o entendimento acolhido pelo indigenato prevalecendo a proteção sobre as terras indígenas assegurando-lhes a posse e vedando sua alienação.

b) A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1937: "Art.154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas."

c) A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946: "Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem."

d) A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967:

Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Para Oliveira (1985) a constituição de 1967, houve grande falta de técnica legislativa na redação dos artigos, empregando apenas termos da cultura jurídica dos não índios. Contudo pode-se discordar do referido autor ao analisar que os referidos artigos apenas refletiam o compromisso político da época sobre as diferentes culturas, uma visão da sociedade.

e) A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1969:

Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilizadas nelas existentes.

1º - Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

Explana e assegura de forma rigorosa sobre o direito dos povos indígenas sobre as terras, sendo que elas não podem ser vendidas, sendo que o usufruto é exclusivo daquele que a detém. Como também aqueles que tinham a posse de terras consideradas indígenas, são posses consideradas nulas e sem efeito jurídico para indenização.

f) A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

A sua promulgação significou a ruptura da ideologia integracionista à medida que o legislador reconheceu o direito de ser índio, com a manutenção da

organização social, costumes e tradições. Analisa-se que esta extirpou de vez a questão da capacidade relativa.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 4º – As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 6º – São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo.

Reconheceu a multiétnica e pluralidade cultural do estado, assegurando aos povos indígenas o direito a diferença e serem respeitados como tal, abandonando a perspectiva assimilacionista. Existe todo o capítulo VIII da CF intitulado “Dos Índios” no qual assegura os indígenas como titulares de direitos especiais, o índio não tem mais o estereótipo de categoria social transitória, mas como indígena, isto é, não necessita da transação de incorporar as regras sociais diferentes das dele.

A Convenção nº107 de 57 da OIT, sobre os povos indígenas ratificada pelo Brasil em 66 afirma a preocupação de proteção dos povos indígenas contendo no seu preâmbulo o povo “integrados na comunidade nacional”.

De acordo com o site da FUNAI- A Fundação Nacional do Índio criada pela Lei nº 5371 de 05 de dezembro de 1967, o decreto nº 64.447/69 alterou a lei nº5.371/67 fazendo com que o conselho indigenista se torne um órgão consentido

pela FUNAI, o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro, vinculada ao Ministério da Justiça, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil.

Para Curi (2005) apesar do gradual avanço constitucional no amparo aos direitos dos povos indígenas, vale a pena observar que todas as constituições até a atual de 88 mantiveram uma ótica integracionista ignorando o modo de vida tradicional.

O Estatuto do Índio - Lei nº 6001/1973 traz princípios e definições que indicam questões referentes a cultura, relações com a sociedade. Com o discurso de integração à sociedade, direitos as terras que habitam e sempre que possível programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas. A época de sua criação-1973, foi considerado progressista acerca dos mecanismos legais sobre proteção aos direitos indígenas. Entretanto ao mesmo tempo em que previa a proteção da cultura indígena, tinha também o propósito de integração do índio a sociedade.

A Convenção do Rio 92 no Brasil houve a discussão sobre o Projeto da carta da terra –criado pelos próprios índios, segundo BOFF (2003) entre os principais valores éticos está a proposta de justiça social e econômica: defesa do meio ambiente e social capaz de assegurar a dignidade humana.

A Carta da Terra dos Povos possui 109 itens subdivididos em cinco tópicos sendo eles: Direitos humanos e direito internacional; Terras e território; Biodiversidade e conservação; Estratégias indígenas e Cultura, ciência e propriedades intelectuais.

Deste modo preconizando que as populações indígenas e suas comunidades devem gozar dos direitos humanos e das garantias fundamentais em total integralidade sem impedimento ou discriminação.

Assim a criação dessas políticas evolucionistas de décadas de lutas, desmembrando o monopólio de tutela exercida apenas pelo estado, dando espaço para as organizações implementarem na vida do indígenas vários tipos de políticas positivistas no exercício de direitos.

As relações dos povos indígenas brasileiros com os europeus foram marcadas por múltiplas formas de violência: sobre suas terras, cultura e seus corpos.

Os Direitos humanos são direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos independentes de sua nacionalidade, sexo, origem, etnia ou nacionalidade, cor religião ou qualquer outro status, para este autor:

Para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade (FLORES, 2009, p39).

Os Direitos humanos são conjunto de leis, vantagens e prerrogativas que devem ser reconhecidas como essência pura do ser humano, para ter uma vida digna, ou seja, não superior ou inferior por ter diferente sexo ou etnia, sendo um conjunto de regras pelas quais o Estado e todos os cidadãos a eles pertencentes devem respeitar e obedecer.

Para Bobbio (1992) a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi uma inspiração e orientação para o crescimento da sociedade internacional, com o principal objetivo de torná-la um estado, e fazer com que os seres humanos fossem iguais e livres. E pela primeira vez, princípios fundamentais sistemáticos da conduta humana foram livremente aceitos pela maioria da população

A principal função é na proteção dos indivíduos de sofrerem injustiças, arbitrariedade, abuso de poder e autoritarismo, assim os direitos humanos são sinônimo de liberdade.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil em 1992). A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Nesses documentos se enfatizam os direitos ao bem-estar e à integridade cultural dos povos indígenas sendo interpretados como elo entre o direito à terra e aos recursos naturais e as relações sociais de comunidades indígenas culturalmente diferenciadas.

Para Yamada no artigo no site ISA, declara que a partir desse reconhecimento, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos oferece proteção às Terras Indígenas e seus recursos naturais, estabelecendo obrigações legais aos Estados. Além do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no âmbito da OEA, o Brasil ao ratificar, fica está sujeito aos compromissos e obrigações de direitos humanos na Organização das Nações Unidas, tanto pelos Pactos de Direitos Humanos, e Convenção CERD, entre outros.

A Convenção da ONU para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD)- Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial- da qual o Brasil é signatário, determina que, em razão do direito a não-discriminação, os povos indígenas têm os direitos de —possuir, desenvolver, proteger e utilizar as terras, territórios e recursos coletivos e nos casos em que tenham sido privados das terras e territórios que tradicionalmente são donos ou que tenham ocupado ou utilizado sem o consentimento livre e informado desses povos, que se adotem medidas para que tais terras sejam restituídas.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU em seu artigo 27, faz desse instrumento o mais expressivo mecanismo legal de proteção ao direito indígena à terra como proteção de seus direitos coletivos econômicos, sociais e culturais.

A declaração da ONU (2007) sobre os direitos dos povos indígenas reconheceu as injustiças passadas contidas sobre os povos indígenas, reconhecendo direitos enquanto comunidade e seres individuais.

O desafio, agora, é garantir a qualidade de vida que esses povos almejam manter ou recuperar, de acordo com seus próprios padrões culturais e suas formas de organização. Essa autonomia reivindicada emerge da crescente capacidade de dialogar e de posicionar-se diante dos múltiplos setores da sociedade nacional responsáveis pela implementação de intervenções que os atingem diretamente. (AGÊNCIA AMAPÁ).

2.2.1 ORGANIZAÇÕES PRIVADAS E SEM FINS LUCRATIVOS

O fato de haver vários ataques as sociedades indígenas, teve a necessidade na busca de parceiros na luta pela conquista e reconquista de direitos e espaço (geográfico, cultural e político) dos grupos indígenas, que necessitam de pessoas envolvidas e que estejam dispostas a lutar junto, apoiá-los em sua busca na inserção na política nacional. (SILVA, GRUBITS, 2006)

A heterogeneidade é a marca destas novas formas de associação, representação e participação indígena nos contextos políticos locais, regionais e nacionais. Há organizações de vários tipos de base étnica, formadas para intermediar interesses de um povo ou de uma parcela desse povo, como os moradores de uma determinada aldeia, ou, ainda, uma categoria precisa de profissionais, como associações de professores indígenas ou agentes de saúde (INSTITUTO IEPE).

Outras organizações reúnem mais de um povo indígena e se propõem a representar os habitantes de uma certa terra ou povos com aldeias de grande extensão demográfica. Há, também, organizações que pretendem ser uma referência indígena no contexto regional e, ainda, aquelas que reúnem outras associações, na forma de coordenações ou federações.

A entrada em uma aldeia indígena não é simples, depende de autorização dos órgãos federais considerados responsáveis. Sendo a FUNAI e os distritos sanitários especiais indígenas (DSEIs), do Ministério da Saúde e o papel de informarem os procedimentos de como acontecerá as visitas além do mais a autorização dos próprios indígenas.

Sendo este um controle necessário para que este contato não cause um impacto ao dia a dia daquela comunidade, seja feita com respeito aos costumes desses povos, sempre respeitando os direitos já estabelecidos.

2.3 ANALISE ENTRE CONVENÇÃO Nº169 OIT, ESTADO E POVOS INDÍGENAS

A Convenção nº 169 sobre Povos indígenas e tribais é considerada o instrumento jurídico mais atualizado sobre os direitos econômicos, social e cultural do indígena. De acordo com Kayser (2010) na redação da Constituição 1988 a questão dos direitos dos povos indígenas foi tratado na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, que estava subordinada à Comissão da Ordem Social.

O programa mínimo foi assinado, entre outras entidades, pela União das Nações Indígenas – UNI, pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI (católico, ligado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), pela Associação Nacional de Apoio ao Índio – ANAI, do Rio Grande do Sul e Bahia, pela Comissão Pró-Índio, de São Paulo, Acre e Sergipe, pela Operação Anchieta – OPAN (organização não-governamental de proteção ao índio, assim denominada em homenagem ao importante jesuíta José Anchieta e fundada em 1969), pelo Centro de Trabalho Indigenista – CTI, pelo Centro de Estudos Indígenas – CEI, pelo Conselho Nacional de Igrejas Cristãs, pelo Movimento Nacional de Defesa dos Direitos Humanos, pela Associação Brasileira de Antropologia – ABA, pelo Centro Ecumênico de Documentação e Informação – CEDI, pela Coordenação Nacional dos Geólogos – CONAGE, pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos, pelo Instituto

Brasileiro de Análise e Estudos Econômicos, pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, bem como pelas três centrais sindicais, CUT, CGT e CONTAG, e pela Comissão Pastoral da Terra (KAYSER, 2010, p89).

O Brasil ao ratificar a Convenção nº 169 da OIT, validou no sistema jurídico nacional a idéia de que a cada nova legislação ou normativa que o Estado brasileiro promulgasse acerca da questão indígena, sendo indispensável seguir o determinado pela Convenção.

O artigo 6º da referida convenção vai além e alude sobre a obrigatoriedade de estabelecer meios adequados para que a participação dos povos indígenas tenha tanta importância quanto aos demais membros da sociedade, destacando que as consultas prévias devem ser regidas pelo princípio da boa-fé.

Além disso defende o respeito à autonomia dos povos indígenas, baseada no conhecimento da pluralidade étnico cultural afirmando que esses escolherão as suas prioridades em relação ao processo de desenvolvimento de suas comunidades, ao afirmar: “esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.” Além de que no art. 15 e 14 da convenção, prevê o direito a indenização por danos e proteção contra despejos e remoções de terras tradicionais.

A presente Convenção se aplica: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da comunidade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas em função de sua descendência de populações que habitavam o país ou região geográfica a qual pertencesse o país à época da conquista ou colonização ou do estabelecimento das fronteiras estatais atuais, e que, qualquer que seja sua situação jurídica, conservam todas as suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou algumas delas

Contudo, são recorrentes as ações do Estado que ignoram o que está disposto na convenção, são inúmeras obrigações estatais para a proteção dos povos indígenas, sendo ingenuidade afirmar que o Brasil de fato é um país no qual predomina a ideia descolonial de respeito à autonomia dos povos indígenas dentro da lógica de estado plurinacional no qual foi analisada no capítulo anterior.

No art. 2º da referida convenção expressa que os governos devem assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma nação com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

O direito à consulta prévia, livre e informada estão elencadas:

Artigo 4º1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.Artigo 6º1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cadavez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

Internamente, também encontramos precedentes jurisprudenciais favoráveis à extensão dos efeitos da Convenção nº 169 da OIT, atendo-se menos à expressão “povos indígenas e tribais” e mais aos critérios elencados para caracterizar essas comunidades tradicionais:

AMBIENTAL. PASSAGEM DE RODOVIA POR TERRA INDIGENA. CONDICIONANTES IMPOSTAS PELA FUNAIAPÓS A EXPEDIÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO E À CONVENÇÃO 169 DA OIT. PRETENSÃO DE CONTINUIDADE DAS OBRAS. IMPOSSIBILIDADE. 1 -A

suspensão da realização de obras em rodovia que corta terra indígena no Estado do Maranhão por ausência de observância de condicionantes impostas pela FUNAI após a realização do EIA/RIMA e expedição de licença ambiental, antes de causar prejuízo, observa o regramento constitucional e legal relativo à matéria. 2-A atuação da FUNAI na espécie constitui mera observância das disposições da Lei nº 5.371/67, que atribuem à autarquia a proteção e promoção dos direitos indígenas. 3 -A consulta aos interesses indígenas, além de derivar do artigo 231 da Constituição Federal, está prevista na Convenção 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário, cujas normas estabelecem a consulta aos indígenas sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. 4 -Em casos como o discutido na demanda que origina este recurso, cumpre à FUNAI atuar supletivamente ao IBAMA, realizando o controle ambiental e estipulando diversas condicionantes a serem executadas, com vistas a mitigar os impactos ambientais e proteger as terras indígenas. 5 -Inexistente ilegalidade ou desconformidade com o texto constitucional ou legal sobre o tema, não prospera a pretensão recursal que pretende a continuidade da obra sem observância às condicionantes impostas pela FUNAI. 6 -Agravado de instrumento desprovido.

(AG 0002064-61.2013.4.01.0000 / MA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.325 de 10/01/2014)

Há o caso da empresa Belo Sun no estado do Pará, embora com sentença suspendendo o procedimento na sua fase de licença-prévia em razão da ausência dos estudos do componente indígena –o que, por consequência, dificultou a elaboração do protocolo de consulta aos povos indígenas –, o licenciamento prosseguiu em razão de decisão proferida por instância superior (Tribunal Regional Federal da 1ª Região). A decisão do tribunal foi clara ao setenciar que a licença de instalação apenas pode ser emitida após apreciado o EIA indígena. Assim visando garantir que a consulta às comunidades indígenas fosse anterior ao efetivo início de implantação do empreendimento. Foi em razão do não atendimento desta sua decisão que o TRF da 1ª Região suspendeu a licença de instalação concedida no âmbito do Agravo de Instrumento nº 0060383-85.2014.4.01.0000, em trâmite naquele colegiado.

Oliveira (2014) cita a urgente necessidade de preservar os direitos indígenas “do tratamento da diversidade e da pluralidade em um mundo de direitos universais”. E ainda, os direitos indígenas sempre se viram em confronto, afinal a Constituição Federal de 1988 estende os direitos universais aos povos indígenas brasileiros, colocando-os como cidadãos plenos, o que segundo o autor é uma questão obrigatória contudo não exercida.

Na Constituição Federal, que conta com um capítulo próprio para disciplinar a matéria sobre os direitos dos povos indígenas (Título VIII, Capítulo VIII, arts. 231 e 232) e no Estatuto do Índio, criado pela Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Atualmente pode-se dizer que muitos de seus dispositivos são ultrapassados na visão da preservação social. Portanto, não há que se falar em integração dessas comunidades mas em proporcionar mecanismos legais para que preservem sua cultura, línguas e tradições.

A defesa dos direitos territoriais indígenas no Brasil encontra na legislação constitucional e infraconstitucional instrumentos jurídicos necessários para luta pela preservação dos meios necessários à sua sobrevivência, fundamentando nas Convenções, Tratados e Declarações Internacionais a fim de pressionar o Estado brasileiro na realização do diálogo e consulta dos povos indígenas acerca das questões que os afetam.

Desde 2003 há uma mobilização nacional, o acampamento livre, que realiza anualmente no mês de abril reivindicações em relação aos direitos territoriais.

Outro aspecto importante da Convenção nº 169 é a parte dedicada ao direito à terra, a partir de uma concepção ampla da importância do território enquanto habitat social, cultural e meio de subsistência dos povos indígenas. Enfatiza a importância do respeito dos meios de posse e uso coletivos da terra. Destaca-se que não deve transladar e/ou remover os povos indígenas de suas terras, exceto em usos excepcionais, nos quais será necessário o consentimento livre e esclarecido da população que será afetada (AGÊNCIA AMAPÁ)

No caso de violações de direitos individuais ou coletivos, qualquer representante dos povos indígenas pode enviar denúncias de violações ao Relator Especial da ONU sobre direitos humanos e liberdades fundamentais dos Povos Indígenas.

Para Lima e Barroso (2002) não se pode negar que as sociedades indígenas também se transformam, ao contrário de um discurso que circula, o indígena não tem que estar necessariamente vivendo do mesmo jeito que vivia há quinhentos anos para que continue sendo índio.

Desta forma, no lugar da integração do indígena é a Inter integração, mais humano, no qual resulta no: diálogo, complementação, respeito as identidades em uma convivência pacífica e plural, eis que o Brasil na sua constituição é pluriétnico e pluricultural.

Contudo em análise as propostas do atual governo a ideia da exploração mineral é forte, em entrevista à Agência Brasil (março 2019) o Ministro de Minas e Energia o Almirante Bento Albuquerque em um evento no Canadá disse que o governo brasileiro trabalha em meios para uma abertura das terras indígenas para as empresas estrangeiras explorarem e “traga benefícios para essas comunidades e também para o país”.

Apesar dos direitos indígenas serem amplos, nunca são devidamente respeitados ou colocado em prática. Constatando a perpetuação do etnocentrismo, preconceito e discriminação, que desrespeitam e não valorizam o diferente. Assim, os povos indígenas continuam tendo suas terras invadidas e seus direitos violados pela ideia de desenvolvimento, gerando impactos físicos e culturais aos povos indígenas.

3 EXPLORAÇÃO MINERAL

A principal preocupação dos povos indígenas se concentra nos possíveis impactos socioambientais que a atividade mineraria causa nas aldeias. As mineradoras, no entanto, afirmam que a pesquisa e a lavra de minerais nobres, como ouro, diamante, atendem interesses nacionais e são fundamentais para o desenvolvimento financeiro, social e político do País. Deste modo o estado ao longo do tempo criou leis para exploração mineral em terras indígenas.

3.1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO MINERAL NO BRASIL

Desde o início a história do Brasil foi construída associado ao desenvolvimento da mineração, sempre repercutindo o momento econômico do País com impactos significativos no desenvolvimento das atividades do setor mineral.

Com a declaração da independência brasileira, a propriedade dos recursos minerais deixou de ser da monarquia portuguesa e passou a ser do império. No entanto, a Constituição de 1824 garantiu a plenitude do direito de propriedade, tirando do Estado o direito à propriedade minerária (RICARDO E ROLLA, 2006).

Tal regime atraiu a atenção dos ingleses, que estabeleceram seis companhias mineradoras no país no período de dez anos, com tecnologias avançadas para a

época reativando minas anteriormente exploradas e fechadas. (LINS; LOUREIRO; ALBUQUERQUE, 2000).

A Constituição republicana promulgada em 1891, manteve a propriedade do minério com o proprietário do solo, regime de acessão, porém, limitava esse regime para fins de construção de infraestrutura e de defesa nacional, ficando as minas, nestes casos, sob a propriedade do Estado (FREIRE, 1995 apud VILLAS BÔAS, 1995).

A Constituição de 1934, consagrou o domínio do Estado sobre os bens minerais que se tornassem conhecidos, o domínio do Estado sobre os bens minerais que tornassem conhecidos, contudo não determinou a propriedade da União sobre os minérios, mas estabeleceu o regime de outorga através da autorização e concessão, que somente poderia ser concedido a brasileiros ou empresas organizadas no Brasil. Também estava prevista a nacionalização progressiva das jazidas e minas que fossem julgadas essenciais à defesa militar ou econômica do país (BRASIL, 1934).

No mesmo ano foi editado o Decreto nº 24.642, que instituía o Código de Minas e regulamentava a atividade extrativista mineral, e foi criado o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) responsável pela emissão das autorizações para pesquisa e concessões para lavra de minérios A Carta de 1934 eliminou, também. As restrições à participação de estrangeiros na exploração mineral, introduzida na lei constitucional pela reforma de 1926, e estabeleceu a nacionalização progressiva das minas e jazidas consideradas essenciais à defesa econômica ou militar do País

No período militar foi elaborado o "I Plano Mestre Decenal para Avaliação dos Recursos Minerais do Brasil" (I PMD) e, em 1981, o "II Plano Decenal de Mineração" (II PDM), tendo sido os primeiros planos setoriais brasileiros para a mineração, que buscavam identificar as fragilidades do setor e organizar um crescimento paulatino (COSTA, 2015).

Devido aos altos custos para a exploração do setor minerário a iniciativa privada, tomou a frente a execução das atividades de exploração mineral. As estatais só seriam utilizadas para tais fins se não houvesse interesse privado na área ou quando a limitação à livre concorrência fosse necessária para garantir os ideais de interesse nacional (COSTA, 2015).

Em 1967 entrou em vigor o Código de Minas que modificou o regime de outorga da lavra, permitiu a participação de empresas estrangeiras na exploração, desde que essas estejam habilitadas legalmente no Brasil e retirou também a limitação máxima de autorização de pesquisa permitida, tudo isso visando tornar o país mais competitivo no mercado minerário internacional.

As mais recentes leis do setor mineral foram altamente influenciadas pelas diretrizes proclamadas pela Resolução 1.803/62 da Comissão Permanente de Soberania sobre os Recursos Minerais das Nações Unidas. Essa resolução é a pedra angular da "Declaração sobre o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional" e da "Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados", adotadas pela Assembleia Geral da ONU em 1974.

As legislações modernas entendem ser inadmissível que os prejuízos causados ao meio ambiente continuem a ser um ônus público, devendo ser imputados ao verdadeiro causador desses prejuízos.

A atual Constituição prevê que os dispositivos sobre garimpo não se aplicam às terras indígenas (art. 231, § 7º CF), portanto, não sendo permitida a atividade por terceiros nessas terras.

Sobre o assunto, o Estatuto do Índio determina a exclusividade do exercício da garimpagem, faiscação e cata pelos povos indígenas (art. 44). O plano legal é vasto, existindo uma certa inadequação e até ausência de dispositivos jurídicos para regular a questão de forma sustentável.

Visando suprir as deficiências e tentando adaptar a legislação às necessidades atuais, tramitam hoje no Congresso Nacional projetos de lei para a criação de um novo Estatuto do Índio, como o PL Nº 2.057/91 e projetos, como o PL Nº 1.610/96, que dispõe com exclusividade sobre a exploração e o aproveitamento dos recursos minerais em áreas indígenas.

Analisando sobre os recursos minerais, a Constituição Federal faz uma diferenciação entre as propriedades do solo e do subsolo e determina que todos os minérios existentes são de propriedade da União (art. 176, caput). Assim sendo a premissa de que os recursos minerais são estratégicos para o desenvolvimento nacional e portanto caberia à União regular o modo de acesso a esses recursos.

Esse controle que permite a União estipular quais devem ser as reservas exploradas e quais podem ser resguardadas para uso futuro, bem como determinar quais os particulares mais adequados para realizar a exploração mineral, caracterizando deste modo um processo de concessão de uso extremamente burocrático e centralizado, realizado através do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

Dessa forma, não raras vezes, os processos de autorização de pesquisa ou concessão de lavra são realizados totalmente à revelia da realidade local, não havendo qualquer tipo de interação entre a política minerária, que estipula onde e quando serão exploradas as jazidas, e as demais políticas "setoriais", como a ambiental, a habitacional, a sanitária etc.

O recurso mineral é um bem de interesse público, o que condiciona a autorização de seu aproveitamento econômico ao atendimento de um interesse coletivo, assim determina que a sua destinação imediata seja para suprir a demanda geral da coletividade. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988)

Na avaliação final para a concessão da exploração mineral será ponderado os diversos impactos, contrapondo os positivos aos negativos e será decidido sobre a outorga ou não do título solicitado.

O minerador, em todas as etapas da atividade de exploração mineral, deve atentar aos princípios do Direito Ambiental, como o de precaução, prevenção e do desenvolvimento sustentável e respeitar o princípio do Direito Mineral, que impõe a recuperação da área degradada pela atividade mineira após a finalização do empreendimento, já que o Art. 225, CF:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (...). § 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Sempre visando evitar o desperdício dos recursos minerais para que se possam atender as necessidades das presentes e futuras gerações.

Não raras as vezes a ocupação da terra, a exploração de minérios foram e são realizados às custas da dizimação de grupos indígenas, já que para a concretização do empreendimento são usadas técnicas de “limpeza” ou seja, o empecilho-índio é retirado pois atrapalha o desenvolvimento.

3.2. EXPLORAÇÃO MINERAL EM TERRAS INDÍGENAS

Sobre a situação da atividade minerária em terras indígenas, além de dispositivos constitucionais, há respaldo jurídico em leis infraconstitucionais, como o Estatuto do Índio, o Código de Mineração, dentre outros.

De acordo com Santilli (1993) a mineração é responsável pela produção dos bens materiais que são a base da civilização moderna. Pode-se dizer que o uso e a manipulação dos recursos minerais estão associados a toda a evolução da nossa espécie como ser humano social, pois a história se dá através da utilização desses recursos.

Assim há o conceito sobre a influência do exercício da atividade minerária e seu impacto aos direitos territoriais e culturais indígenas.

Em 1972, o governo brasileiro com o projeto da rodovia transamazônica (BR-230) promoveu amplos projetos de exploração econômica na Bacia Amazônica,

facilitando a entrada de empreendedores nacionais e internacionais relacionados à mineração em larga escala, bem com projetos de infraestrutura.

As políticas indigenistas seriam totalmente subordinadas aos planejamentos estratégicos do regime ditatorial, contudo essa expansão não considerou a pluralidade dos povos indígenas e seus direitos originais sobre a terra, a importância da sua indivisibilidade étnica e os impactos que poderiam sofrer.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 176, determina que a extração dos recursos minerais podem ser feita por brasileiros ou por empresas brasileiras. Para a extração, é preciso ter autorização de um órgão do Governo Federal: o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Também faz diferenciação entre as propriedades do solo e do subsolo e determina que todos os minerais existentes são de propriedades da União (art., 176, caput), portanto cabendo a união regular o modelo de acesso a esses recursos estipular o “interesse nacional”.

O projeto Calha Norte instituído pelo CSN, criado em 1985, com objetivo de manutenção da soberania da Amazônia com a promoção de seu desenvolvimento ordenado, foi uma tentativa de fortalecimento militar da fronteira amazônica desde Oiapoque no Estado do Amapá até a altura de Tabatina no Amazonas (SITE AGÊNCIA AMAPÁ)

Este projeto influenciou diretamente a vida das populações indígenas principalmente aquelas que viviam nas regiões de fronteira. No período ditatorial iniciou-se em larga escala o processo de exploração de minerais. Portanto, o projeto torna-se basicamente uma iniciativa militar e de política indigenista, em termos de seu impacto.

Para a exploração mineral existem duas formas: a mineração industrial e a garimpagem, atualmente há duas legislações que orientam a relação dos povos indígenas com a sociedade não-indígena, inclusive para o uso de recursos naturais: o Estatuto do Índio (1973) e a Constituição Federal (1988). (SITE TERRAS INDÍGENAS)

A exploração de riquezas minerais em terras indígenas possui constitucionalmente um tratamento diferenciado: art. 2, §3º da CF:

as pesquisas e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do congresso Nacional, auvida as comunidades afetadas,

ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra na forma da lei.

Desta forma conclui-se no pensamento de Santilli: a constituição federal estabeleceu uma clara distinção no tratamento dada a mineração e garimpo em terras indígenas. Se por um lado a mineração está sujeita a condições especiais já vistas, por outro lado o garimpo em terras indígenas é proibido. Portanto, o garimpo realizado por terceiros em terras indígenas viola a constituição independente da área, circunstâncias e condições em que é realizado.

Mineração de grande porte, ou mineração industrial, é diferente da mineração de pequeno porte, também chamada de garimpagem. A mineração de grande porte é controlada por grandes indústrias que trabalham com extração de minérios diversos (ferro, ouro, níquel, nióbio, diamante, manganês, bauxita, cobre, calcário, areia, rochas para construção etc.) que se encontram, na maior parte das vezes, em grandes regiões montanhosas ou em grandes profundidades no solo. Por isso, as grandes indústrias usam equipamentos e tecnologias avançadas e um grande número de funcionários e técnicos, além de movimentarem muito dinheiro.

Na mineração de pequeno porte - ou garimpagem - a extração de minérios é feita de maneira individual ou, no máximo, por pequenos grupos ou cooperativas de garimpeiros. Os garimpeiros são trabalhadores que, na grande maioria das vezes, recebem financiamento de um chefe: o “dono” do garimpo. Ele é dono de um maquinário (rudimentar, quando comparado ao das grandes indústrias de mineração) e paga uma pequena porcentagem para os garimpeiros, e não fica necessariamente nos próprios garimpos: ele pode comandar os garimpos de outros locais e até mesmo da cidade –boletim informativo IEAP.

Nas duas legislações, fica claro que a mineração industrial e a garimpagem em terras indígenas não podem ser realizadas por “terceiros” (não-índios). Enquanto não for aprovada uma lei para regulamentar essas atividades. O parágrafo 3º do Artigo 231 da Constituição Federal diz que:

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

A nova lei que irá definir como será feita a extração mineral em terras indígenas ainda não foi aprovada pelo Congresso. Por isso, o próprio Congresso ainda não pode autorizar a pesquisa e a lavra de riquezas minerais nessas terras.

Nesse sentido, uma lei ordinária que regulamente o tema necessariamente deve estar afinada com os preceitos constitucionais. Pelo Código de Mineração: a concessão de lavra confere amplos poderes ao concessionário admitindo-se sua cessão temporária, parcial ou total, desde que exista a autorização do DNPM e a averbação de transcrição em livro próprio. É válida até a exaustão da jazida mineral identificada e garante ao concessionário propriedade do produto da lavra, que dele pode dispor sem quaisquer restrições.

Como qualquer outra atividade econômica a mineração deve ter seu desenvolvimento baseado nos princípios fundamentais como aduz Curi (2005) ao afirmar que a mineração ao gerar crescimento econômico deve ser compatível com a preservação da biodiversidade e a garantia dos direitos culturais e sociais dos povos indígenas.

O exercício de lavra é privativo das empresas cadastradas no DNPM, além do prévio licenciamento do órgão ambiental e consentimento prévio do proprietário do solo. No estado do Amapá tem-se como exemplo o garimpo de ouro realizado pelos índios da etnia Waiãpi, mostrando que essa atividade pode ser realizada de maneira equilibrada com todas as outras atividades tradicionais da comunidade indígena. Nesse caso houve desenvolvimento devido ao apoio e à assistência que obtiveram de organizações não-governamental, o CTI (Centro de Trabalho Indígena) e SEMAM (Secretaria Municipal do Meio Ambiente).(CURI 2005)

Os indígenas passaram a explorar o ouro de modo menos impactante, já que deixaram de utilizar mercúrio na exploração e passaram a recuperar as áreas trabalhadas. Segundo Gallois (1993), a partir de 1982/83, cansados de esperar providências dos órgãos responsáveis, os Waiãpi assumiram a expulsão dos garimpeiros e conseguiram controlar e depois eliminar os principais focos de invasão.

A atividade da exploração mineral feita pelos índios em suas terras pode ser além de uma alternativa de subsistência, uma forma de controle territorial e de preservação da cultura. Com a previsão legal que garante ao indígena a possibilidade de garimpar suas terras, no art. 44 do Estatuto do Índio, que institui:

As riquezas do solo, na áreas indígenas, somente pelas silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das referidas áreas.

De acordo com Curi (2005) o referido artigo não colide com o parágrafo do art. 23 da CF no qual dispõe que os requisitos para a pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas são: autorização do Congresso Nacional como já relatado, ouvir as comunidades afetadas e garantir aos indígenas uma participação nos resultados da lavra, sendo que não há aplicação desse dispositivo em relação ao garimpo indígena no qual se realiza de modo aluvionar- garimpo manual, feito geralmente nas margens do rio- com a utilização de materiais simples e basicamente superficial.

Para os Waiãpi o garimpo tornou-se uma atividade controlada unicamente por eles, um dos resultados positivos desse programa é que para a exploração de ouro não há a utilização do mercúrio e ao mesmo tempo passaram a recuperar as áreas trabalhadas, devolvendo ao solo suas condições originais. Pode-se dizer que os Waiãpi são um caso de sucesso no empreendedorismo da exploração mineral por povos indígenas. (GALLOIS 1993).

Os Waiãpi obtiveram sucesso em seus empreendimentos, devido ao equilíbrio que conseguiram manter entre suas atividades tradicionais como agricultura, caça, pesca e coleta e a extração de ouro. A garimpagem se integrou harmoniosamente ao ritmo do elo sazonal de atividades de subsistência e a produção, sempre apoiando-se nas normas tradicionais de divisão do trabalho e de distribuição dos lucros.

A exploração ilegal de minerais, atualmente, é a principal responsável pela degradação ambiental das terras indígenas, consolida-se em grande parte pela omissão dos órgãos responsáveis pela proteção dos recursos naturais existentes nessas terras, como a FUNAI, o IBAMA e o DNPM. Esses órgãos dispõem de base legal para reprimir a garimpagem, podendo e devendo exercer o seu poder de polícia e aplicar sanções administrativas: aplicação de multas, embargo e interdição de atividades, apreensão de instrumentos e equipamentos, bem como dos minérios extraídos ilegalmente, e lavrando autos de paralisação de dragas de garimpo (equipamentos). (CURI 2005)

Como também cabe a esses órgãos proporem medidas judiciais contra os garimpeiros infratores a fim de serem responsabilizados, civil e penalmente, por seus atos ilegais. A Polícia Federal, por sua vez, tem a obrigação legal de prestar toda a assistência necessária a esses órgãos no cumprimento de suas atribuições institucionais, conforme prevê o artigo 34, do Estatuto do Índio, que define competências do departamento da polícia federal, também prevê a obrigação de prevenção.

No site da IEAP discorre sobre qual seria o modo correto que o governo precisa para fiscalizar continuamente as atividades de extração mineral (de mineração industrial ou de garimpo). Contudo, na prática, essa fiscalização dificilmente é realizada, especialmente no caso do trabalho de garimpeiros.

Logo, diante da expansão da fronteira mineral rumo à Amazônia, a nova regulamentação deverá ser um instrumento de reafirmação e fortalecimento dos direitos coletivos e territoriais dos povos indígenas e comunidades tradicionais, prevendo os direitos de consentimento e veto, bem como assegurando a participação das comunidades, nos casos em que houver o consentimento livre, prévio e informado, prevendo a dimensão redistributiva das rendas oriundas das atividades minerais e compensação pelos danos ambientais gerados.

4. EM TERRA DE ÍNDIO, A MINERAÇÃO BATE A PORTA.: ANÁLISE DOS IMPACTOS SOCIO JURÍDICOS DA EXPLORAÇÃO MINERAL AOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.

Mesmo com a proibição constitucional, a mineração em terras indígenas acontecem em grande escala, com o aval dos órgãos federais. Sendo que a atividade minerária é por definição destrutiva e dificilmente conciliável com a visão sacra da terra dos povos indígenas

4.1 OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

Existem diversos critérios de identificação para se denominar indígena: racial, cultural, legal, de desenvolvimento econômico, de acordo com RIBEIRO (1970):

Índio é todo indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade de origem pré-colombiana que se identifica como etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato.

Segundo o autor, essa é uma definição bem semelhante que se encontra no Estatuto do Índio, que diz: "Índio ou silvícola é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.

De acordo com FUNAI (2010), segundo resultados preliminares do Censo Demográfico realizado pelo IBGE em 2010 vivem hoje no Brasil cerca de 817.963 indígenas, dos quais 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas brasileiras.

GRAFICO 1. DISTRIBUIÇÃO

Fonte: FUNAI

Os povos indígenas no Brasil estão dispostos, em sua maioria nas regiões Norte e Centro-Oeste do país, principalmente na área da Amazônia Legal. Os povos indígenas no Brasil estão dispostos, mais da metade de sua população, nas regiões Norte e Centro-Oeste do país, principalmente na área da Amazônia Legal. Apesar das epidemias, guerras, escravização e avanço da fronteira econômica, os indígenas vivem e sobrevivem. Não apenas biologicamente, mas também do ponto de vista de suas tradições culturais. (SITE FUNAI)

De acordo com a FUNAI 2010, a população indígena tem crescido nos últimos 50 anos, embora povos específicos tenham perdido população e alguns estejam ameaçados de extinção. Atribui-se esse crescimento à prestação de serviços assistenciais pelo Estado e à demarcação, ainda inconclusa, das áreas indígenas.

Para Curi (2005) ao contrário do que se pensa, o indígena brasileiro não se transformou em "branco", mas iniciou, nas últimas décadas, um lento processo de recuperação demográfica, assim verificando uma vigorosa resistência da identidade cultural independentemente do grau de interação que os diferentes grupos experimentam com a sociedade envolvente, apesar do contato, continuam se identificando e sendo identificados como indígenas.

Os reflexos dessa expansão político-econômica hoje não está mais no indígena propriamente dito, mas em suas terras, que é alvo de interesse e, portanto, local de varios conflitos. O solo e o subsolo das terras indígenas são cobiçados por latifundiários, garimpeiros, mineradoras nacionais e internacionais, sem contar as iniciativas do setor privado e público, ao abrirem estradas, instalam hidrelétricas, inundando as terras indígenas e e a tentativa de estabelecer a exploração do subsolo.

O real aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas deve estar vinculado ao princípio do desenvolvimento sustentável. Contudo, no caso específico das terras indígenas, o conceito de sustentabilidade assume contornos mais rigorosos, pois se faz necessário resguardar a esses povos os possíveis riscos à sua própria sobrevivência.

4.2 O QUE É SER INDÍGENA?

Para Robinson (2004) o conceito de povos indígenas está atrelada a denominação “índio” ao qual foi o primeiro nome dado aos habitantes nativos do continente americano. Os portugueses ao chegarem na América pensaram se tratar das Índias, fazendo assim os habitantes desse novo território ganharem o nome de “índio”, e mesmo após saberem que não estavam nas Índias, e sim em um continente desconhecido, continuaram chamando os nativos de “índios”, o que demonstra uma denominação genérica que expõe a visão dos europeus sobre os nativos, ignorando as diferenças das nações, já que o único intuito era ter um domínio político, econômico e religioso.

O antropólogo Ribeiro (1957) conceituou os índios como:

aquela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato. (Ribeiro, 1957)

Assim tem que o termo “índio” é produto de um estereotipo construído pelos colonizadores para justificar a dominação que tentavam exercer sobre os diferentes povos que habitavam –e ainda habitam- a América Latina, embutido a ideia de “selvagem”, como seres sem uma cultura e noção de sociedade pois não se encaixavam no parâmetro dos ideais católicos.

“E durante parte da história do Brasil se desqualificou a ideia de raça (ou etnia) enquanto mecanismo de discurso político público, ainda que de modo velado esta tenha continuado sendo o referencial para as hierarquizações sociais” (COSTA, 2001, p. 149).

A negação das várias diversidades dos povos habitantes no continente Americano se fez necessária para impregnar o preconceito. E deste modo impregnar conceito único sobre um povo que não é visto como um cidadão nacional.

Para Luciano 2006 o termo índio era usado de forma pejorativa advindo de um processo histórico de dominação, sendo usado para designar uma civilização preguiçosa, incivilizada, incapaz. Contudo com os movimentos indigenistas, o termo passou de pejorativo para um termo positivo de identidade, simbolizando até uma superação ao sentimento de inferioridade imposto pelos colonizadores.

O termo indígena para o mesmo autor é a posição de reconhecimento e visibilidade política social, uma aliança política pan- indígena, unidade de povos indígenas que unidos respeitos as suas singulares multiethnicidade na busca e defesa de direitos políticos e sociais que são de interesse comum.

Na atual conjuntura é negado a diversidade dos povos do continente americano, assim violando direitos indígenas, sendo comum a negação de sua condição como ser indígena. Tendo em vista a complexa e diferenciada situação em que se encontram as sociedades indígenas no Brasil.

Pela difícil distinção dos reais parâmetros das coletividades indígenas dos que não o são, alimentam estereótipos que estão no senso comum e nos discursos cotidianos de que para ser indígena deve ser um ser que está alheio as novas tecnologias e saberes.

Entre os povos indígenas existem alguns critérios de autodefinição mais aceitos, embora não sejam únicos e muito menos excludente, sendo: estrita vinculação ao território; sistemas sociais, econômicos e políticos bem definidos; língua, cultura e crenças definidas; identificar-se como diferente da sociedade nacional. (LUCIANO 2005)

A identidade de um povo é a percepção de continuidade, de processo, de fluxo, em suma, é memória (CUNHA 2005). Nesse sentido, nenhuma ação ou omissão dentro de sociedade que se pretenda plural e objective assegurar tratamento igualitário a todos pode desconsiderar tal percepção.

Oliveira (1998) observa o fato que a condição de indígena não é definida apenas por pressupostos quanto a unidade racial ou de cor, mas ao contrário é aquele que se identifica como indígena em sua especificidade e nos direitos em relação ao Estado. "Por manter uma forma de organização social e tradições culturais que considera serem provenientes de populações pré-colombianas, ele se auto identifica como indígena e reivindica um tratamento do estado diferenciado na demanda por terra e assistência".

A FUNAI e FUNASA- sistema de atenção a saúde- apenas contabilizam para censo habitacional indígenas em aldeias, mas não os que residem nas cidades e em terras indígenas não demarcadas.

De acordo com Ribeiro (1995) no Brasil existem centenas de povos indígenas que vivem além das fronteiras da civilização ou isolados em áreas já dominadas e que lutam para manter sua própria identidade nas mais diversas condições.

Ao observar o universo dos povos indígenas no Brasil, há um processo histórico de imposição via discurso fundado em percepção única e hegemônica destes, gerando um tratamento igualitário. Contudo, há existência de diferenças culturais, que quando não respeitadas conduzem e produzem desigualdade e exclusão.

Nesse sentido, a identidade não é vista de forma estática, ou original, é fluida e admite mudança permanente que depende da natureza das relações sociais estabelecidas entre os coletivos indígenas. (SITE IEPE)

O reconhecimento do direito de viver e ocupar suas terras além de transmitir sua cultura as gerações além de ser um direito de resguardar a identidade como indígena é também um modo de autodeterminação.

4.3 PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade da pessoa humana como Princípio está na liberdade e autonomia do homem, na sua autodeterminação. Analisando a filosofia de Kant: "A autonomia é fundamental, porque a ideia de autonomia é a ideia de um imperativo racional querido por motivos puramente racionais"

Considera-se dignidade como atributo intrínsecos ao homem enquanto ser moral, à medida que desempenha de modo independente o seu juízo prático, os seres humanos têm personalidades humanas diferentes e insubstituíveis. Diante de tais fatos, no dizer de Alexandre de Moraes, temos o estudo e o significado de Dignidade da Pessoa Humana.

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de

modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

Sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento acaba sendo um valor central do direito ocidental que preserva a liberdade individual e a personalidade, portanto, um princípio fundamental alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, não há como ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar a instabilidade do regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto. Nesse sentido, Flávia Piovesan afirma que (2000, p. 54):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Diz ainda a autora que (2004, p. 92):

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Ainda nesse contexto de conferir à dignidade da pessoa humana um status de princípio fundamental, essencial, fonte de todo ordenamento jurídico brasileiro, manifesta-se o STF:

(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que

traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...).BRASIL (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL02352-03 PP-00466)

Logo, a dignidade da pessoa humana é um norte constitucional, mínimo de direitos que garantem uma existência digna, não pode ser relativizada por constituir valor absoluto, vez que o indivíduo é protegido ao ser colocado em contraposição à sociedade ou ao Poder Público, portanto, em situação de vulnerabilidade.

Neste contexto em relação aos povos indígenas o princípio da dignidade da pessoa humana engloba a cultura, posse da terra e a visão de ser social. Com efeito, a Constituição Federal de 88 no preâmbulo descreve as diretrizes políticas e ideológicas de um Estado Democrático ao expressar “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

A dignidade indígena, portanto, deve ter suas bases no processo que parta da premissa da identificação profunda dos postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização (SANTOS, 1982).

A dignidade é indispensável na vida social, devendo ser respeitada pela sociedade, tendo o ser humano o direito à autodeterminação e à liberdade na condução da própria vida, devendo ser protegido pelo direito e suas normas, como medida de reconhecimento da própria essência e da condição de ser humano.

4.3 DIREITO AS TERRAS

As terras indígenas devem ser consideradas como o habitat dos grupos indígenas, ou seja, como aquelas necessárias à reprodução física e cultural da comunidade, segundo seus usos e costumes. Portanto, muito além da concepção meramente econômica dada pela sociedade capitalista, a terra para o índio representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e de conhecimento.

Relacionando-se com a história cultural da comunidade, com seu universo mitológico, relações familiares, conjunto das interações sociais e como também um sistema de alianças políticas e econômicas entre aldeias de um mesmo grupo. Nesse

sentido, a garantia do território é condição essencial para assegurar a sobrevivência dos índios como grupos etnicamente diferenciados da sociedade nacional, ou seja, representa a única segurança de que o desenvolvimento ocorrerá com o devido respeito à identidade (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS 2004).

Nos termos da legislação vigente (CF/88, Lei 6001/73 – Estatuto do Índio, Decreto n.º1775/96), as terras indígenas podem ser classificadas nas seguintes modalidades de acordo com o site da FUNAI:

- **Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas:** São as terras indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988, direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.
- **Reservas Indígenas:** terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional. Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional.
- **Terras Dominiais:** de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.
- **Interditadas:** áreas interditadas pela Funai para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

No caso das reservas indígenas a União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas a posse e ocupação pelos povos indígenas, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais, garantindo-se as condições de sua reprodução física e cultural.

Para constituição das Reservas Indígenas, adotam-se as seguintes etapas do processo de regularização fundiária:

- **Encaminhadas com Reserva Indígena (RI):** Áreas que se encontram em procedimento administrativo visando sua aquisição (compra direta, desapropriação ou doação).
- **Regularizadas:** Áreas adquiridas que possuem registro em Cartório em nome da União e que se destinam a posse e usufruto exclusivos dos povos indígenas. * **incluir-se neste item, a área Dominial.** (FUNAI)

Quadro 1:

| RESERVA INDIGENA | QTDE | SUPERFÍCIE(ha) |
|------------------|-----------|--------------------|
| REGULARIZADA | 35 | 71.359,3533 |
| ENCAMINHADA RI | 16 | 15.234,5859 |
| TOTAL | 51 | 86.593,9392 |

Fonte: FUNAI

Do direito à posse permanente sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Conforme o artigo 20, inciso XI, da CF, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, o que, para SILVA (2006), cria uma propriedade vinculada ou propriedade reservada para o fim de garantir aos índios seus direitos sobre essas terras. Por isso, são terras inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, como determina o artigo 231, § 4º, CF.

Não há como se fundamentar nas terras indígenas o direito de usucapião, pois é um modo de aquisição da propriedade e esta não se imputa aos territórios dos índios, mas à União a outro título. Pode-se dizer que o “tradicionalmente” refere-se, na verdade, ao modo tradicional dos índios de ocuparem e utilizarem suas terras, o modo característico dessas comunidades de se relacionarem para a garantia da sobrevivência física e cultural de seu povo.

O instituto do indigenato deriva também o princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras, previsto no § 5º do artigo 231, CF. Segundo o artigo, a

remoção dos índios de suas terras é vedada, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Quanto ao direito de usufruto exclusivo dado aos índios das riquezas do solo, dos rios e dos lagos (art. 231, § 2º) da Constituição Federal de 88, este implica a possibilidade desses povos utilizarem, sem restrições, os bens e recursos da área para a realização de suas atividades habituais, segundo seus usos, costume e tradições. Assim, ele pode ser interpretado como um direito que visa assegurar aos índios sua subsistência e a manutenção das suas tradições.

A ausência de restrições para a utilização dos recursos naturais garantida aos índios está assegurada às suas atividades tradicionais, ou seja, para que vivam, segundo seus usos e costumes, garantindo sua subsistência e sua cultura. Entretanto, caso venham a explorar comercialmente os recursos naturais, estarão sujeitos ao cumprimento de exigências e normas legais específicas, como, por exemplo, as normas da legislação ambiental (SOUZA FILHO, 1998).

Outro aspecto a ser abordado em relação à exclusividade do usufruto resguardado aos índios é a garantia de que os recursos naturais dispostos em suas terras só podem ser usufruídos por eles, não estando disponíveis, portanto, a terceiros. O legislador nesse ponto, ao impor limitações à prática de atividades comprometedoras do meio ambiente e da sobrevivência das comunidades indígenas, manteve a coerência com os dispositivos que reconhecem aos índios sua "organização social, línguas, crenças e tradições" (art. 231, caput) da Constituição Federal de 88. E foi com a mesma intenção que impôs restrições à remoção das comunidades indígenas de suas terras tradicionais e ao aproveitamento da lavra mineral e dos recursos hídricos existentes nessas terras (artigo 231, § 3º, CF).

O dispositivo supra mencionado, utiliza a palavra "permanente", que advém do reconhecimento da relação diferenciada que esses povos possuem com a terra, pois aqui o legislador garante ao índio uma posse "para sempre" para que este mantenha sua cultura, hábitos e tradições. O artigo 231, § 1º, CF conceitua o que vêm a ser as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sendo "as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições". "Tradicionalmente ocupadas" não significa ocupação imemorial, ou seja, na qual os índios teriam direitos sobre suas terras por estarem nelas desde épocas remotas.

Embora os índios apenas possuam a posse dessas terras, convém lembrar que esse conceito possui um caráter próprio que ultrapassa o conceito comum de posse regulado pelo Código Civil brasileiro. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não estão resumidos no simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria, mas revelam também o direito que seus titulares têm de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata.

4.4 IMPACTOS DA EXPLORAÇÃO MINERAL PARA O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO TERRITÓRIO

Todas as atividades de extração mineral, de pequeno ou grande porte, causam prejuízos para o meio ambiente e para a saúde das pessoas que trabalham ou moram na região explorada. A contaminação dos rios, dos solos e do ar por mercúrio e cianeto (usados na extração mineral), levam a uma devastação ambiental. (SITE [PIB SOCIOAMBIENTAL](#))

Nesta trajetória, os direitos humanos surgem como critérios/parâmetros válidos na busca pelo respeito à dignidade humana. Isso ocorre justamente por causa das políticas públicas existentes, para possibilitar condições de vida digna para a população, aos ensinamentos de Herrera flores:

(...) Falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objeto que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja indigna de ser vivida (FLORES, 2009, p37)

Quando vem à tona a questão dos direitos dos povos indígenas, deve-se partir da premissa que possuem o direito de ter o direito. Para tanto, é necessário reconhecer que tais povos são sociedades complexas e autossuficientes, com organizações sociais, culturais, crenças, tradições, princípios éticos, valores e direitos próprios.

Para Oliveira (1998) os indígenas são aqueles se que se reconhecem como tal e estão presentes no marco territorial antes da chegada dos colonizadores que perpetuaram o ideal de que índio é apenas aquele ser isolado, em uma tribo, nu, mas sim ser considerado como sujeito de direito na sociedade constitui prerrogativa básica na qualificação de alguém como humano. Simplificando é assegurar a dignidade de um ser humano, respeitá-lo de forma igualitária, independente de

quaisquer condições sociais, culturais ou econômicas. Assim não há dignidade se não houver o respeito aos direitos humanos básicos.

A relação dos povos indígenas com a terra transcende a concepção ocidental de propriedade produtiva, indo além da terra como fonte de subsistência material. Sobre isso, com total propriedade escreveu Gersem dos Santos Luciano – Baniwa, indígena brasileiro e antropólogo:

Os povos indígenas têm conservado a visão comunitária e sagrada da natureza. Por isso, as montanhas, os lagos, os rios, as pedras, as florestas, os animais e as árvores têm um alto significado. Os acidentes geográficos e os fenômenos naturais são personificados e foram criadas em torno deles narrativas orais e escritas. Território é condição para a vida dos povos indígenas, não somente no sentido de um bem material ou fator de produção, mas como o ambiente em que se desenvolvem todas as formas de vida. Território, portanto, é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva. (LUCIANO, 2006, p101)

Os direitos humanos são naturais e universais e estão profundamente ligados a essência do ser humano independente de ato normativo. Para Wilson terena da Funai Brasília-DF, há atualmente uma vigorosa resistência da identidade cultural dos grupos indígenas brasileiros, principalmente em se identificar como indígena.

Para os povos indígenas, o território compreende a própria natureza dos seres naturais e sobrenaturais, onde o rio não é simplesmente o rio, mas inclui todos os seres, espíritos e deuses que nele habitam. Terra e território não significam apenas o espaço físico e geográfico, mas sim toda uma simbologia que carrega como espaço primordial do mundo humano e do mundo dos deuses que povoam a natureza. (LUCIANO 2006).

Os conflitos pela terra perpetuem até os dias de hoje, quando se trata dos povos indígenas. As suas terras devem ser consideradas como habitat, ou seja, como aquelas necessárias à reprodução física e cultural da comunidade segundo seus usos e costumes. Portanto muito além da concepção meramente econômica dada por nossa sociedade capitalista, a terra para o índio representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento.

As violências são múltiplas: fundiárias, físicas, sociais, ambientais, culturais, étnicas e econômicas. As ações predatórias se dão principalmente pela inércia estatal. Contudo os indígenas lutam ao exercerem o direito de resistência como

forma de buscar a materialização de seus direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

A Anistia Internacional, em seu relatório de 2008, assinala que “povos indígenas, em vários pontos do país, também sofreram ameaças, ataques e, inclusive, homicídios, sobretudo em sua luta pela terra” (Conselho Indigenista Missionário – Cimi, 2008, p. 43)

Nesse sentido, a comissão de direitos humanos corrobora ao citar que a garantia do território é condição essencial para assegurar a sobrevivência dos povos indígenas como grupo etnicamente diferenciados da sociedade nacional, ou seja, representa a única segurança de que o desenvolvimento ocorrerá como devido, respeito a identidade e autonomia das culturas indígenas. (Anistia Internacional Brasil)

Deste modo são compreensíveis os motivos da luta pela terra no qual é uma demanda tão relevante para os povos indígenas, ao ponto de atuar como uma bandeira geral e unificadora de povos tão distintos, chegando a proporcionar a criação, na década de 1970, do movimento pan-indígena no Brasil, uma união de povos indígenas na luta pelo direito à terra, inclusive reunir povos que eram inimigos quando das antigas guerras intertribais (LUCIANO, 2006).

De acordo com Verдум, assessor de Políticas Indígenas e Socioambientais do Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), a questão da mineração no Brasil precisa ser analisada sob a ótica das discussões da regulamentação 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Os direitos indígenas de posse permanente e do usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em suas terras, derivam de seus direitos originários, mesmo sem a devida demarcação, garantidos e resguardados. Vale considerar que o fato da demarcação constituir um ato declaratório não retira deste modo a sua importância nem a necessidade de a União concluir esse processo.

Devido ao desrespeito aos direitos indígenas, tanto em relação à sua cultura quanto à posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, grande parte das terras indígenas possuem a presença de não índios, que vivem nessas terras ou as invadindo para retirar recursos naturais, como madeira e minérios causando conflitos com morte em ambos os lados. (CUNHA 2012)

Para Leitão (1993) fica explícita necessidade de refundar a FPDDI (Frente Parlamentar de Defesa dos Direitos Indígenas) no sentido de tratar de maneira organizada os processos legislativos, particularmente o Estatuto dos Povos Indígena. Entretanto, em relação às populações indígenas e comunidades tradicionais, os impactos negativos da mineração podem alcançar dimensões ainda maiores do que sobre outras comunidades. Nesses casos, ficam mais nítidos os impactos sociais gerados, pois a dinâmica da atividade minerária ocorre de maneira contrária à dinâmica dessas populações, o que causa externalidades negativas em nível local.

A destruição, por exemplo, dos recursos naturais dentro de uma área indígena ou a contaminação de um rio põem em risco a sobrevivência física desses povos e alteram diretamente sua cultura, pois comprometem a fonte de alimentação da comunidade, introduzem doenças e modificam hábitos tradicionais dos indígenas.

Os impactos provocados sobre as comunidades indígenas e o meio ambiente pela exploração mineral são inúmeros entre eles os impactos sociais, pois o contato com os garimpeiros não índios, há um processo de degradação física e cultural.

Diversas doenças foram introduzidas para os índios entre elas doenças venéreas através da prostituição, como também sofrendo um processo de desintegração, devido principalmente pela morte de inúmeros índios em conflito com garimpeiros.

A introdução de hábitos diferentes da cultura indígena é um fator prejudicial, pode-se dizer, ainda, que os impactos sociais foram para além das fronteiras da área indígena, alcançando principalmente os municípios mais próximos da área. Como mais um exemplo do impacto social, pode-se citar a violência e corrupção

Impactos Ambientais: Os impactos ambientais também são severos entre eles: destruição da mata ciliar e das margens, desmatamento e poluição das águas. Os equipamentos utilizados na exploração mineral são basicamente as máquinas, tratores, motores, retroscavadeiras entre outros equipamentos.

Sendo nesse espaço democrático que a dignidade para os indígenas deve ser reconhecida, não mais por pensamentos ocidentais enroscados em uma moralidade cristã, mas sim em um conjunto de crenças morais estabelecidas em cada sociedade indígena. Não é possível pensar em dignidade para os povos indígenas sem levar em consideração qual a compreensão que cada povo tem acerca do conceito, o qual, necessariamente, deve ser recepcionado pelo

ordenamento jurídico que se pretende plural. Deste modo é indispensável trazer a voz das lideranças indígenas, pois o índio morre por ser índio.

Ainda é difícil fazer a sociedade dominante compreender o significado da terra para os povos indígenas, de modo que um dos argumentos mais veiculados nos meios de comunicação e utilizado por ruralistas e empresas que desejam explorar economicamente as terras ocupadas pelos indígenas, impregnando o estereótipo de subespécie e legitimando assim o etnocídio tão presente nos processos de conquista territorial.

O termo etnocídio foi criado por antropólogos norte-americanos nos anos 50 no intuito de explicar o processo de assimilação cultural pelo qual estavam passando os povos indígenas da Amazônia. Qualifica a imposição forçada de um processo de aculturação – uma cultura por outra, quando esta conduz à total destruição dos valores sociais e morais tradicionais da sociedade dominada, primeiro a sua integração após o seu total desaparecimento. O etnocídio foi e ainda é frequente praticado pelas sociedades do tipo industrial com objetivo de assimilarem e “pacificarem” as sociedades ditas primitivas ou atrasadas, tendo um pretexto de moralidade um ideal progressista e evolucionista. (ROBSON,2004, p31)

Pode-se inferir que os principais impactos negativos da atividade minerária sobre comunidades indígenas são principalmente os gerados pela mineração informal ou garimpo, são os que ocorrem com mais frequência, principalmente na região amazônica. Como exemplos das consequências ecológicas e culturais dessa atividade, vale citar a poluição e assoreamento dos rios, abandono das práticas tradicionais de plantio de subsistência e o surgimento de uma forte estratificação social baseada no acesso à renda do garimpo. (CURI 2005)

Talvez aqueles que se opõem radicalmente à existência de territórios indígenas o façam principalmente pela ausência nessas terras de uma exploração capitalista como a existente nos demais territórios do país. É um argumento que pode ser refutado, especialmente, em tempos de crise ambiental e urgente proteção dos recursos naturais

Além disso, atualmente esta concepção está associada ao conceito de capacidade civil como sendo algo possível apenas para aqueles que já se “integraram à comunhão nacional”, ou seja, só é capaz o indígena que “deixou de ser indígena” em razão do processo violento de assimilação à sociedade dominante. Essa questão da capacidade civil revela bem como no presente momento a situação dos povos indígenas frente ao Estado brasileiro e ao sistema jurídico é repleta de incompatibilidades e incongruências. Outro bom exemplo de como o acesso dos

povos indígenas brasileiros aos seus direitos ainda é um processo de constante luta e marcantes violações é a questão do direito à terra. (CURI 2005)

Nesse viés da ideia de concepção de integração o atual Ministro do Meio Ambiente Ricardo Salles em uma recente visita ao Amazonas, manifestou-se ao falar que os povos indígenas podem ser integrados socialmente sem perder suas origens e tradições conquanto sejam nos preceitos que a sociedade não índia se faz como aceito.

Essa velha ideia do atual governo dá margens para enfraquecer as demarcações das terras indígenas e a garantia dos direitos fundamentais, as críticas aos órgãos como Ibama e Funai sobre as multas aplicadas a exploração clandestina em terras indígenas dá mais força para os empresários empurrarem projetos de leis ao congresso para facilitar a exploração em terras indígenas.

A medida provisória MP870/19 editada pelo governo Bolsonaro, pelo seu twitter o presidente manifestou-se da urgência na integração do indígena na sociedade e uma eminente reforma na tutela e demarcações pois os povos indígenas estão atrapalhando o desenvolvimento do país que “menos de um milhão de pessoas vivem nesses lugares isolados do Brasil, explorados e manipulados por ONGS”, uma medida entre outros assuntos a medida citada passa para o Ministério da Agricultura a atribuição de identificar, delimitar e demarcar as terras indígenas e quilombola, o que antes era feito pela FUNAI vinculada Ao Ministério da Justiça.

Em entrevista ao site Uol, a relatora especial dos povos unidas Victoria Tauli-Corpuz aduz que esta medida é um retrocesso sobre os direitos dos povos indígenas, alertando que “Entrar em território onde indígenas vivem em isolamento voluntário pode levar ao desaparecimento, o genocídio desses povos”, sendo que tais ações representam um descumprimento de compromissos internacionais por parte do Brasil.

A tentativa é a mesma sempre colocar os indígenas em uma posição inferior, isso é moralmente inaceitável, todos devem ter seus direitos respeitados, não perpetuar a ideia que os indígenas devem ser privados de viverem em suas tribos. Pensar que esses povos não podem continuar vivendo da forma em que vivem e que devem passar por um processo de integração incorporando a cultura dominante é negar que em nosso territorial há diferença cultural.

Fica evidente a noção de vida digna a partir do processo de assenhoreamento da terra, ou seja, sem essa relação com a terra que é vida para os povos indígenas, espaço de efetivação da dignidade, que passa pelo modo de vida

de seus antepassados: poder caçar, circular livremente, sendo que todo e qualquer discurso governamental fica esvaziado e sem fundamentação. (CURI 2005)

Ainda como impacto da atividade minerária, seja esta realizada por empresas ou por garimpeiros, pode-se citar a introdução de valores típicos da sociedade dominante, como o fascínio pelo dinheiro. Com a introdução desses novos hábitos, o que se constata, com a da mineração em terras indígenas certo tempo é a deterioração da vida tribal, seguida da perda da identidade social e completada pelo enquadramento cultural e social à sociedade dominante, ou seja, a passagem de uma sociedade autônoma para uma minoria dependente.

Nesse sentido, a garantia do território é condição essencial para assegurar a sobrevivência dos índios como grupos etnicamente diferenciados da sociedade nacional, ou seja, representa a única segurança de que o desenvolvimento ocorrerá com o devido respeito à identidade e autonomia das culturas indígenas, pois é este que assegura aos índios a preservação de sua cultura e a manutenção de sua identidade como povos e não apenas como indivíduos (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS, 2004).

A hipótese principal deste trabalho é trazer uma reflexão ainda que com leis e jurisprudências asseguradas e uma Constituição Federal que amplamente resguarda ao indígena como um ser detentor de direitos tanto no seara como social como dono das terras habitadas, contudo não é efetivo que tais direitos sejam respeitados. Perpetuando-se a ideia de que o indígena é um ser incapaz que precisa de ajuda do estado para se integrar às sociedades.

Como também o pensamento de que este é detentor de muitas terras com valores e riquezas comerciais e que para o bem e crescimento de toda a nação devem ser explorados e comercializados mas sem que o seu dono histórico de direito participe do manejo e nem do resultado financeiro final.

E esta ideia de ver o indígena como um selvagem sem cultura que está cada vez mais forte com o novo governo, em 2019 há militares cuidando da FUNAI e de outros departamentos que tratam diretamente sobre os direitos dos povos indígenas.

Direitos já assegurados sendo questionados, sendo o princípio da dignidade humana e do direito as terras sendo servidos apenas para os não indígenas. Olhar-se-á novamente um genocídio como foi na época de Pedro alvares Cabral, na luta pela independência do Brasil, no golpe de 64 e seus militares e contudo não será visto por fotos ou nas histórias dos livros da escola.

O massacre étnico dos povos indígenas era apenas uma lembrança amarga na história do Brasil, mas na verdade será um futuro próximo, um hoje incontestável. Preservar povos minoritários étnicos contra os gritos de BRASIL AMEIO-O OU DEIXE-O.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho consta a análise do conflito entre a atividade mineraria em terras indígenas e a garantia dos direitos humanos na seara do princípio da dignidade da pessoa humana e o território, além de analisar sobre os aspectos econômicos políticos e ambientais.

Atualmente, os grandes projetos minerários se concentram na Região Norte, onde se encontra a maior parte da população indígena do país. Diante dos atuais acontecimentos, analisa se de fato a exploração mineral é a única trajetória para o desenvolvimento e qual realmente é a forma de progresso que se busca.

Nesse contexto, a regulamentação da mineração em qualquer área, deve abranger uma análise integrada dos fatores econômicos, ambientais e sociais para pesar seus reais benefícios e prejuízos para a população. No caso da atividade minerária em terras indígenas, os impactos podem colocar em risco a preservação de uma cultura singular.

Um dos mecanismos para esse exame detalhado, é o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/Rima) que conterà um diagnóstico ambiental e social da área de influência do projeto mineral, fazendo uma exposição das interações dos fatores ambientais, físicos, biológicos e socioeconômicos.

No caso da atividade minerária em terras indígenas, primeiramente deve ser feita uma análise sobre a essencialidade do recurso mineral a ser explorado, bem como a possibilidade de se fazê-lo em outra área, são pontos básicos a serem levantados. Para a Constituição Federal há necessidade das comunidades afetadas serem ouvidas antes de qualquer tentativa de regulamentação. Portanto, mesmo que se tenha um marco legal sobre o assunto, deve-se preceder a uma análise caso a caso.

Somente após detalhado estudo, levando sempre em consideração os impactos sociais a curto, médio e longo prazo, após o laudo antropológico e após ouvir as comunidades afetadas, é que se poderá pensar na possibilidade de realização de uma atividade minerária em área indígena, garantindo sempre a estas uma participação nos resultados da lavra, como prevê a Constituição.

O legislador não pode tomar decisão sem conhecer os efeitos dessa decisão, não é apenas uma recomendação. É um condicionamento para o exercício de legislar. Sendo das comunidades indígenas demonstrarem o quanto será violento o impacto da mineração em suas terras e comunidades.

Com a consulta aos indígenas, há o direito de não concordarem com a realização de uma atividade minerária em suas terras, visto serem os maiores alvos dos impactos socioambientais gerados pela mineração.

Além do texto constitucional, outros instrumentos garantem a necessidade de consentimento prévio dos povos indígenas para a realização de atividades em suas terras, como o artigo 109, alínea "j", da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB, e os artigos 6º, I, alínea "a" e artigo 15, II, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Por fim, enfatiza-se que a consulta deve ser feita diretamente às comunidades indígenas, não podendo os órgãos indigenistas responderem como no caso citado da mineradora Belo Sun no estado do Pará. Quanto à forma de se fazer a consulta é melhor que esta ocorra dentro da própria área indígena, pois assim haverá mais chances de verificar as condições sociais, políticas e econômicas da localidade, avaliar diretamente seus impactos e ouvir a opinião de mais índios sobre o assunto.

E ao se falar sobre como adentrar nas comunidades indígenas, talvez o problema maior não seja nem o contato propriamente dito, mas como é feito e com quem é feito. Realizado por mineradoras, os índios passam a ter contato com um lado agressivo e excludente do sistema, expressado pela necessidade de sobrevivência e ganância.

Além da atividade em si, a exploração mineral também resulta em situações degradantes socialmente. Infelizmente os indígenas passam a conviver com essa realidade gerando mais problemas sociais. Pode-se dizer que o interesse em legalizar essa atividade em área indígena são representados por sindicatos, como também por políticos locais e empresários da região.

No atual contexto, em que a maioria dos povos indígenas no Brasil já estabeleceram alguma forma de contato com a sociedade, esse reconhecimento da sua cultura e dos seus direitos deve encontrar formas de se fortalecer dentro da realidade atual um convívio que desrespeitou por mais de quinhentos anos a individualidade dos povos indígenas.

A consolidação dos movimentos indígenas, assim como as ofertas de políticas públicas específicas e a recente e crescente revalorização das culturas indígenas, estão possibilitando a recuperação do orgulho étnico e a reafirmação da identidade indígena.

A hipótese levantada de que a exploração mineral viola os direitos humanos dos povos indígenas confirma-se ao analisar que tal atividade atinge de modo interno e externo o indígena como ser.

O ideal seria que os povos indígenas não tivessem entrado em contato com os valores destruidores de nossa sociedade, entretanto, esse é o contexto em que está inserida a grande maioria. Portanto deve se encontrar meios de garantir a pluralidade étnica e a justiça social partindo dessa realidade, para que, posteriormente, possamos transformá-la.

A solução seria otimizar a relação com essas comunidades, ou seja, apresentar meios, dentro do sistema que lhes foi imposto, meios para que preservem sua cultura e tradições, através da utilização positiva das ferramentas de nossa sociedade.

Tomando como exemplo os índios Waiãpi no Amapá que apresentaram propostas para o garimpo indígena, houve campanha contra esse projeto por políticos vinculados a garimpeiros lançando uma campanha difamatória contra uma organização não-governamental que trabalhava na área, para impedir a implementação do projeto de Recuperação e Despoluição das áreas da TI Waiãpi degradadas por garimpo, que já havia sido aprovado pelo MMA e PD/A.

Necessariamente o Governo Federal deveria atuar em parceria, tanto na implementação do projeto como na fiscalização da área e dos resultados. Pode-se pensar na hipótese da realização do garimpo indígena através de cooperativas, havendo uma integração saudável entre atores sociais diferentes para uma exploração econômica de modo sustentável.

Para tanto, prevê-se o apoio do governo e de organizações da sociedade civil em todas as etapas da produção, com capacitação dos indígenas e apoio técnico nas áreas específicas.

A partir do momento em que os indígenas assumem a gestão de seus projetos e passam a participar ativamente das decisões sobre o futuro de suas comunidades, rompem com a estrutura fortemente assistencialista da política indigenista no país, que ainda não encontrou meios viáveis para o desenvolvimento sustentável das sociedades indígenas.

Ressalta-se que a incompatibilidade entre a atividade minerária e a preservação cultural dos povos indígenas, uma alternativa a ser considerada, visto que estão em perigo são valores humanos que se sobrepõem a qualquer interesse econômico.

Optar pela valorização dos povos indígenas significa escolher pelo Ser ao invés do Ter, quando se mensura o que realmente é importante e necessário, como também é uma escolha pela preservação ambiental, na qual os povos indígenas são fundamentais colaboradores. E, considerando que o desenvolvimento econômico transcende a obtenção do lucro, optar pelos povos indígenas significa ganhar em preservação dos recursos naturais o que, atualmente, além de necessário, é rentável.

De qualquer forma, seja qual for a decisão tomada através da análise de um caso específico, esta deve estar contemplada com a participação direta dos povos indígenas, que devem ser consultados e efetivamente ouvidos em todas as fases do processo.

Diante da situação atual em que se encontram os povos indígenas no Brasil, sofrem as consequências de um contato destruidor com a nossa sociedade, qualquer decisão deve ser cautelosamente estudada, levando em consideração não apenas a necessidade de soluções imediatas, mas também as experiências passadas, seus resultados e uma possível previsão das consequências a curto, médio e longo prazo de um posicionamento presente.

Há de considerar ainda, que somente o Estado possui mecanismos legais e competentes para fiscalizar e coibir a entrada de não índios nas terras indígenas. Um dos obstáculos para a criação de mecanismos de defesa aos índios, encontra-se na postura racista da sociedade em geral, portanto ao mesmo tempo em que precisamos modificar os pontos fracos do lado institucional sobre a questão do desrespeito aos povos indígenas no Brasil, precisa-se também de uma modificação dos valores éticos da atual sociedade.

Os povos indígenas hoje são sobreviventes e resistentes, como também estão em franca recuperação da auto estima, buscando consolidar seu espaço na história multicultural do Brasil.

Só haverá respeito de fato aos povos indígenas em sua integridade quando a sociedade civil, setor público e privado, respeitar os povos indígenas em todas as suas diferenças e particularidades e que acima de qualquer interesse econômico estão os valores humanos e que, no caso dos povos indígenas, estes são não só individuais, como também coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, H. M. de. **Mineração e meio ambiente na Constituição Federal**. São Paulo: Editora LTr, 1999

BORGES, L. F. **Política e mineração na era da eco eficiência**, 2000. In: Lins, F. A. F.; Loureiro, F.E.V.; Albuquerque, G. A.A. S. C. Brasil 500 anos – a construção do Brasil e da América Latina pela mineração. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2000

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Departamento Nacional de Produção Mineral. **Código de Mineração: Decreto-Lei nº 227, de 27/02/1967**. Disponível em: www.dnpm.gov.br. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

BOOF, L. **Ética e Eco-espiritualidade**. Campinas, SP: Verus Editora, 2003.

CARTAS DO BRASIL, 1549-1560. Publicações da Academia Brasileira. Oficina Industrial Gráfica, Rio de Janeiro, 1931.

CARVALHO, W. T.; Cunha, Manuela Carneiro da. **A questão indígena e interesses minerários na Constituinte**. In: Fernandes, F. R. C. Et al. A questão mineral da Amazônia: seis ensaios críticos. Brasília: MCT/CNPq, 1987.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Violência contra os povos indígenas no Brasil – 2006/2007**. Disponível em: <[http:// www.cimi.org.br](http://www.cimi.org.br)>. Acesso em: 5 de setembro. 2018.

COSTA, Mariza Domingos. **Da Evangelização e Educação dos Índios no Brasil: as concepções de Manoel de Nóbrega e José de Anchieta**. 2010

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direito e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CURI, Melissa Volpato: **Mineração em terras indígenas: caso terra indígena Roosevelt**- Campinas, SP.: 2005.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Presidência da República

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Presidência da República.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Presidência da República.

_____. Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas). Presidência da República.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Presidência da República.

_____. Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989. Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá outras providências. Presidência da República.

_____. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Convenção Sobre Diversidade Biológica - CDB.

DALLARI, Dalmo; LEITÃO, Sérgio; ANTUNES, Paulo de Bessa; MONTERO, Paula. Direitos indígenas: debate com Dalmo Dallari, SÉRGIO LEITÃO, PAULO DE BESSA ANTUNES E PAULA MONTERO. Debate realizado no Cebrap em 4 de junho de 2004. Novos Estudos CEBRAP. N.º 69, julho 2004, pp. 57-70.

DAVIS, Shelton H. 1978. **Vítimas do milagre**. Rio de Janeiro: Zahar.

Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 de dezembro de 1969. Disponível em: Acesso em: 27 novembro. 2018

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS. Disponível em: <www.onu-brasil.org.br/espanhol> Brasília: Senado Federal, 2007

DUSSEL, Enrique. **Europa, modernidade e euro centrismo**. Em livro: **A colonialidade do saber: euro centrismo e ciências sociais. Perspectiva latino-americana**. Edgar Lander (org.). Colección Sur Sur, CLACSO, ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina, setembro 2005

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Índios do Brasil - índios hoje**. Disponível em: www.funai.gov.br. Acesso em: 7 novembro de 2018.

GAGLIARDI, José Mauro. **O indígena e a República**. São Paulo: Ed. Heulitec, 1989.

GALLOIS, Dominique Wilkins. Jane Karakuri - **o ouro dos Waiãpi: a experiência de um garimpo indígena**. Magalhães, Antônio Carlos. (Org.). Sociedades indígenas e transformações ambientais. Belém: UFPA/NUMA, 1993.

GOMES, Marcio Pereira. **Os índios e o Brasil: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988.

GUIA TERCEIRO MUNDO. Rio de Janeiro, 1986. p. 25-30. O original encontra-se no Arquivo Nacional da Torre de Tombo, Corpo Cronológico, Parte 3ª.

HERRER FLORES, Joaquín; **A (re) invenção dos Direitos Humanos**, Florianópolis; Fundação boi Teux.2009.

KAYSER, Hartmut Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução: Maria da gloria Lacerda, Klaus-Peter purack. Porto Alegre: Sergio Antônio. Fabris ed., 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: Os pensadores – Kant. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultura, 1980.

KYRILLOS, Gabriela de Moraes. **Povos indígenas, direitos humanos e descolonialidade: reflexões sobre as políticas públicas a partir do CRAS Indígena de Caarapó MS/Brasil**. 2014. 121 f. Dissertação (Mestrado em Social) - Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2014.

Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. In: Magalhães, Edvard Dias. (Org.). **Legislação indigenista brasileira e normas correlatas**. 2.ed. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.p. 47-63.

Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Magalhães, Edvard Dias.

(Org.). **Legislação indigenista brasileira e normas correlatas**. 2.ed. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.

LIMA e BARROSO-HOFFMANN. Questões para uma Política Indigenista: Etnodesenvolvimento e Políticas Públicas. Uma Apresentação. In A. C. de Souza Lima e M. Barroso-Hoffmann (orgs.). **Etnodesenvolvimento e Políticas Públicas: Bases**

para uma Nova Política Indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/ LACED, 2002.

LINS, Fernando Antonio Freitas; LOUREIRO, Francisco Eduardo de Vries Lapido; ALBUQUERQUE, Gildo de Araújo Sá Cavalcanti de. **Brasil 500 anos** .

Lopes SpareMBERGER, R. y Kyrillos, G.: "**Desafios coloniais e interculturais: o conhecimento jurídico colonial e o subalterno silenciado** ", en Contribuciones a las Ciencias Sociales, Junio 2013, www.eumed.net/rev/cccss/24/colonialidade.html

LUCIANO, Gersem dos santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas do Brasil de hoje.** Brasília: MEC/SECAD; LACED/ Museu Nacional, 2006.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 13^a ed._ São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo.** Rio de Janeiro 1998.

RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a Civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

RIBEIRO, Darcy. **Culturas e línguas indígenas do Brasil. Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais,** 1957.

RICARDO, Fany; Rolla, Alicia. (Orgs.). **Mineração em terras indígenas na Amazônia brasileira.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

ROBINSON, Fernanda Ruschell-**Os povos indígenas e as fronteiras nacionais: a questão da manutenção da integridade da Nação guarani.** Dissertação 2004

RODRIGUES, Flávio Marcondes Soares. A evolução histórico-legislativa da posse indígena. **Revista Jus Navigandi,** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2437, 4 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14445>>. Acesso em: 25agosto 2018.

SANTILLI, Juliana. **Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas.** In: Santilli, Juliana (Coord.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

SANTILLI, Juliana (coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição.** Porto Alegre: Safe, 1993.

SANTOS, Sílvio Coelho dos (org.). **O Índio Perante o Direito** (Ensaio). Florianópolis: Ed. da UFSC, 1982

SILVA M& Grubits S. (2006) **Reflexões Éticas em Pesquisas com Populações Indígenas. Psicologia Ciência e Profissão**, 46-57.

SILVA, J.A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 8º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SOUZA FILHO, C.F.M. **O Renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá 1998.

RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito minerário: escrito e aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 425 p.

VILLAS BÔAS, Hariessa Cristina. **Mineração em Terras Indígenas: a invisibilidade do direito à consulta prévia como um processo e a visibilidade ao flagrante desrespeito de ouvir e consultar os verdadeiros titulares desses direitos**. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2013.

VILLAS BOÂS, Ana Lucia. **Mineração e desenvolvimento econômico: A questão nacional nas estratégias de desenvolvimento no setor mineral (1930-1964)** Rio de Janeiro 1995.

<https://anistia.org.br/o-brasil-e-ameaca-aos-direitos-dos-povos-indigenas/>

<http://casteloroger.blogspot.com/2011/05/olhos-na-historia-exploracao-do.html>

<https://www.coladaweb.com/historia/colonizacao>

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,e-a-globalizacao-uma-nova-forma-de-colonizacao-onde-as-superpotencias-impoem-se-e-exploram-paises-mais-pobres-44675.html>

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3799/O-principio-da-Dignidade-da-Pessoa-Humana-e-os-Povos-Indigenas>

<https://www.oeco.org.br/colunas/carlos-gabaglia-penna/20837-efeitos-da-mineracao-no-meio-ambiente/>

<http://ageamapa.ap.gov.br/conteudo/setores-de-negocios/mineracao>

https://www.institutoiepe.org.br/media/livros/livro_povos_indigenas_no_AP_e_N_d_o_PA.pdf

[https://pib.socioambiental.org/pt/Povos ind%C3%ADgenas e os direitos humanos](https://pib.socioambiental.org/pt/Povos_ind%C3%ADgenas_e_os_direitos_humanos)

<https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2019/02/14/salles-visita-amazonia-pela-1-vez-indios-podem-se-integrar-ao-agro.htm>

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000200006

<https://www.brasildefato.com.br/2019/03/11/artigo-or-o-canada-e-a-mineracao-em-terras-indigenas-no-brasil-de-novo/>

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46332/46904> :
alfredo ruy barbosa

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0060383-85.2014.4.01.0000/PA: site: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604596267/agravo-de-instrumento-ai-603838520144010000-0060383-8520144010000>

<https://terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/70537>

POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

MANFREDO BRAGA FILHO:

Advogado. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar, sob o crivo da Constituição Federal, os efeitos da decisão de extinção da punibilidade no Processo Penal Brasileiro. A extinção da punibilidade são situações legais que, de forma taxativa, impedem o Estado-Juiz de analisar o mérito da demanda penal uma vez existentes a referida causa elencada em lei, como por exemplo a decadência e a morte. Contudo, a extinção da punibilidade apaga apenas os efeitos penais primários, permanecendo os efeitos penais secundários e extrapenais decorrentes da condenação. Por isto, o presente trabalho, utilizando, o método de análise qualitativa, abordará o referido conteúdo com o estudo da doutrina, da jurisprudência e da legislação sobre o assunto abordado.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento, efeitos penais, reparação de danos.

ABSTRACT: This article aims to analyze, under the federal Constitution, the effects of the decision of extinction of punishment in the Brazilian Criminal Procedure. The extinction of punishment are legal situations that, strictly, prevent the Judge State from analyzing the merits of the criminal claim once existing the cause listed in law, such as decay and death. However, the extinction of punishment erases only the primary criminal effects, the secondary and extrapenal criminal effects of the conviction remaining. Therefore, the present work, using the qualitative analysis method, will address this content with the study of doctrine, jurisprudence and legislation on the subject.

Key words: Right to forgetfulness, criminal effects, damage repair.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 LIMITES AO PODER DE PUNIR DO ESTADO. 2.2 PANORAMA ATUAL SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E SEUS EFEITOS. 2.3 DEVER DE CONSTRUIR UM NOVO PANORAMA PARA MELHOR EFETIVAR A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A extinção da punibilidade nada mais é do que situações legais (ex. 107 do Código Penal Brasileiro) que de forma taxativa impedem o Estado-Juiz de analisar

o mérito da demanda penal uma vez existentes a causa elencada em lei, como por exemplo a decadência, a morte, a prescrição, etc.

Atualmente, as decisões na fase de conhecimento no processo penal que implique a extinção da punibilidade, provoca apenas o efeito de impede o exercício do direito de ação, apagando todos os efeitos penais primários (sanção), secundários (indenização, custas, maus antecedentes, reincidência etc); bem como todos os efeitos extrapenais e de ter o poder de rescisão de eventual sentença condenatória.

Ocorrendo na fase executória, ou seja, por situações que se perfaz posterior ao trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, a extinção da punibilidade apaga apenas os efeitos penais primários, permanecendo os efeitos penais secundários e extrapenais decorrentes da condenação.

Como se pode notar, a legislação penal é tímida em restaurar todos os danos provocado ao acusado que tem extinta a sua punibilidade por situações que paralisa a própria pretensão punitiva do Estado, ou seja, qualquer espécie de condenação.

Por tudo isto, o presente trabalho tem como objetivo analisar, sob o crivo da Constituição Federal, os efeitos da decisão de extinção da punibilidade no Processo Penal Brasileiro.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 LIMITES AO PODER DE PUNIR DO ESTADO

Max Weber apud Bianchi (2014) ao analisar o Estado, afirmou em conferência que:

Em última análise só podemos definir o Estado moderno sociologicamente em termos dos meios específicos peculiares a ele, como peculiares a toda associação política (politischen Verband), ou seja, o uso da força física" (Weber, 1982, p. 98; 1988, p. 506). "O Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o 'território', faz parte de suas características – reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima" (Weber, 1982, p. 98).

Sendo assim, podemos dizer que o direito de punir do Estado, também chamado de IUS PUNIENDI ou direito penal subjetivo, constitui no direito que o

Estado tem de criar e aplicar o direito penal objetivo, demonstrado em quatro momentos:

- a) o poder de criar o direito objetivo – legislador;
- b) poder de AMEAÇAR com pena - prevenção;
- c) direito de APLICAR a pena (também chamado de direito de PUNIR);
- d) direito de EXECUTAR a pena.

Como bem nos ensina Gomes (2008):

Nesse momento, cumpre-nos observar as DUAS FACETAS DO IUS PUNIENDI. De um lado, a punibilidade abstrata, que se revela no poder de o Estado, abstratamente, prever a pena, e, ameaçar de aplicá-la. De outro, a punibilidade concreta, que nada mais é que o poder-dever que o Estado tem de aplicar a pena concretamente, quando do cometimento da infração penal”, logo então, podemos perceber que a extinção da punibilidade atinge ambas os tipos de punibilidade.

Teria o Estado limites ao poder de punir – *ius puniendi*? Sem dúvida alguma. O Estado desde o iluminismo vem sofrendo marcante limitação do poder, pelo chamado constitucionalismo moderno, por meio de normas constitucionais que dotam as pessoas de direitos em face do Estado.

Gonzaga & Beijato Junior (2014, p. 304) nos ensinam que:

No decurso do tempo surgiram os ideais iluministas: Deus dava lugar ao homem como o centro de todas as coisas (antropocentrismo). Os esses iluministas propiciaram o surgimento da Revolução Francesa e da Revolução Americana (revoluções liberais do final do século XVII) que defendiam, entre outras coisas, a positivação de diversos direitos com o intuito de propiciar maior segurança aos membros da sociedade.

Sendo assim, podemos dividir em pelo menos três limites básicos o direito de punir do Estado. O primeiro deles é o limite material, que trata das regras e princípios expressos ou implícitos da constituição que determinam proteção jurídica ao cidadão, ou seja, normas de conteúdo ou substanciais. Temos como exemplo o Princípio da Legalidade, Lesividade, Fragmentariedade, Intervenção

Mínima, Exclusiva Proteção aos Bens Jurídicos, Ofensividade, Pessoalidade, Culpabilidade, Adequação Social, Humanidade, Insignificância etc.

Também temos o limite formal, que determina o procedimento por meio do qual o Estado deve utilizar para punir, delimitado assim, pelo Princípio do Devido Processo Legal formal e substancial, nas palavras de Lima (2016):

A proteção dos direitos fundamentais do acusado, mas também o de impor ao Estado um comportamento ético, a fim de se respeitar os parâmetros constitucionais estabelecidos, especialmente para limitar o exercício do *ius puniendi*.

Ou, pela Teoria do Garantismo Penal, que visa racionalizar o direito de punir do Estado, Ferrajoli (2014, p. 91) elenca dez axiomas:

Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine lege, Nulla lex (poenalis) sine necessitate, Nulla necessitas sine injuria, Nulla injuria sine actione, Nulla actio sine culpa, Nulla culpa sine iudicio, Nulla iudicium sine accustone, Nulla accusatio sine probatione, Nulla probatio sine defensione.

Por fim, temos o limite temporal, que seria o período em que o estado tem para punir as pessoas, demarcado pelo chamado direito à prescrição, decadência ou preempção, tema deste trabalho, que passamos a analisar.

2.

2. PANORAMA ATUAL SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E SEUS EFEITOS

Bem sabemos que a punibilidade não constitui o crime, seja para a Teoria Bipartite (fato típico e ilícito) ou tripartite do crime (fato típico, ilícito e culpável) então, não há prescrição do CRIME e sim da PENA abstrata ou concreta.

Sendo assim, ao analisar o art. 5^a da Constituição Federal, em especial os incisos:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; e

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; para a maioria doutrina, a Constituição Federal comete uma impropriedade técnica, pois afirma que a prescrição atinge o crime e não a punibilidade. (BRASIL, 1988).

Cabe ainda salientar que, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça ainda detém o entendimento de ser incabível o recurso da defesa para questionar a extinção da punibilidade, por um argumento processual, a ausência de interesse jurídico, alegando que o poder judiciário não é órgão de consulta. Senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. EFEITOS PENAIIS. INEXISTÊNCIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. MÉRITO PREJUDICADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que, consumando-se o lapso prescricional (prescrição subsequente ou superveniente) na pendência de recurso especial, deve-se declarar, preliminarmente, a extinção da punibilidade, com prejuízo do exame do mérito da causa. 2. Com efeito, uma vez declarada extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal, mostra-se patente a falta de interesse dos recorrentes em obter a absolvição em face da suposta atipicidade da conduta, em razão dos amplos efeitos do reconhecimento deste instituto. 3. Recursos especiais prejudicados, em face do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Assim como, "reconhecida a prescrição, matéria prejudicial ao mérito, não há que se falar em exame dos temas trazidos na petição recursal, haja vista não se tratar o Superior Tribunal de Justiça de mera Corte de consulta. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. " (REsp 1.228.359-AgRg/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA) "Extinta a punibilidade pela prescrição da ação penal, não há como pretender-se o julgamento pelo mérito, pois o juiz, ao reconhecê-la, deverá declará-la de ofício, como o dispõe o art. 61 do CPP. "(RT 531/346, Rel. Juiz CUNHA CAMARGO) "(...) Uma vez declarada a prescrição retroativa não há mais falar em culpabilidade do agente. Nenhuma implicação futura poderá causar sobre seus antecedentes. Extingue-se, em suma, a própria ação penal e se apagam todos os seus efeitos." (RT 638/321, Rel. Des.

ONÉSIMO NUNES ROCHA)“ O exame do mérito do recurso não pode ser apreciado se nele se levanta preliminar de prescrição da pretensão punitiva estatal que vem a ser acolhida. Isto porque assume ela caráter prejudicial em relação ao mérito, e por isso, deve ser afirmada e reconhecida sempre que ocorrer, antes da apreciação daquele, por força do que dispõe o art. 61 do CPP. ” (RT 614/316, Rel. Juiz AFONSO FARO). (STJ, REsp. 908863/SP, DJe: 08/02/2011).

Conforma também Lima (2016):

“Em outros ordenamentos jurídicos, defere-se ao acusado, cuja punibilidade foi declarada extinta, a possibilidade de recorrer para buscar uma sentença absolutória. No ordenamento pátrio, todavia, prevalece o entendimento de que, havendo prescrição ou qualquer outra causa extintiva da punibilidade, o recurso não será apreciado no mérito, porquanto ausente interesse de agir. Esse argumento é reforçado pela própria natureza jurídica da decisão que julga extinta a punibilidade – segundo entendimento majoritário, declaratória –, da qual não derivam quaisquer efeitos civis. De fato, segundo a súmula nº 18 do STJ, “a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

É firme, portanto, o entendimento jurisprudencial segundo o qual, consumando-se o lapso prescricional (v.g., prescrição subsequente ou superveniente), ainda que na pendência de recurso interposto pela defesa (v.g., recurso especial), deve-se declarar, preliminarmente, a extinção da punibilidade, com prejuízo do exame do mérito da causa. Isso porque, uma vez declarada extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal (BRASIL, 1940), mostra-se patente a falta de interesse do recorrente em obter a absolvição em face de, por exemplo, suposta atipicidade da conduta, em razão dos amplos efeitos do reconhecimento deste instituto.

Em poucas palavras, hoje, em caso de extinção da punibilidade, o Estado-juiz não indeniza o cidadão pelos seus gastos, não atribui o título de inocente, e proíbe o réu de demonstrar sua inocência, sob o argumento de que o poder judiciário não é órgão de consulta, logo, deixa o réu com efetivos danos materiais e morais, que levará por toda a sua vida.

A proteção jurídica da personalidade e do patrimônio do acusado se perfaz por meios indiretos, como por exemplo, se ficará constatado a mentira do acusador, o mesmo poderá ser punido por crime de denúncia caluniosa (CPB, art. 339), ou se for por culpa de testemunhos por crime de falso testemunho (CPB, art. 342), não sendo aplicado ao acusado o direito a indenização mínima que reporta o art. 387, IV do Código de Processo Penal.

“fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; salvo se houver no novo processo uma sentença condenatória do mentiroso.” (BRASIL, 1941).

Também se tem a proteção pelo instituto da revisão criminal, que em caso de prova nova a demonstrar a inocência, poderá propor o remédio até se o réu estiver morto (CPP, arts. 622 e 623), além disso, se perfaz a proteção patrimonial no art. 630 do Código de Processo Penal, *“O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”*, relativizada pelo seu parágrafo segundo: *“A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada”* (BRASIL, 1941).

Percebe-se então que o processo penal não se preocupa com os acusados ou com danos provocado ao acusado inocente ou a que tem extinta a pretensão punitiva, bloqueando inclusive o seu acesso à jurisdição.

Ressalta-se que para os condenados se tem instrumento jurídico, que objetiva efetivar o direito ao esquecimento, que é a reabilitação, conforme elucida Masson (2015):

“Mas qual é o verdadeiro alcance dessa finalidade da reabilitação? O art. 202 da Lei de Execução Penal estatui que cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. Esse sigilo, como se percebe, é garantido de forma automática e imediata depois do cumprimento integral ou extinção da pena por qualquer outro motivo. Prescinde da reabilitação. Tal sigilo, entretanto, é mais restrito, pois pode ser quebrado por qualquer autoridade judiciária, por membro do Ministério

Público ou, ainda, por Delegado de Polícia. De outro lado, o **sigilo assegurado pela reabilitação é mais amplo**, pois as informações por ele cobertas somente podem ser obtidas por requisição (ordem), não de qualquer integrante do Poder Judiciário, mas exclusivamente do juiz criminal. É o que se extrai do art. 748 do Código de Processo Penal. Esta é a utilidade prática do instituto. Na esteira do pensamento do Superior Tribunal de Justiça: Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento segundo o qual, por analogia à regra inserta no art. 748 do Código de Processo Penal, as anotações referentes a inquéritos policiais e ações penais não serão mencionadas na Folha de Antecedentes Criminais, nem em certidão extraída dos livros do juízo, nas hipóteses em que resultarem na extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, arquivamento, absolvição ou reabilitação”.

Instrumento esse que inexistente para pessoas que nem se quer tiveram sentença condenatória, mas sim, decisão de declaração da extinção da punibilidade ainda na primeira fase de conhecimento. Entretanto, não se exige um instrumento igual, mas sim maior, que impossibilite qualquer possibilidade de verificação do passado da pessoa, inclusive pela internet, principalmente quando se trata de consulta pública.

2.3 DEVER DE CONSTRUIR UM NOVO PANORAMA PARA MELHOR EFETIVAR A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na doutrina pouco se analisa os efeitos nefastos da decisão de extinção de punibilidade, mas trago uma exceção à regra, a tese institucional da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Tese 116:

“Em caso de arquivamento de inquérito, impronúncia, absolvição, extinção de punibilidade e casos análogos, os registros criminais devem ser excluídos do IIRGD e dos demais arquivos policiais”.

Ao qual, acrescento também, a retirada de todos os arquivos da Administração Pública em geral, inclusive judicial, promovendo o desindiciamento automático, pois não se trata apenas do direito de não se ter reconhecido como antecedentes criminais o processo criminal anterior, em possível ação penal posterior a um novo crime, mais sim de conferir um tratamento humanitário de ser

tratado como se nunca houvesse respondido a uma ação penal, efetivando o direito ao esquecimento, que decorre da dignidade da pessoa humana e a proibição das penas perpétuas.

Salienta-se que a atual jurisprudência inibe discutir o mérito – por não ser órgão de consulta -, sob o péssimo argumento de ausência de interesse de agir. Qualquer pessoa que milita na seara penal sabe que, o réu que responde ou respondeu a outros processos, são tratados de forma diferente daquele que não responde a fato algum, inclusive, quando o juiz passa a julgar, como regra de julgamento no momento da sentença o Princípio do *in dubio pro reu*, que melhor é efetivado quando o magistrado desconhece o passado criminoso do réu.

A doutrina afirma que o interesse de agir se perfaz pela necessidade de se buscar uma resposta pelo judiciário (domínio do poder de dizer o direito), por uma ação adequada, que lhe possa trazer benefícios úteis. Como nos ensinam Didier Junior et. al. (2016):

Há utilidade sempre que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; sempre que o processo puder resultar em algum proveito ao demandante" (...) "O exame da 'necessidade da jurisdição' fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução do conflito.

Como negar o interesse processual de uma pessoa que tem extinta a pretensão punitiva de ter em uma sentença prolatada por um juiz sua inocência ou de mudar o título absolutório de ausência de provas para ausência de autoria, o que afastaria a nova ação na seara cível.

Logo então, o interesse processual é evidente, salta aos olhos, não podendo o Estado-juiz, por preguiça e economia processual, retirar do acusado o direito à jurisdição célere e razoável que lhe é fundamental.

Será que esquecemos o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e da Máxima Efetividade que se deve buscar na interpretação constitucional, como ensina Canotilho (1993):

Garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos 'segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado'. Por isso, a abertura da via judiciária é uma *imposição diretamente dirigida ao legislador* no sentido de dar operatividade prática

à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais (...). É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Para Lenza (2017), o Princípio da Máxima Efetividade:

Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social.

Desta forma, em efetivação ao Princípio da Inocência, ao Devido Processo Legal Substancial, ao da Culpabilidade e da Reparação Integral aos Danos, todos de *status* constitucional, deve ser reconhecido como direito do acusado a reparação civil estatal objetiva e integral, pelos gastos com sua defesa e com os danos a sua imagem e honra, além de publicação do seu *status* de inocência em meios de ampla audiência, caso assim requeira o acusado, para efetivamente não se ver prejudicado em sua personalidade e seu patrimônio, somente nos casos em que se perfaz fulminada a pretensão punitiva do Estado (diferente se for à Pretensão Executória, onde o Estado reconhece o crime praticado pelo agente).

Podemos ainda trazer como argumento, que entende pela literalidade da Constituição Federal, e por entender que a mesma não utilizou de palavras desnecessárias, logo detendo o poder de definir o direito como um todo, inclusive o conceito implícito de crime, ao analisar o art. 5^a da Constituição Federal, em especial os incisos:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; a Constituição Federal não comete uma impropriedade técnica, pois passa a afirmar que a prescrição atinge o crime e não a só a punibilidade. (BRASIL, 1988).

Buscando assim, afastar os efeitos deletérios anteriores ao reconhecimento da extinção da pretensão punitiva ou posteriores à sua decretação; como a estigmatização social. Desta forma, prefiro aderir a essa teoria quadripartite de crime, que conceitua o crime como fato típico, antijurídico, culpável e punível, doutrina essa defendida por Hassemer, Munõs Conde na Espanha, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, Battaglini na Itália e o falecido Basileu Garcia no Brasil (NUCCI, Op. Cit., 2010, p. 167).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendo que é dever do Estado de desarraigar os efeitos nefastos na esfera jurídica das pessoas indiciadas ou que responderam a processos penais, pois o Estado tomou para si o direito de punir, logo, não podendo ficar inerte quanto ao mau uso de seu poder que causa inegáveis consequências aos cidadãos, ao qual pela atual jurisprudência, inclusive, o impossibilita de ter efetivado seu *status* de inocente para a sociedade.

O processo penal deve ser utilizado também para defender a honra, a imagem, a privacidade, o patrimônio e a felicidade do acusado, não sendo um mero mecanismo de punição de acusados, mas de constatação de inocência, com as devidas reparações materiais e morais ainda no processo penal, em uma interpretação extensiva do art. art. 387, IV do Código de Processo Penal. O acesso à jurisdição não é apenas da suposta vítima, mas também do acusado, cidadão tanto quanto os outros.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHI, Álvaro. **O conceito de estado em Max Weber**. Lua Nova, São Paulo, n. 92, p. 79-104, Ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000200004&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 22 dez. 2019.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 20 dez. 2019.

BRASIL, 1940. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acessado em: 20 dez. 2019.

BRASIL, 1941. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 02/08/2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª. ed., ver. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 2ª ed., Ed. JusPodium, 2016, pág. 390.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal)**. 4ª ed., São Paulo: RT, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Qual a diferença entre “ius poenale” e “ius puniendi”?** 01 de julho de 2008. Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/42751/qual-a-diferenca-entre-ius-poenale-e-ius-puniendi> >. Acessado em: 22 dez. 2019.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; BEIJATO JUNIOR, Roberto. **Considerações sobre a Hermenêutica Constitucional**. In: Vade Mecum Humanístico, coordenação Álvaro de Azevedo Gonzaga, Nathaly Campitelli Roque. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. Ed. 21ª, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 206.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. V. único. 4ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 145.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral, v. 1, 19.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 978.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6. Ed. Editora RT: São Paulo, 2010.

STJ, **REsp: 908863**, Rel Min. Laurita Vaz, DJ: 14/12/2010.

TESE 116. **Teses Institucionais da Defensoria Pública Estadual do Estado de São Paulo**. Disponível em: < <https://bizudasdefensorias.blogspot.com/2017/02/teses-institucionais-dpesp.html>>. Acessado em: 22 dez. 2019.

DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL OU ADMINISTRATIVA

EVELTON BARBOSA DA SILVA XAVIER:

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, pós graduado em Direito Imobiliário pelo Centro Universitário Estácio de Sá, Delegado de Polícia da Polícia Civil de Pernambuco.

RESUMO: O presente artigo objetiva fazer uma análise do instituto da usucapião extrajudicial ou administrativa, abordando em quatro tópicos o conceito e fundamentos da usucapião, natureza jurídica, alternatividade, competência e requisitos, objeto, procedimento e interpretação do silêncio.

Palavras-chave: Usucapião, Usucapião Extrajudicial, Lei de Registros Públicos, Via Extrajudicial, Desjudicialização, Alternatividade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito e Fundamentos. 3. Usucapião Extrajudicial ou Administrativa. 3.1. Natureza Jurídica e Alternatividade. 3.2. Competência e Requisitos. 3.3. Objeto. 3.4. Procedimento. 3.5. Interpretação do Silêncio. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1. Introdução

A aquisição de terras pela humanidade remonta aos seus primórdios onde guerras foram travadas com a finalidade de expansão territorial e demonstração de força.

Nos dias de hoje não é diferente, pois a posse de bens na nossa sociedade capitalista é motivo de inserção da pessoa no meio social e uma maneira de lhe dar visibilidade. No entanto, diferentemente do passado, a propriedade de bens pressupõe a ocorrência de regular processo de aquisição da propriedade conforme o ordenamento jurídico, através do instituto da usucapião.

2. Conceito e Fundamentos da Usucapião

Usucapião, também chamada de “prescrição aquisitiva”, é o modo originário de aquisição da propriedade pela posse qualificada prolongada no tempo.

O proprietário deve dar uma destinação útil ao bem, pois a usucapião privilegia a posse mansa e pacífica atendendo a função social da propriedade em detrimento da posse ociosa e descuidada. Por exemplo, se o proprietário de um

imóvel o abandona possibilita que outro venha se apossar dele e lhe dar uma destinação útil.

A usucapião tem como fundamento a segurança jurídica daquele que se manteve na posse do bem por determinado período de tempo. Tal período de tempo tem a face extintiva: prescrição, e a face aquisitiva: usucapião.

3. Usucapião administrativa/extrajudicial

3.1. Natureza Jurídica e Alternatividade

O novo Código de Processo Civil, no seu art. 1071, acrescentou o art. 216-A ao texto da Lei 6015/73 (Lei dos Registros Públicos), criando o instituto da usucapião extrajudicial ou administrativa, que será processada perante o registro imobiliário, cabendo ao usucapiante escolher entre o novo procedimento de natureza administrativa ou o processo judicial. Desta forma, é faculdade da parte escolher o procedimento.

O artigo 1.071 do Novo CPC, se apresenta atualmente com a seguinte redação:

“O Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A: “Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou

averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel”.

Essa nova norma legal tem a finalidade de facilitar a regularização de uma propriedade irregular de modo mais célere, simples e menos oneroso do que através de uma ação judicial de usucapião, desafogando assim o Poder Judiciário com a desjudicialização de procedimentos

Esse tipo de usucapião pela via administrativa já existia no nosso ordenamento com a Lei nº 11.977/09, que prevê usucapião de imóveis urbanos para fins de regularização fundiária de interesse social, sendo seus procedimentos feitos diretamente no Registro de Imóveis, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

3.2. Competência e Requisitos

Aquele que tiver a posse mansa, pacífica e com *animus domini* (posse *ad usucapionem*) de um imóvel, pelo prazo previsto em lei, poderá optar entre ingressar com a ação judicial de usucapião ou entrar com o requerimento para reconhecimento extrajudicial da usucapião, no cartório de imóveis do local onde se encontra localizado o imóvel.

A usucapião extrajudicial poderá ser pleiteada pelo interessado ao registrador de imóveis da situação do bem. A este compete conduzir o procedimento administrativo que levará ao registro da usucapião, caso sejam aprovados os seus requisitos legais.

Para usucapir é preciso ainda que a posse seja mansa, pacífica e ininterrupta e com *animus domini*, ou seja, é posse exercida pelo usucapiente sem oposição, de maneira contínua, sem intervalos e incontestada. É a chamada posse *ad usucapionem*.

Quanto ao tempo da posse, temos que será o prazo previsto em lei para cada tipo de situação fática, uma vez que existem vários tipos de usucapião.

É legitimado para requerer esta espécie de usucapião aquele que detém a posse do imóvel como se dono fosse pelo prazo previsto em lei, podendo ser tanto pessoa física quanto jurídica, devendo em ambos os casos haver assistência de advogado.

3.3. Objeto

É de bom alvitre destacar que o objeto dessa espécie de usucapião é o imóvel, urbano ou rural, uma vez que o dispositivo supramencionado fala em “imóvel usucapiendo”. Portanto, a usucapião administrativa é admitida para todos os tipos de usucapião de bens imóveis. A usucapião de outros direitos deverá ser pleiteada apenas pela via judicial.

3.4. Procedimento

O requerimento do interessado deve ser subscrito por advogado e instruído com a ata notarial lavrada por tabelião de notas. Vale salientar que para a lavratura da ata notarial o interessado não precisa de advogado, podendo obtê-la pessoalmente junto ao tabelionato competente.

O notário certifica as diligências necessárias, ouvida de possuidores, confinantes ou testemunhas, produzindo a prova do tempo da posse bem como da cadeia possessória que configure o direito à aquisição da propriedade imobiliária.

Além da ata notarial devem ser juntados os documentos descritos nos incisos II a IV do art. 216-A da Lei 6015/73 (Lei dos Registros Públicos), quais sejam: planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, certidões negativas dos distribuidores cíveis da Justiça Estadual e da Justiça Federal, da comarca da situação do imóvel e do domínio do requerente.

3.5. Interpretação do Silêncio

Ponto que merece destaque no estudo desse tema é o que previa o § 2º do art. 216-A, exigindo a anuência expressa do titular do direito registrado na matrícula do imóvel para a consecução do procedimento o que praticamente inviabilizava a aplicação dessa espécie de usucapião.

O disposto nesse dispositivo foi alterado pela Lei 13465/17 que passou a admitir o silêncio como concordância, não mais exigindo anuência expressa. Dessa forma, o § 2º do art. 216-A da Lei 6015/73 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expreso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância”. (grifo nosso).

4. Considerações finais

A forma de aquisição originária de propriedade denominada usucapião é instituto bastante utilizado no nosso Direito, através de suas várias espécies, com diversas implicações práticas na vida social moderna.

Podemos citar como exemplos de atualidade e adequação dessa matéria à realidade social o recente instituto da usucapião extrajudicial ou administrativa e sua nova interpretação quanto ao silêncio do antigo proprietário, possibilitando o processamento desta ação pela via administrativa, sem excluir a via judicial; o rigor da qualificação registral imobiliária; o atendimento da função social da propriedade pelo pretense usucapiente.

5. Referências Bibliográficas

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** / Alexandre Freitas Câmara. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas e Direito Autoral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião especial urbana coletiva**: abordagem sobre o Estatuto da Cidade. Lei 10.257 de 10 de julho de 2001. Del Rey.

COSTA, Machado, **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**, organizador; Silmara Juny Chinellato, coordenadora. - 10.ed. -Barueri, SP: Manoie, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das coisas**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017 vol. 5.

LOUREIRO, Luiz Guilherme, **Registros Públicos: teoria e prática**. 9 ed. rev., atual e ampl – Salvador: Juspodivm, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – Vol. IV** / Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral, **Direito civil sistematizado** / 5.^a ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio, **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil: direito das coisas**. 1^a Ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PISO SALARIAL DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO BÁSICA PÚBLICA: ABORDAGEM LEGAL E JURISPRUDENCIAL SOBRE A LEI Nº 11.738/2008

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: O presente artigo intenta abordar a legalidade do cumprimento do piso salarial dos profissionais da educação básica pública instituído pela Lei Federal nº 11.738/2008. A presente temática se justifica diante da recorrente infringência de determinados entes políticos em aplicar o piso mínimo de vencimento aos integrantes do quadro do magistério, além de haver a necessidade de esclarecimento sobre o alcance da aplicação de tal lei. Nessa linha, as bases de fundamento para a previsão normativa de um piso garantidor mínimo de salário ao magistério serão abordadas com vistas a conferir supedâneo ao estudo. Nessa toada, busca-se arrematar pontos de dúvidas sobre o início da eficácia do referido piso, diante do julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, além de investigar a base de incidência de tal valor-base, bem como verificar o modo de aplicação às jornadas de trabalho diversas das famigeradas quarenta horas semanais. Para a realização desse estudo, lançar-se-á mão do método dialético, abordando as hodiernas jurisprudências dos tribunais superiores, bem como o tratamento dos diplomas legais à temática.

Palavras-chave: Piso salarial. Profissionais da educação básica pública. Jornada de trabalho. Magistério. Jurisprudência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Escorço histórico. 3. Vencimento Básico: incidência do piso. 4. Aplicação da proporcionalidade às cargas horárias. 5. Entendimentos jurisprudenciais das cortes superiores 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1 Introdução

Inicialmente, faz-se necessário tecer breves considerações sobre a previsão normativa do cumprimento do Piso Salarial dos Profissionais da Educação Básica Pública, instituído pela Lei Federal nº 11.738/2008. Vejamos a literalidade do artigo 49 da mencionada lei:

Art. 49. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão elaborar ou adequar seus Planos de Carreira e Remuneração do Magistério até 31 de dezembro de 2009,

tendo em vista o cumprimento do piso salarial profissional nacional para os professores do magistério público da educação básica, conforme disposto no parágrafo único do art. 206 da Constituição Federal.

Vê-se, portanto, que a existência do piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, e, inclusive, no texto constitucional de maneira expressa.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, optou-se por uma diretriz voltada a um Estado Democrático Social de Direito, inserindo-se, assim, como espécie de direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais, dentre os quais, a educação para todos.

Aduz o art. 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nessa toada, a Constituição Federal é imperativa ao assegurar um piso salarial aos trabalhadores, gozando de proporcionalidade à extensão e à complexidade do trabalho. Nesse sentido, segue o texto expresso:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...)

V – **piso salarial** proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (...) (grifo nosso).

Dentro dessa perspectiva, em atenção à diretriz traçada pela vigente Carta Política, instituiu-se no país a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), criando e incentivando um novo sistema nacional de ensino, bem como fixando princípios e finalidades a serem cumpridos pelos diversos entes federativos, tais como Estados e Municípios. É regra. É lei.

Assim, nos precisos termos do artigo 10 e do inciso III do artigo 67, ambos da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), os Estados incumbir-se-ão de organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, promovendo a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive, nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do

magistério público, o piso salarial profissional, instituído pela Lei Federal nº 11.738/2008, de 16 de julho de 2008 (lei do piso nacional).

Não há o que tergiversar.

A educação e a valoração do trabalho dos profissionais nela inseridos é de natureza transindividual e indivisível, inerente a uma classe de pessoas, posto que se trata de direito coletivo pertencente a todos os profissionais do magistério público da educação básica a que se refere a alínea “e” do inciso III do “caput” do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Conforme asseverou Ulysses Guimarães:

A Constituição da República de 1988, (...) diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Gráficamente testemunha a primazia do homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã (...) o homem é problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania (in Anais da Assembléia Nacional constituinte, Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília- DF, 1988).[1]

Não restam dúvidas de que a Magna Carta deu um valor especial ao capítulo da educação, destacando-se, pois, o piso salarial profissional nacional para os profissionais da escolar pública, nos termos da lei federal.

É a capacitação, formação, valorização, e fundamentalmente, a motivação do professor para ensinar que fazem a diferença para elevar a qualidade da educação pública no Brasil, proporcionando um futuro digno para milhares de crianças e adolescentes. Por isso, a educação é direito de todos e dever do Estado.

Os comandos constitucionais dirigem-se a todos indistintamente, aos governantes, inclusive. A lei do piso sacramenta valores sociais e coletivos, os quais devem ser protegidos de quaisquer violações. Não se pode acolher argumentos que os destituam de importância, pois estes, de fato, representam o interesse público. O Direito deve estar acima da política, e não esta sobre àquele, cabendo ao Judiciário a vigilância e eventual correção dessa situação.

O cumprimento da lei do piso nacional é ato de ofício da autoridade pública.

De acordo com o disposto supra, com base na Constituição Federal de 1988, na Lei Federal nº 11.738/2008 e nas legislações correspondentes dos entes políticos, o Supremo Tribunal Federal chancelou a constitucionalidade do piso salarial dos

profissionais do magistério da Educação Básica na ADI nº 4167, passando a infirmar a aplicabilidade da lei nº 11.738/2008 a partir de 27/04/2011, data do julgamento de mérito da referida ação direta de inconstitucionalidade.

Nessa toada, apenas a partir do julgamento da supramencionada ADI, a norma nacional passou a gozar de eficácia incondicionada, de modo que, a partir dessa data, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se viram obrigados ao cumprimento do piso salarial.

2 Escorço constitucional

A Constituição Federal de 1988, com o objetivo de valorizar os professores da rede pública de ensino, determinou, portanto, que a lei deveria fixar um piso salarial nacional para os profissionais da educação pública.

Em outras palavras, ordenou que lei estipulasse um "salário" mínimo nacional específico para os profissionais da educação da rede pública de ensino, valor que deve ser respeitado pela União, Estados, DF e Municípios. Vejamos:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela EC 53/2006)

Cerca de dois anos depois, foi editada a Lei nº 11.738/2008 regulamentando o art. 206, VIII, da CF/88 e fixando o piso salarial profissional nacional para o magistério público da educação básica, sendo esse o valor mínimo a ser observado pela União, pelos Estados, o Distrito Federal e os Municípios quando da fixação do vencimento inicial das carreiras.

Confira o que diz a Lei nº 11.738/2008:

Art. 1º Esta Lei regulamenta o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica a que se refere a alínea "e" do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será

de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

§ 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional. (...)

Art. 5º O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009.

Parágrafo Único. A atualização de que trata o caput deste artigo é calculada utilizando o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.

Desse modo, o piso salarial é o valor mínimo que os professores da rede pública, em início de carreira, devem receber. A quantia é atualizada anualmente. Esses profissionais devem ter formação em magistério em nível médio (ou antigo "curso normal") e carga horária de trabalho de 40h semanais, e atuar em estabelecimentos públicos de ensino na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio para receberem o piso integralmente como divulgado.

3 Vencimento Básico: incidência do piso

Vê-se que a Lei nº 11.738/2008 se limitou a estabelecer o piso salarial, ou seja, o valor mínimo a ser pago pela prestação do serviço de magistério, abaixo do qual

a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica.

A expressão "piso" não pode ser interpretada como "remuneração global", devendo ser entendida como "vencimento básico inicial". Assim, não abrange outras vantagens pecuniárias pagas a qualquer título. Repetindo: piso = vencimento básico inicial.

Desse modo, a Lei nº 11.738/2008 não garantiu um reajuste geral para toda a carreira do magistério. Ela não determinou a incidência escalonada com aplicação dos mesmos índices utilizados para a classe inicial da carreira. Em outras palavras, só teve direito ao aumento quem estava na classe inicial e este aumento só teve reflexo no vencimento básico. Segue abaixo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo:

A Lei nº 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º, apenas determinou que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo qualquer determinação de reescalonamento de toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações. STJ. 1ª Seção. REsp 1.426.210-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 23/11/2016 (recurso repetitivo) (Informativo nº 594, STJ).

Isso significa que apenas aqueles profissionais que, a partir de 27/04/2011, recebessem valores inferiores ao piso legalmente fixado foram beneficiados pela Lei nº 11.738/2008. Esta Lei não trouxe qualquer repercussão para os demais professores que, naquela data, já recebiam vencimento básico superior ao piso fixado na Lei.

Da mesma forma, não há que se falar em reflexo imediato sobre as vantagens temporais, adicionais e gratificações.

4 Aplicação da proporcionalidade às cargas horárias

Ressalte-se que a lei nº 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º fixou o piso salarial profissional do magistério público para a carga de 40 (quarenta) horas semanais, sendo pacífica, no Supremo Tribunal Federal, a aplicação da proporcionalidade do valor àquelas jornadas de trabalho diferenciadas.

Sob esse panorama, os professores submetidos a uma jornada semanal diferente das quarenta horas, a exemplo de 30 (trinta) horas ou 20 (vinte) horas semanais, o valor do piso dos docentes deve ser aplicado utilizando a proporcionalidade.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal foi categórico em aduzir que os §§ 1º e 2º do artigo 2º da Lei 11.738/2008 devem ser interpretados de maneira sistemática com o § 3º do mesmo artigo, que preceitua a utilização da proporcionalidade diante da existência de jornadas inferiores. Isso ocorre porque o entendimento em sentido contrário provocaria a infringência do princípio da isonomia.

Sob esse panorama, a Lei Federal nº 11.738, que estabelece o piso, determina que os vencimentos iniciais referentes às jornadas de trabalho diversas de 40 (quarenta) horas semanais serão, no mínimo, proporcionais ao valor atualizado para cada exercício financeiro. Assim, entes políticos poderão prever jornadas de trabalho diferenciadas, desde que seja observada a proporcionalidade do piso.

5 Entendimentos jurisprudenciais das cortes superiores

O tema acima exposto foi apreciado pelo STJ em sede de recurso repetitivo, tendo sido fixada a seguinte tese:

A Lei nº 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º, ordena que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais. STJ. 1ª Seção. REsp 1.426.210-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 23/11/2016 (recurso repetitivo) (Informativo nº 594, STJ).

Nesse sentido, as jurisprudências são unânimes nessa linha. Em perfeito alinhamento com as disposições aqui trazidas, o STJ decidiu exatamente dessa forma em casos idênticos. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. PISO NACIONAL. MAGISTÉRIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. DESCUMPRIMENTO PELO MUNICÍPIO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

SÚMULA 7/STF. CONFLITO ENTRE LEI LOCAL E LEI FEDERAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. 1. O Tribunal a quo negou provimento à Apelação, por concluir que o Município não descumpriu a Lei 11.738/2008, que instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica: "No caso sob análise, as fichas financeiras da apelante atestam que a Edilidade não descumpriu o piso nacional do magistério da educação básica, nos períodos ora pleiteados, vez que a servidora recebeu valores até mesmo superiores ao piso vigente, seja em relação à remuneração total do professor (de 1º/01/09 até 27/04/11), seja quando o parâmetro passa a ser seu vencimentobase (após 27/04/11)" (fl. 178). 2. A reforma de tal entendimento exige revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 3. Ademais, a própria argumentação recursal revela que se está a discutir suposto conflito entre a Lei Municipal 706/2011 (Súmula 280/STF) e a Lei 11.738/2008, matéria de competência do STF, nos termos do art. 102, III, "d", da CF. 4. Agravo Regimental não provido. [AGARESP 201501019286 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 703806; Relator Herman Benjamin; STJ; Segunda Turma; DJE DATA: 08/09/2015]

Trago à baila, ainda, outros julgados análogos dos tribunais superiores:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA. PISO SALARIAL NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. VENCIMENTO BÁSICO. REFLEXO SOBRE GRATIFICAÇÕES E DEMAIS VANTAGENS. INCIDÊNCIA SOBRE TODA A CARREIRA. TEMAS A SEREM DISCIPLINADOS NA LEGISLAÇÃO LOCAL. MATÉRIAS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. 1. [...]; 2. [...]. 3. [...]. 4. **A Lei n. 11.738/2008 - como regra geral - não teria permitido a automática repercussão do piso nacional sobre as classes e níveis mais elevados da carreira do magistério e tampouco o reflexo imediato sobre as vantagens temporais, adicionais e gratificações.** 5. Nos termos da Súmula 280 do STF, é defesa a análise de lei local em sede de

recurso especial, de modo que, uma vez determinado pela Lei n. 11.738/2008 que os entes federados devem fixar o vencimento básico das carreiras no mesmo valor do piso salarial profissional, compete exclusivamente aos tribunais de origem, mediante a análise das legislações locais, verificar a ocorrência de eventuais reflexos nas gratificações e demais vantagens, bem como na carreira do magistério. 6. Inviável a análise, em sede de embargos de declaração, de tema não arguido anteriormente, o que configura verdadeira inovação recursal. 7. Considerações acerca dos limites impostos pela Constituição Federal, bem como sobre a necessidade de edição de lei específica, nos moldes do art. 37, X, da Carta Magna, além de já terem sido analisadas pelo STF no julgamento da ADI, refozem dos limites do recurso especial. 8. Ambos os embargos de declaração rejeitados. (EDRESP 201304167976, GURGEL DE FARIA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/09/2017 ..DTPB:.) Sob esse panorama, é pacífico o entendimento de que o vencimento inicial das carreiras do Magistério Público da Educação Básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PISO SALARIAL NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. REFLEXOS NO VENCIMENTO BÁSICO DE TODA A CARREIRA E SOBRE GRATIFICAÇÕES E DEMAIS VANTAGENS. NECESSIDADE DE EXAME DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1.426.210/RS, REL. MIN. GURGEL DE FARIA, DJE 9.12.2016, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA ACOLHIDOS PARA ADEQUAR A DECISÃO A JULGAMENTO DE DEMANDA REPETITIVA DESTA CORTE, IMPONDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIR NO EXAME DO FEITO. 1. Os Aclaratórios podem ser utilizados para amoldar o julgado à superveniente orientação jurisprudencial firmada em recurso julgado sob o rito dos recursos repetitivos, em atenção à instrumentalidade das

formas, de modo a garantir a celeridade e a eficácia da prestação jurisdicional, como ocorre na hipótese dos autos. 2. No julgamento do REsp. 1.426.210/RS, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, consolidou-se a orientação de que o vencimento inicial das carreiras do Magistério Público da Educação Básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais. 3. Em razão do óbice contido na Súmula 280/STF, não é possível na via do Recurso Especial, analisar a extensão de todo o pedido formulado na inicial. Impõe-se, assim, o retorno do feito à origem, para que prossiga no enfrentamento da questão, à luz da legislação local, com base nas premissas aqui estabelecidas. 4. Embargos de Declaração do Estado de Santa Catarina acolhidos, com efeitos infringentes, para adequar a decisão agravada à orientação firmado no Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.426.210/RS. [EAIAGRESP 01304099764 EAIAGRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1425470; Relator Napoleão Nunes Maia Filho; STJ; Primeira Turma; DJE DATA:03/08/2017]

6 Considerações Finais

Assim, sob todo esse panorama, pode-se aduzir, sinteticamente que, em face dos dispositivos legais da Lei Federal nº 11.738/2008, bem como diante dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

- A legislação que instituiu o piso salarial dos profissionais da educação básica pública dos entes políticos foi criada pela Lei Federal nº 11.738/2008, com início da aplicabilidade a partir de 27/04/2011, data do julgamento de mérito da referida ação direta de inconstitucionalidade nº ADI 4167;

- A expressão "piso" não pode ser interpretada como "remuneração global", devendo ser entendida como "vencimento básico inicial", de modo a não abranger outras vantagens pecuniárias pagas a qualquer título;
- Inexiste determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais, conforme preceituado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal foi assertivo em aduzir que os § § 1º e 2º do artigo 2º da Lei 11.738/2008 devem ser interpretados de maneira sistemática com o § 3º do mesmo artigo, que preceitua a utilização da proporcionalidade diante da existência de jornadas de trabalho inferiores. Desse modo, os vencimentos iniciais referentes às jornadas de trabalho diversas de 40 (quarenta) horas semanais serão, no mínimo, proporcionais ao valor atualizado para cada exercício financeiro a ser divulgado.

7 Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out 2019.

BRASIL. Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito administrativo**. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

[1] Anais da Assembléia Nacional constituinte, Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília- DF,1988.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS: REPERCUSSÕES PRÁTICAS NA JURISPRUDÊNCIA

KAIO CÉSAR QUEIROZ SILVA SANTOS:

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2014.2). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (2018). Advogado inscrito na OAB/PE entre 2015 e 2019. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - TJPE.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar o instrumento da ação civil pública na tutela de interesses difusos e coletivos, com foco na ação de improbidade administrativa. Nesse contexto, traçando considerações a respeito da distinção entre atos ilícitos e atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), de modo a averiguar a distinção tais condutas. Por fim, cumpre destacar a relevância da tutela dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Interesses Difusos e Coletivos.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. 2. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 3. DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS RESGUARDADOS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

INTRODUÇÃO

Desde o surgimento do princípio da legalidade, o qual remonta ao século XIII, por meio da Magna Carta inglesa (1215), a lei, como ato normativo primário por excelência, impôs às autoridades públicas a observância aos ditames nela veiculados. Dessa maneira, a Administração Pública, a partir de então, achou-se vinculada a tais preceitos, sob pena de atuar de maneira ilegítima, invalidando os atos que fossem contrários ao ordenamento jurídico.

Além disso, deve-se constatar que o princípio da legalidade constitui importantíssima garantia ao indivíduo em face da arbitrariedade estatal, de modo a conformar a vontade estatal ao que decidiu o Legislativo, o qual, em regra, é

composto por representantes do povo, daí extraindo sua legitimidade para impor observância de condutas aos demais poderes. Nessa toada, foram desenvolvidos variados institutos a respeito da legalidade dos atos administrativos, a exemplo da autotutela e da convalidação, sendo o primeiro o direito de que dispõe a Administração para rever, de ofício, seus próprios atos, enquanto o segundo constitui a possibilidade de o Estado sanar vícios que maculam atos ilegais.

Em sequência, especificamente no Direito brasileiro, é criada, por meio da Lei 8.492/92, o instituto da improbidade administrativa, que, em linhas gerais, constituem atos ilegais praticados por agentes públicos, isoladamente ou em concurso com particulares, dotados de maior gravidade, aos quais se estabeleceram consequentes mais severos que a mera invalidação decorrente da nulidade de atos administrativos ilícitos. Nesse sentido, o referido diploma tipifica condutas que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), causam prejuízo ao erário (art. 10), decorrem de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A) e atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

À luz do exposto, evidencia-se a relevância do tema para os direitos difusos e coletivos, pois a Administração Pública é o principal meio para realização dos direitos fundamentais, e tal atividade exige retidão de conduta e eficiência dos agentes públicos. Desse modo, o interesse público, de caráter difuso, é tutelado pela tipificação de atos de improbidade administrativa, de modo a penalizar os agentes responsáveis por atos ímprobos, o que, por conseguinte, resguarda bens de titularidade difusa, como o acesso à saúde, à educação e ao meio ambiente.

Nesse sentido, após a análise contínua das disposições da Lei de Improbidade Administrativa, a respeito das condutas e das sanções nela estabelecidas, a doutrina e os tribunais convivem com intenso debate sobre a confusão entre atos ilícitos ordinários e atos de improbidade administrativa, os quais, conforme dito alhures, embora sejam ilícitos, são aplicáveis a situações e consequentes diversos.

Diante disso, destaca-se o objetivo deste trabalho é explorar, a partir desse panorama, os atos ilícitos no Direito Administrativo, incluindo os atos de improbidade administrativa, estabelecendo entre eles distinções e semelhanças, de modo a delinear a aplicabilidade de cada um desses panoramas às condutas ilegítimas perpetradas pela Administração Pública e pelos seus agentes. De igual modo, na tutela dos princípios aplicáveis à Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, fica evidente a repercussão de tais temas sobre direitos difusos e coletivos, eis que também se resguarda o interesse no campo das políticas públicas e do combate aos ilícitos.

1. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Preambularmente, ratifica-se o entendimento de que o princípio da legalidade é caríssima garantia ao indivíduo, tendo seio constitucional, vez que é um dos princípios da Administração Pública previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, a ilicitude dos atos administrativos decorre de inobservância não só do princípio da legalidade, mas também, de forma específica, dos elementos constitutivos deste, os quais são elencados pela doutrina e enumerados no art. 2º da Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular):

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;*
- b) vício de forma;*
- c) ilegalidade do objeto;*
- d) inexistência dos motivos;*
- e) desvio de finalidade.*

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;*
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;*
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;*
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;*

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Nesse sentido, pode-se deduzir que, caso o administrador desrespeite qualquer um dos elementos acima elencados, estará eivando o ato por ele editado de ilicitude, a qual pode ser sanável, comportando convalidação, ou insanável, ocasião em que não restará à Administração outra alternativa, senão a decretação da nulidade.

Essa inobservância pode gerar consequências diversas, partindo da mera anulação, extirpando o ato ilícito do ordenamento jurídico, passando pela responsabilização objetiva do Estado, com base na Teoria do Risco Administrativo, em razão de danos provocados a terceiros em razão de ato ilícito, podendo até implicar sanções penais, a exemplo das diversas condutas previstas no Título XI do Código Penal, tratando dos crimes contra a Administração Pública.

O administrador probo é aquele que atua com retidão de conduta, atendendo às exigências de honestidade, lealdade, boa-fé e cumprindo/respeitando os princípios éticos. as ideias vinculadas à probidade são: honestidade, retidão, lealdade, boa-fé, princípios éticos e morais etc. A improbidade administrativa é, portanto, a corrupção administrativa, o ato contrário à honestidade, à boa-fé, à honradez, à correção de atitude. É o inverso da probidade, consumando-se quando houver violação a qualquer um dos parâmetros citados acima.

Sob essa perspectiva, cumpre destacar que os atos ilícitos formam um gênero do qual derivam as espécies enumeradas no parágrafo anterior, as quais se distinguem em razão tanto das condutas ilícitas que são praticadas, mas também das consequências a elas atribuídas pela lei. Em decorrência disso, percebe-se a importância de estabelecer divisões entre as diversas espécies de ilícitos administrativos, de modo a enquadrar cada ilicitude com a sanção ou consequente que lhe são correlatos.

Diante disso, fica clara a presença dos princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade quando se trata de improbidade administrativa. Sobre o tema, é válido reproduzir o entendimento de Rogério Ponzi Seligman^[1]:

A proporcionalidade é fundamental à garantia do direito individual da justa aplicação da lei (devido processo legal substantivo) e à própria eficácia da Lei de Improbidade

Administrativa, evitando banalizar instrumento de tamanha importância por meio de sua utilização mecânica e indiscriminada. Vem a calhar o alerta de Juarez Freitas de que a história das leis é fértil em atestar que várias disposições draconianas, não raro, assumem tais moldes, consciente ou inconscientemente para não se deixarem cumprir (1996, p. 65). A interpretação razoável da Lei de Improbidade é garantia de sua aplicação.

A adequação abusiva de suas condutas e a imposição desarrazoada de suas sanções poderá levar a situações nas quais o julgador preferirá não reconhecer a improbidade a aplicar sanções cuja gravidade se revele desproporcional em relação aos fatos praticados.

Claro está que quando do reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa deriva uma colisão de interesses constitucionalmente tutelados, que só pode ser dirimida pelo exercício da ponderação. De um lado, os direitos fundamentais do agente público, identificados pela cidadania, patrimônio e livre exercício da profissão, todos ameaçados pela aplicação das sanções previstas constitucionalmente.

De outro, bens jurídicos do Estado: patrimônio público e disciplina da conduta dos agentes públicos. Não há dúvida que na valoração feita pelo legislador preponderou o interesse coletivo em detrimento do individual, estampando-se no art. 12 da Lei nº 8.429/92 a legitimação da restrição dos direitos fundamentais do agente público quando da ofensa aos bens jurídicos estatais.

Assim sendo, cabe ao interprete, além da subsunção adequada, avaliar, à luz dos princípios referidos, se a conduta praticada pelo agente, de fato, enquadra-se em ato de improbidade administrativa previsto na Lei 8.492/92.

2. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme exposto no tópico anterior, os atos de improbidade administrativa são espécie de ato ilícito com consequência mais gravosa do que a mera decretação de sua nulidade. Isso porque a Lei 8.492/92 prevê variadas sanções, quais sejam, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos,

pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Dito isso, torna-se mister distinguir atos ilícitos ordinários, que não acarretam as sanções acima mencionadas, dos atos de improbidade administrativa, que causam mais profunda lesão ao interesse público. Nesse contexto, o debate é intenso em torno do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que engloba atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, ante a abertura de enquadramento típica dos princípios.

Para analisar o tema de forma mais minuciosa, cumpre destacar as considerações feitas por Walber Agra^[2] sobre os princípios:

Os princípios servem para implementar uma feição sistêmica ao conjunto de normas que formam a Constituição. Eles representam um norte para o intérprete que busca o sentido e o alcance das normas e formam o núcleo basilar do ordenamento jurídico. Igualmente, têm a função de integração do Texto Constitucional, suprimindo aparentes lacunas existentes.

Eles possuem um teor de abstração mais intenso. Assim, podem ser utilizados em uma maior diversidade de casos. Exemplo significativo é o princípio da legalidade, que pode ser utilizado na seara tributária, penal, processual etc. Como são mais abstratos, podem ter seu conteúdo diminuído ou aumentado, por um processo interpretativo restrito ou extensivo, facilitando sua adequação às modificações sociais. Como podem ser calibrados na sua extensão, servem para colmatar os conflitos entre os mandamentos constitucionais.

Os princípios possuem também força normativa das regras jurídicas, como quaisquer outras normas contidas na Constituição, e as cominações que lhes forem contrárias devem ser declaradas inconstitucionais. Esta ressalva é importante para asseverar que seu papel não é apenas instrumental – possuem autonomia própria, sem necessitar para a sua incidência da aplicação de uma regra.

Em face do texto supratranscrito, pode-se deduzir que os princípios são regras jurídicas dotada de abertura e plasticidade que, em relação aos atos de

improbidade administrativa, podem gerar confusão a respeito do enquadramento respectivo. Isso porque, qualquer ato administrativo que seja ilícito, *prima facie*, viola, ao menos, um princípio basilar da Administração Pública, que é o da legalidade. Todavia, isso não é o suficiente para subsumir o referido ato entre aqueles previstos na Lei 8.492/92.

Como se pode observar, a questão se acha num limbo deveras inseguro, o que pode, de forma rotineira, causar injustiças ao aplicar o regime jurídico de um ato de improbidade administrativa a um ato ilícito ordinário, sem maior lesão à Administração. Nesse contexto, há importante precedente da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça veiculado no Informativo 540^[3], estabelecendo distinções entre atos ilegais e atos de improbidade administrativa:

Informativo nº 0540

Período: 28 de maio de 2014.

PRIMEIRA TURMA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Não configura improbidade administrativa a contratação, por agente político, de parentes e afins para cargos em comissão ocorrida em data anterior à lei ou ao ato administrativo do respectivo ente federado que a proibisse e à vigência da Súmula Vinculante 13 do STF. A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. A confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade deve provir do caput do art. 11 da Lei 8.429/1992, porquanto ali está apontada como ímproba qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (art. 37 da CF). Mas nem toda ilegalidade é ímproba. Para a configuração de improbidade administrativa, deve resultar da conduta enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/1992), prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/1992) ou

infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da CF e 11 da Lei 8.429/1992). A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo. Nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa. Em nenhuma das hipóteses legais, contudo, se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações. Assim, ainda que demonstrada grave culpa, se não evidenciado o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, bens tutelados pela Lei 8.429/1992, não se configura improbidade administrativa. REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014.

Diante do precedente transcrito, fica clara a preocupação dos tribunais sobre a relevância do tema, com vistas a evitar situações desproporcionais e desarrazoadas.

Além disso, em apreciação ao art. 89 da Lei 8.666/1993, a respeito do crime de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, o Supremo Tribunal Federal promoveu interpretação de modo a restringir a responsabilidade exacerbada de agentes públicos inaptos, que causassem irregularidades sem demonstração de prejuízo ao erário. Nesse sentido, a Corte Suprema entende que deve haver, além do descumprimento das formalidades, a ocorrência, no caso concreto, a violação de princípios cardeais (fundamentais) da Administração Pública, nos termos do Inq 3962/DF, precedente veiculado no Informativo de Jurisprudência n. 891 do STF.

Sob esse prisma, há interessante doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves^[4] a respeito, os quais estabelecem *iter* de individualização dos atos de improbidade, de modo a identificar, com clareza e segurança, os atos de improbidade, distinguindo-os dos demais atos ilícitos. Desse modo, foi feita divisão desse *iter* em cinco momentos a seguir elencados.

O primeiro momento, os doutrinadores sugerem a subsunção clara e objetiva da conduta ilícita praticada pelo sujeito ativo da improbidade nos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.492/92, destacando que, na ação de improbidade administrativa, isso deve ser bem demonstrado na causa de pedir.

Já no segundo momento, menciona-se o elemento subjetivo do agente público a quem se imputa o ato ímprobo, de maneira a verificar a consciência e a vontade deste ao praticar a conduta prevista na lei. Tal constatação é essencial, vez que apenas o ato culposamente é punível, no âmbito da Lei 8.492/92, quando importar prejuízo ao erário, na forma do art. 10.

Num terceiro momento, os autores indicam a observância dos efeitos causados pelo ato ímprobo, visando à subsunção adequada à conduta imputada ao agente, tendo em vista que há atos que podem ser enquadrados em todos os artigos que tipificam atos de improbidade administrativa.

Em sequência, o quarto momento se destina a aferição da órgão ou da pessoa jurídica lesada, vez que a Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 1º, prevê quem poderá ser sujeito passivo do ato de improbidade.

Por fim, no quinto e último momento, após superados os quatro momentos anteriores, destinados ao enquadramento formal do ato de improbidade, os doutrinadores defendem que seja analisada a subsunção material da conduta perpetrada ao ato previsto na Lei 8.492/92, conforme transcrição seguinte^[5]:

Apesar disso, devem ser igualmente utilizados parâmetros para se conferir maior objetividade ao princípio da proporcionalidade, o que evitará que esse instrumento inibidor de injustiças termine por ser utilizado por juízes despreparados como elemento estimulador da impunidade.

Em um primeiro plano, a sua utilização haverá de assumir ares de excepcionalidade, evitando-se que seu emprego seja vulgarizado, terminando por legitimar uma "atipicidade generalizada". Como parâmetros a serem seguidos, deve-se observar se é insignificante a lesão aos deveres do cargo ou à consecução dos fins visados e se a conduta apresentava compatibilidade com a realidade social do local em que foi praticada.

Tratando-se de dano ou de enriquecimento de ínfimo ou de nenhum valor monetário, ou mesmo de ato que, apesar de violador dos princípios regentes da atividade estatal, tenha

atingido o interesse público em sua plenitude, sem qualquer lesão a direitos individuais, não se terá uma relação de proporcionalidade entre a conduta do agente e as consequências que advirão da aplicação da Lei n. 8.429/1992, o que deve importar no seu afastamento.

À configuração da improbidade material, no entanto, é desinfluyente a existência de efetivo dano ao patrimônio público ou a rejeição das contas apresentadas pelo agente público ao Tribunal de Contas. Em que pese ser derivação lógica da sistemática legal, preocupou-se o legislador em instituir regra específica a esse respeito, o que resultou no art. 21 da Lei n. 8.429/1992.

É importante frisar, uma vez mais, que a “atipicidade” aqui sustentada deve manter-se adstrita às situações em que a incidência da Lei de Improbidade venha a ferir o senso comum, importando em total incompatibilidade com os fins da norma e as exigências do harmônico convívio social.

Diante do exposto, depreende-se a preocupação da doutrina e da jurisprudência tanto com a proporcionalidade e com a razoabilidade da subsunção dos atos ilícitos, quanto com a possibilidade de indesejada vulgarização do instituto da improbidade administrativa.

Portanto, fica clara a distinção entre os atos ilícitos e os atos de improbidade administrativa, especialmente em razão da lesão que estes causam à Administração, além da gravidade das sanções respectivas. Tal constatação denota a responsabilidade com que o interprete deve pautar sua atuação, com vistas a evitar situações de injustiça, devendo-se observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS RESGUARDADOS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Na década de 1980, foi criada a Lei 6.938/1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente. O seu art. 14, § 1º dispunha que, quando houvesse dano ao meio ambiente, o Ministério Público poderia ajuizar ação de responsabilidade civil e penal, embora não esmiuçasse o conteúdo e o procedimento referentes a tal meio processual.

Assim, em origem, a ação civil pública se voltava à proteção do meio-ambiente, tendo como legitimado o Ministério Público, nos termos da Lei 6.938/1981. Posteriormente, foi elaborado um projeto de lei, fruto do trabalho de dois grupos de juristas: um grupo do Ministério Público do Estado de São Paulo, formado por Nelson Nery e Edis Milaré, e outro grupo da USP, composto por Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini e Kazuo Watanabe. A Lei 7.347/85, (Lei de Ação Civil Pública) é o resultado deste projeto de lei, que ampliou o objeto dessa ação.

A consolidação da ACP ocorreu com a Constituição Federal de 1988 e potencializada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Contemporaneamente, a referida ação possui previsão em diversos diplomas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), Estatuto da Pessoa com Deficiência (13.146/2015), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) etc.

Com base nos argumentos acima, percebe-se a relevância da ação civil pública relativa à improbidade administrativa, eis que é instrumento eficaz no combate a tais atos, os quais provocam prejuízos gravíssimos à coletividade.

Desse modo, por meio da Lei 7.437/1985 (Lei da Ação Civil Pública), foi criada a ação de improbidade administrativa, especialmente destinada à proteção de interesses difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, e coletivos em sentido estrito, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, na forma dos incisos I e II do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Inclusive, este diploma trouxe, após a Lei da Ação Civil Pública, disciplina relevantíssima à tutela de interesses difusos e coletivos, incluindo os direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum.

Sob essa perspectiva, tutelando a moralidade e a probidade administrativa, além dos demais princípios constitucionais aplicáveis à espécie, resguarda-se o interesse público, bem como a efetivação de direitos fundamentais, os quais são viabilizados pela execução regular de serviços públicos. Some-se a isso a importância da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a qual passou a tipificar atos que impliquem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito, concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e violação aos princípios da Administração Pública, compondo eficaz instrumento para resguardar o interesse público.

Assim, com a preservação da probidade administrativa, interesse tutelado constitucionalmente, há, de igual modo, resguardo do interesse público e, por consequência, de direitos fundamentais de titularidade difusa, como o acesso à saúde, à educação, à moradia, ou seja, de modo geral, comodidades à população.

CONCLUSÃO

Diante de tudo exposto, viu-se a importância do princípio da legalidade, como garantia ao indivíduo em face da arbitrariedade estatal e, inobservado o referido princípio, o ato editado pelo Estado seria nulo. Em sequência, discorreu-se sobre os elementos do ato administrativo que deveriam ser respeitados pelo agente público, sob pena de nulidade.

Sob essa perspectiva, a ilicitude é gênero do qual derivam diversas espécies de atos administrativos, os quais podem ter repercussões no âmbito cível, administrativo e penal. Assim sendo, cabe ao intérprete, quando da ocorrência de ato ilícito, verificar em qual situação jurídica este será enquadrado, tendo em vista a diversidade de consequentes jurídicos previsto para cada um deles. Ademais, constatou-se a preocupação da doutrina e dos tribunais a respeito dessa distinção, visando a evitar a banalização do instituto da improbidade administrativa, bem como a observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse sentido, a doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves sugere, para fins de subsunção de condutas ilícitas administrativas, a verificação por meio de cinco momentos, os quais, caso preenchidos, importarão maior clareza e objetividade ao intérprete quando do enquadramento de tais condutas no tipo legal. Além disso, deve-se destacar o quinto momento, por meio do qual os autores aludidos reforçam a necessidade de analisar materialmente a conduta do agente para constatar a ocorrência de ato ímprobo.

Diante disso, fica clara a distinção entre os atos de improbidade administrativa e os demais atos administrativos ilícitos, sendo de fundamental importância tal segregação, vez que a Lei 8.492/92 prevê sanções graves ao sujeito ativo do ato ímprobo, sendo certo, portanto, que os atos acima referidos não se confundem, vez que o primeiro é gênero, enquanto o segundo é espécie.

Portanto, resguardada a regularidade da Administração Pública, em especial a probidade, há preservação de interesses difusos e coletivos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed., rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

NOTAS:

[1] SELIGMAN, Rogério Ponzi. **O princípio constitucional da proporcionalidade em atos de improbidade administrativa**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 238, p. 253, out. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44081/44754>>. Acesso em: 02 Out. 2017. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v238.2004.44081>.

[2] AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 115.

[3] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de Jurisprudência n. 540**. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2714766%27>>. Acesso em: 02 Out. 2017

[4] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed., rev. ampl. atual. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 523-526.

[5] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed., rev. ampl. atual. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 526.

PARA A CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA BRASILEIRA, A PRISÃO PENA APÓS CONDENAÇÃO EM 2º GRAU ESTÁ DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE?

MANFREDO BRAGA FILHO:

Advogado. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar, sob o crivo da Constituição Federal, se a prisão após a condenação em 2º grau está de acordo com o Princípio da Não Culpabilidade. A prisão automática por decisão em segundo grau de jurisdição, ofende o princípio da não-culpabilidade, pois imprime o dever de a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença. Utilizou-se o método de análise qualitativa, com estudo da doutrina, jurisprudência e legislação sobre o assunto abordado. O direito à ampla defesa, contraditório, devido processo legal e inocência devem ser interpretados na máxima efetividade para o cidadão, não cabendo ao Poder judiciário virar legislador, sob a falácia argumentativa de efetivação da Constituição, pois em verdade, promove um desicionismo voluntarista apartado da vontade constitucional e dos seus objetivos ordenativos estruturantes de um Estado, ocasionando a ditadura dos juízes.

Palavras-chave: Ativismo judicial, limitação do poder, princípio da presunção de inocência.

ABSTRACT: This article aims to analyze, under the Federal Constitution, if the arrest after the second degree conviction is in accordance with the Principle of Non-Guilt. Automatic imprisonment by decision of a second level of jurisdiction offends the principle of non-culpability, since it imposes the duty of the provisional execution of the custodial sentence before the final judgment. The qualitative analysis method was used, with study of the doctrine, jurisprudence and legislation on the subject. The right to a broad, contradictory defense, due to legal process and innocence must be interpreted in the most effective way for the citizen, and it is not for the judiciary to become a legislator, under the argumentative fallacy of implementing the Constitution indeed, it promotes a voluntarist decision separated from the constitutional will and its structuring ordinator objectives of a State, causing the dictatorship of the judges.

Key words: Judicial activism, power limitation, presumption of innocence principle.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, BALIZAS INTERPRETATIVAS. 2.2 OS LIMITES DO ATIVISMO

JUDICIAL IMPOSSIBILITA A NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL? 2.3 DO COMBATE AOS ARGUMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Com o constitucionalismo, a limitação do poder se perfaz necessária, pois um conjunto de normas não só limita os poderes dos governantes, como também garantem liberdade aos cidadãos, como verdadeiros direitos de defesa contra o Estado, que não pode, salvo lei, intervir na autonomia ou liberdade das pessoas.

Como bem nos ensina Gonzaga e Beijato Junior (2014, p. 304):

No decurso do tempo surgiram os ideais iluministas: Deus dava lugar ao homem como o centro de todas as coisas (antropocentrismo). Os esses iluministas propiciaram o surgimento da Revolução Francesa e da Revolução Americana (revoluções liberais do final do século XVII) que defendiam, entre outras coisas, a positivação de diversos direitos com o intuito de propiciar maior segurança aos membros da sociedade.

Sendo assim, principalmente por ser uma Constituição que nasce após período ditatorial, o constituinte apenas no art. 5º tratou de conferir vários temas sobre os direitos de pessoas em possível conflito com a lei.

Segundo a CRFB/88 (BRASIL, 1988), ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI, bem como, é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da LEI, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; não havendo crime sem LEI anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação LEGAL. Por fim, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo LEGAL, devendo a prisão ilegal ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Desta forma, é verificado que qualquer espécie de prisão somente pode ocorrer com base no princípio da legalidade, ou seja, somente lei pode definir as situações em que a prisão pode ocorrer.

Sendo assim, com base no art. 283 do Código Processo Penal (BRASIL, 1941), verificamos as hipóteses de prisão, como norma de concretização da Constituição.

CPP, art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Ou seja, no Brasil, conforma o art. 283 do CPP acima elencado, só existe apenas a prisão decorrente de flagrante delito, sentença condenatória transitada em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, tudo conforme a Constituição.

CRFB/88, art. 5º LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988).

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, ao arripio da Constituição e da Lei, criou uma nova possibilidade de prisão sem base legal, qual seja, a prisão por condenação em segunda instância, conforme decisão emitida pelo plenário.

Ementa: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. 1. Segundo o acórdão embargado, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.” 2. De acordo com o estatuído no artigo 619 do CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. No caso, não se verifica a existência de quaisquer desses vícios. 3. Embargos de declaração rejeitados. HC 126292 ED / SP - **SÃO PAULO EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 02/09/2016Órgão Julgador: Tribunal Pleno.**

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e não viola o texto do art. 283 do CPP. STF. Plenário.

ADC 43 e 44 MC/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgados em 05/10/2016 (Info 842).

Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. STF. Plenário virtual. ARE 964246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016 (repercussão geral).

Por tudo isto, o presente trabalho tem como objetivo analisar, sob o crivo da Constituição Federal, se a prisão após a condenação em 2º grau está de acordo com o Princípio da Não Culpabilidade.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, BALIZAS INTERPRETATIVAS

Analisando os votos de todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Cavalcante (2016) faz uma breve explanação da tese vencedora ao comentar o informativo 842 do Supremo Tribunal Federal, que se segue abaixo:

É possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP). Isso significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos. Logo, é possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso. O Min. Teori Zavascki defendeu que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. É possível o

estabelecimento de determinados limites ao princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, desde que o acusado tenha sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Há o exemplo recente da LC 135/2010 - Lei da Ficha Limpa, que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados, quando proferidas por órgão colegiado. A presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. É necessário equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal. Neste equilíbrio, deve-se atender não apenas os interesses dos acusados, como também da sociedade, diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro. O Ministro Teori, citando a ex-Ministra Ellen Gracie (HC 85.886), afirmou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”. A jurisprudência anterior que assegurava, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos (ordinários e extraordinários) permitiu e incentivou a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, unicamente com propósitos protelatórios. O objetivo era o de conseguir a prescrição da pretensão punitiva ou executória. Dessa forma, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao STF, garantir que o processo — único meio de efetivação do “jus puniendi” estatal — resgate sua inafastável função institucional.

Por outro lado, ousa-se discordar da atual posição do Supremo Tribunal Federal, ao qual se faz com base na Constituição Federal, pois ao que parece os Ministros buscaram mais um viés argumentativo ideológico-político-social em suas manifestações, desprezando o viés jurídico constitucional, encampado pela interpretação literal, unitária e sistêmica da Constituição, ao qual tem regência no princípio da máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Como boa explicação temos Lenza (2017, p. 206):

Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social.

Segundo Canotilho (1993, p. 227):

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Como informa Mendes (2015, p. 95):

Hesse, seguido por Canotilho, identifica-os como princípio da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora e da força normativa da Constituição. O primeiro desses princípios, o da unidade da Constituição, postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra; dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais. As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte. Vale, aqui, o magistério de Eros Grau, que insiste em que "não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços", acrescentando que "a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao intérprete ser alfabetizado". Esse princípio concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem

tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário.

A Constituição Federal é clara ao seguir o princípio da legalidade, regra de qualquer Estado Democrático de Direito, ou seja, atualmente se vive o império da lei e não a dos homens.

Bobbio (1987) faz a seguinte pergunta:

Qual a última razão pela qual, em toda a sociedade estável e organizada, há governantes e governados; e a relação entre uns e outros se estabelece como uma relação entre o direito, por parte dos primeiros, de comandar, e o dever, por partes dos segundos de obedecer?.

Já ensinada por Max Weber apud Bianchi (2014):

Os tipos ideais de dominação legítima definidos por Weber não eram, desse modo, arranjados em uma escala de legitimidade, nem colocados em uma linha de sucessão histórica. A dominação legal com quadro administrativo burocrático, assim como as demais formas de dominação, fundava-se na crença em sua legitimidade. Fundamentava-se na existência de um direito estatuído de modo racional, de um conjunto de regras abstratas, promulgadas com determinadas intenções e de acordo com as quais o senhor típico ideal mandaria, ao mesmo tempo que as obedeceria (Weber, 1999, v. 1, p. 142). Em tal situação, quem obedece se conformaria não ao senhor, mas à lei que ele expressa. Trata-se, portanto, de uma concepção na qual a política se encontra assentada no domínio das leis e não dos homens, e na qual a autoridade, para ser legítima, deveria ser legal, ou seja, deveria estar amparada na lei. O argumento de Weber não deixava de ser circular, uma vez que a dominação seria legítima se estivesse baseada em leis estatuídas, as leis seriam legítimas se fossem estatuídas e o ato de estatuir seria legítimo se tivesse lugar de acordo com a lei. A circularidade do argumento permitia a Weber rejeitar uma definição do Estado moderno e da dominação legal com base em seus objetivos ou em valores específicos (Bendix, 1962, p. 419).

Sendo assim, ao entender o pensamento de Weber, o Estado moderno sai do império dos homens que se legitimava na crença na tradição (hereditariedade

do primeiro filho homem para o reinado) ou de fundamento carismático (os heróis), passando agora a ser legitimada na racional baseado na legalidade (mais modernamente na constitucionalidade).

Estas ilustrações eram seguidas Kelsen (1987, p. 233), pelo qual compreendia a legitimidade como:

Princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica...

Por sua vez, Habermas (1987, p. 343/344) afirmava que:

A fé na legalidade só pode criar legitimidade se supõe de antemão a legitimidade da ordem jurídica que determina o que é legal (...), aquele momento de incondicionalidade que inclusive no Direito moderno constitui um contrapeso à instrumentalização política do meio que é o Direito, deve-se ao entrelaçamento da política e do Direito com a moral.

Desta forma, a Constituição não pode ser objeto de revogação por parte dos ministros, principalmente de cláusulas pétreas, ainda mais, se pensarmos que apenas 6 (seis) ministros (maioria do plenário do STF) teria um poder soberano de reescrever a Constituição, sem se quer existir meio de controle dessa decisão.

Até porque se percebe que os ministros acendem ao cargo de magistrados do Supremo Tribunal Federal sem qualquer consulta popular, logo sem apoio deste, pois se faz por meio de indicação do Presidente da República, ratificado pelo Senado Federal.

CRFB/88, art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (BRASIL, 1988).

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (BRASIL, 1988).

Além do mais, são pessoas que jamais fizeram parte da classe social da maioria dos brasileiros, logo, nem a experiência como cidadão da grande massa Brasileira eles tem, contudo, basta seis ministros, para determinar o comportamento e consequências para todos os brasileiros. O que demonstra a baixa democratização da escolha dos nomes ao cargo de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Logo, alterações substanciais da Constituição somente deve ser realizada pelo poder legislativo, ao qual o constituinte conferiu essa prerrogativa, e nem esse, pode atingir cláusulas pétreas, e se caso assim ocorrer, agora sim, nasce o dever do poder judiciário de declarar a inconstitucionalidade desta norma. Conforme ensina a Constituição Federal:

CRFB/88, art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988).

CRFB/88, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988).

Desta forma, o constituinte criou um sistema de freios e contrapesos, com base constitucional, onde a proteção da norma fundamental é realizada por vários órgãos elencados na carta de outubro.

Pensar diferente é permitir um ativismo judicial sem respaldo constitucional, dotando o poder judiciário de poderes metafísicos, que não se subordina a ninguém, logo, então, quebrando a separação dos poderes e a harmonia entre os mesmos. Será que a história não nos ensinou, que nenhum poder pode ser centralizado ou em supremacia aos outros, o único soberano é o povo, este sim com poder de alterar a Constituição.

CRFB/88, 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:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988).

Conforme ensina o pai da separação dos poderes, Montesquieu (2008):

“Todo homem que tem o poder é tentando abusar dele (...). É preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”

“A corrupção dos governantes quase sempre começa com a corrupção dos seus princípios.”

“As conquistas são fáceis de alcançar, pois fazemo-las com todas as nossas forças; mas são difíceis de conservar, uma vez que apenas as mantemos com uma parte das nossas forças.”

“Parece, meu caro, que as cabeças dos homens mais notáveis mingnam quando se reúnem, e que onde há mais sábios, há também menos sabedoria. Os grandes grupos, prendem-se tanto aos momentos e aos vãos costumes, que o essencial não vem senão depois.”

2.2 OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL IMPOSSIBILITA A NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL?

O ativismo judiciário tem como base um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, alargando o poder jurisdicional ao qual o judiciário toma papel ativo, determinando medidas concretas a serem observadas pelos agentes públicos e pela sociedade, em um juízo substancialmente político, mas juridicamente fundamentado, podendo, inclusive, conforme ensina Sarmento (2012, p. 153):

Judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Ou seja, o ativismo jurídico surge em meio a um debate entre as doutrinas interpretativistas e não interpretativistas nos Estados Unidos da América, em que, a base do ativismo judicial se encontra na efetivação da Constituição em prol da executar com máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Como ensina Oliveira (1996 p. 2/3).

Lief H. Carter é crítico da teoria interpretativista, que chama de preservacionismo, dedicando o capítulo III do seu livro ao combate de tal teoria, intitulando-o: “O fracasso da Teoria Interpretativista”. Afigura-se, neste ponto, de contribuição inegável, a distinção sumária entre as teorias norte-americanas do interpretativismo e o não-interpretativismo, nas palavras de Jonh Hart Ely. O interpretativismo indica que o juiz, ao decidir questões constitucionais, deveria ater-se a fazer cumprir normas que estão declaradas ou evidentemente implícitas na Constituição escrita, enquanto o não interpretativismo indica que as Cortes deveriam ir além

daquele conjunto de referências – normas declaradas ou claramente implícitas na Constituição – e fazer cumprir normas que não pudessem ser descobertas no texto da Carta Também a título propedêutico, entende-se por bem ressaltar a importância da tomada de posição por uma dessas teorias. Dessa tomada de posição decorre primordialmente a maior ou menor liberdade ou, ao menos, o maior ou menor ônus argumentativo, na prolação de uma decisão pela Corte. Wechsler, na visão de um interpretativista, expressa o perigo na adoção da teoria não-interpretativista como estimuladora da assimilação do mero juízo de oportunidade política às decisões judiciais constitucionais, isentando-as do ônus de demonstração de sua correção, amenizando contudo um rígido interpretativismo por meio da assertiva de que um texto constitucional escrito não deve ser entendido como uma declaração de regras finitas de direito e, sim, de valores a possibilitar adaptações e ajustes eventuais⁹. Carter, por outro lado, sob o enfoque de um não-interpretativista, procura ressaltar as desvirtudes daquela estrita vinculação ao texto constitucional, dizendo, por sua vez, que são os interpretativistas que, apegados ao texto, desoneram-se do ônus argumentativo, ao que, pela teoria estética que propugna, maior é a demanda por uma argumentação convincente, fundamentada que é aquela teoria na retórica.

Como defensor brasileiro da doutrina não interpretativista, o juiz federal Dirley da Cunha Junior, (2009, p. 200), ao afirmar que:

Já a corrente não interpretativista defende um ativismo judicial na interpretação da Constituição, proclamando a possibilidade e até a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores substanciais, como justiça, igualdade, e liberdade. Ora, para essa corrente, cumpre ao juiz concretizar todos esses valores constitucionais, por meio de uma interpretação substancial da Constituição, que é composta, como cediço, por inúmeros princípios aberto.

Sendo assim, é verificável que no Brasil, estamos adotando a ideia de ativismo judicial que limita direitos individuais, conquistados a duras penas após 21 anos de ditadura no Brasil, vivenciando agora uma ditadura jurídica do poder

judiciário. Logo, imperando, de fato o neoconstitucionalismo pessimista, que Bernardes e Ferreira (2015, p. 58) ensinam:

A expressão "neoconstitucionalismo" tem múltiplas significações, tantas quantas forem as tendências atuais a encarar os rumos dos problemas constitucionais. Alguns autores, como Carlos Ayres Britto, aludem pejorativamente ao neoconstitucionalismo, dizendo tratar-se de corrente de pensamento criada para defender o enfraquecimento da supremacia constitucional em favor da atenuação do excesso de rigidez e do caráter voluntarista das constituições contemporâneas.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, está aplicando a corrente concretista por meio da qual interpreta a Constitucional da forma determinada por Theodor Viehweg, ao qual, bem explica essa teoria é o Ministro Gilmar Mendes (2015, p. 93).

O método da tópica toma a Constituição como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção de uma solução justa ao caso concreto que analisa. O foco, para o método, é o problema, servindo as normas constitucionais de catálogo de múltiplos e variados princípios, onde se busca argumento para o desate adequado de uma questão prática. Böckenforde assinala a consequência da degradação do caráter normativo, de comando, da norma constitucional, que passa à condição de mero ponto de vista de interpretação. O método supõe um consenso sobre o conteúdo da Constituição e sobre os valores que nela se inserem, o que dificulta a sua operacionalidade em sociedades distinguidas pela polarização ou pela multiplicidade de visões em torno de valores políticos e morais.

O que é extremamente perigoso, pois permite uma interpretação constitucional, que em verdade, é uma técnica do pensamento problemático, ao qual desencadeia um casuísmo ilimitado e uma consequente insegurança jurídica. Logo dotando a vontade dos juízes de poder, e não a vontade do povo pela Constituição. O que nos leva ao retorno do país à Constituição de 1824, que dava ao imperador o poder moderador para com os outros poderes, e agora o poder moderador ao judiciário, contudo sem previsão constitucional.

Não se pode negar a existência do art. 283 do Código de Processo Penal, que é um limitante dos poderes estatais em face dos cidadãos, em plena consonância com o que determina a Constituição, que consagra o princípio da reserva legal, em que desde a Declaração de Direitos de 1789 afirma:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro. O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram a outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites somente podem ser estabelecidos pela lei.

Nas lições de Mendes (2015, p. 850), tem-se que:

A Constituição de 1988, em seu art. 59., II, traz incólume, assim, o princípio liberal de que somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações dos cidadãos. Ao incorporar essa noção de lei, a Constituição brasileira torna explícita a intrínseca relação entre legalidade e liberdade. A lei é o instrumento que garante a liberdade. A legalidade também não pode ser dissociada, dessa forma, da ideia de "Império da Lei" (*Força De Lei*), que submete todo poder e toda autoridade à soberania da lei. Não há poder acima ou à margem da lei. Todo o Direito está construído sobre o princípio da legalidade, que constitui o fundamento do Direito Público moderno. O Direito Penal funda-se no princípio de que não há crime sem lei anterior, nem pena sem prévia cominação legal (art. 59., XXXIX), expressado pela famosa expressão cunhada por Feuerbach no século XIX "nullum crimen nulla poena sine lege". No Direito Administrativo, a tradição doutrinária permitiu dizer que, enquanto no âmbito privado é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que está autorizado pela lei, ideia que condensa, pelo menos em termos, o princípio da legalidade administrativa previsto no art. 37, caput, da Constituição. O Direito Tributário também está vinculado a limites constitucionais (art. 150), dentre os quais a ideia de lei sobressai nos princípios da "reserva de lei", da "anterioridade da lei" e da "irretroatividade da lei".

Negar vigência ao art. 283 do Código de Processo Penal é um verdadeiro retrocesso social, de conquistas dos cidadãos, nenhuma interpretação constitucional pode sobrepor valores coletivos, em face da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Desta forma, podemos encontrar amparo inclusive na obra Alexy (1993, p. 452), que defende a prevalência dos direitos de dimensão subjetiva em face da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois, a principal finalidade dos direitos fundamentais, consiste na proteção do indivíduo e não da coletividade, desempenhando a dimensão objetiva uma função e reforço da tutela jurídica dos direitos fundamentais subjetivos; bem como, por argumento de otimização, a análise do caráter principiológico dos direitos fundamentais demonstra que o reconhecimento dos direitos positivos implica num grau maior de realização dessas normas-princípios definidoras de direitos fundamentais, do que previsões de obrigações de natureza meramente objetivas.

Sin embargo, esta distinción tiene también que ser puesta en duda. Existen problemas de derechos de defensa sumamente controvertidos, más allá del ámbito de la jurisprudencia; basta pensar, por ejemplo, en el derecho de realizar manifestaciones callejeras; y existen posiciones de derechos a protección; que nadie pone seriamente en duda, por ejemplo, la protección frente a lesiones corporales a través de las normas del derecho penal. Esto pone claramente de manifiesto que los límites de los campos de acción del legislador y de la competencia del Tribunal Constitucional no pueden orientarse por diferencias teórico-estructurales como las que existen entre los derechos de defensa y los derechos a protección, sino únicamente por cuestiones sustanciales. En última instancia, la cuestión sustancial apunta —tal como puede ser formulado sobre la base de la concepción formal del derecho fundamental presentada más arriba— a saber si, desde el punto de vista del derecho constitucional, una determinada protección es tan importante que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria. Esta fórmula contiene también la solución del problema del pronóstico. Es fácil reconocer que toda propuesta para la solución del problema del pronóstico incluye una propuesta para la distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Supongamos que hay que juzgar si el medio de protección M cumple o no el deber de protección P. Según el pronóstico

Pr_1 tal es el caso: según el pronóstico Pr_2 no. El legislador sostiene Pr_1 . Si el legislador tiene la competencia para decidir cuál pronóstico ha de tomarse como punto de partida, el Tribunal Constitucional no puede decir que se ha lesionado el deber de protección. Si el Tribunal posee la competencia de decisión, puede decir que Pr_1 es falso y Pr_2 correcto y, por lo tanto, el deber de protección P no es cumplido por M .

E, segundo Dworkin (2010):

O sentido forte jamais pode ser deferido. Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário. Nesse sentido, ela tem relevância para a análise dos princípios; na verdade, nesse sentido ela nada mais é do que uma reformulação da nossa segunda abordagem. É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.

Então, percebemos que Dworkin (2010) e Alexy (1993), os principais expositores do chamado neopositivismo, não confere aos juízes poderes ilimitados, que com base em um princípio abstratamente implícito na Constituição, limitar normas limita a expressão da mesma, logo ambos são contra a ideia do poder judiciário ser um poder de atividade legislativa superior ao próprio poder legislativo que tem essa função expressa na Constituição, como papel institucional.

2.3 DO COMBATE AOS ARGUMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O argumento de que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do Código de Processo Penal), não impede a aplicação do efeito suspensivo indireto devido o princípio da não culpabilidade, pois a interpretação é conforme a Constituição e não conforme a Lei. Pois assim leciona Lima (2016, p. 2259).

Ora, se o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao acusado como se este já houvesse sido condenado, definitivamente, enquanto não houver

sentença condenatória com trânsito em julgado, é evidente que não se admite uma execução provisória da pena pelo simples fato de o recurso ser (ou não) dotado de efeito suspensivo. Isto importa em conferir efeito suspensivo indireto a todo e qualquer recurso interposto com o fim de reformar sentenças ou acórdãos condenatórios, inclusive aqueles em relação aos quais a lei for silente acerca desse efeito.

Já os argumentos de que até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, presumindo a culpa. Não encontra respaldo constitucional, pois a Carta de outubro delimitou tempo para o status de não culpável, qual seja, trânsito em julgado (art. 5º LVII). Em verdade o entendimento de tratar o réu como culpável, é de inspiração fascista. Como bem destaca Lopes Junior (2018, p. 729).

Basta ler a Exposição de Motivos do CPP, que idolatra o Código de Rocco, para constatar isso. Para além da mera citação do Código de Rocco, a Exposição de Motivos contempla verdadeiras pérolas do estilo: “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades (...)”. O texto exala um profundo ranço autoritário incompatível com a democracia contemporânea e que exige uma imensa ginástica jurídica para tentar salvar algo de um código como o nosso.

Ainda alega-se o entendimento de que deve haver limitação do princípio da não culpabilidade, pois não existem direitos absolutos, ao qual emprega a analogia com a LC 135/2010 - Lei da Ficha Limpa (BRASIL, 2010), que, determina efeitos nos direitos políticos desde a condenação em segundo grau.

Sem dúvida, nenhum direito é absoluto, entretanto os limites é a Constituição que permeia, bem como, devemos observar que quanto a lei da ficha limpa, a limitação dos direitos políticos foram por meio de lei, e não jurisprudência, e aqui está um fator chave de limitação ao poder judiciário de legislar, pois os juízes

não podem ir de encontro à literalidade da norma fundamental em direitos fundamentais, sob pena de substituir o Constituinte, logo o povo .

Por fim, o argumento de que em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte, e que esse entendimento conferiria um incentivo a conseguir a prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Ora, o ordenamento jurídico é decidido pelo povo ao elaborar a Constituição, ao qual é limitado aos limites da soberania do país, pouco importando as outras jurisdições. Assim como, a lentidão processual do Estado brasileiro e seus inúmeros recursos são obra de Lei, e não do cidadão ou da Constituição; cabe a atualização das normas, que propicie uma celeridade, entretanto, o não cumprimento pelo Estado do assegurar o direito fundamental a um processo célere, não pode imputar esse ônus em cima da liberdade das pessoas, pois carente de respaldo constitucional.

A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento que não permite prisões sem fundamentação legal e concreta, além de conferir uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado Democrático de Direito, a lei é um limite aos poderes instituídos, e mais ainda, a Constituição é uma ordem jurídica que confere direitos aos cidadãos e limita os poderes estruturantes da sociedade. Não cabendo ao Poder judiciário virar legislador, sob a falácia argumentativa de efetivação da Constituição, pois em verdade, promove um desicionismo voluntarista apartado da vontade constitucional e dos seus objetivos ordenativos estruturantes de um Estado, ocasionando a ditadura dos juízes.

A prisão automática por decisão em segundo grau de jurisdição, ofende o princípio da não-culpabilidade, pois imprime o dever de a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença. Ou seja, a prisão por decisão de segunda instância, conforme a lei, somente é cabível na hipótese de prisão cautelar do réu devidamente fundamentada e comprovado os requisitos autorizadores previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, jamais autorizando a prisão pena antecipada. O direito à ampla defesa, contraditório, devido processo legal e inocência devem ser interpretados na máxima efetividade para o cidadão.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 452 e 453.

BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito constitucional. Tomo II, Direito Constitucional Positivo**. 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2015, 733 p.

BIANCHI, Álvaro. **O conceito de estado em Max Weber**. Lua Nova, São Paulo, n. 92, p. 79-104, Ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000200004&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 22 dez. 2019.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL, 2010. **Lei complementar nº 135, de 04.06.2010. Lei da Ficha Limpa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm> Acessado em: 25 dez. 2019.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 20 dez. 2019.

BRASIL, 1941. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 02/08/2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª. ed., ver. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais Julgados do STF e do STJ comentados – Julgados de 2015**. 1ª ed., Manaus: Dizer o Direito, 2016, 1629 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acessado em: 25 dez. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; BEIJATO JUNIOR, Roberto. **Considerações sobre a Hermenêutica Constitucional**. In: Vade Mecum Humanístico, coordenação Álvaro de Azevedo Gonzaga, Nathaly Campitelli Roque. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987, p. 343/344.

HESSE (Escritos, p. 47) apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 95.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 240.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. Ed. 21ª, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 206.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. V. único. 4ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 145.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., Ed. Saraiva, 2015, 1472 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota, 9ª ed., Ed. Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Márcio Nunes Iorio Aranha. **Jurisdição constitucional e política: interpretativismo, não-interpretativismo e suas alternativas políticas e jurídicas: teoria estética? estudo da obra Contemporary constitutional lawmaking de Lief H. Carter**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33, n. 132, p. 297-311, out./dez. de 1996. Disponível em: < https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9635/1/ARTIGO_JurisdicaoConstitucionalPolitica.pdf > Acessado em: 23 dez. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Editora Fórum: 2012.

STF, ADC 43 e 44 MC/DF, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgados em 05/10/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno (Info 842).

STF, HC 126292 ED / SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Julgamento: 02/09/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

LUCIANA TONON DE ALMEIDA TOLEDO DE SA:

Graduada em Letras, Direito, e Pós-Graduada em Direito Processual e Direito Administrativo.

RESUMO: A presente pesquisa dedica-se a realizar uma análise da judicialização do direito social e fundamental a saúde, associado à sua concretização de fato por meio de uma intervenção do poder judiciário. Isso se deve ao aumento visto nas demandas que objetivam o fornecimento de tratamentos por vezes não ofertados pelo Sistema Único de Saúde, bem como de medicamentos, o que, recentemente, foi tema de discussão do Supremo Tribunal Federal. Assim, com a intensificação do denominado fenômeno da judicialização do direito à saúde, com a expedição de diversas demandas em todo o país, cria-se uma certa insegurança não apenas quanto ao provimento das demandas, como também para o próprio Estado, haja vista o maior despendimento de verbas para o atendimento de um número reduzido de pessoas.

Palavras-chave: judicialização; saúde; direito social, poder judiciário.

ABSTRACT: This research is dedicated to perform an analysis of the judicialization of the social and fundamental right to health, associated with its realization through an intervention of the judiciary. This is due to the increase seen in demands aimed at providing treatments sometimes not offered by the Unified Health System, as well as medicines, which has recently been the subject of discussion by the Supreme Court. Thus, with the intensification of the so-called phenomenon of the judicialization of the right to health, with the dispatch of various demands throughout the country, it creates a certain insecurity not only regarding the provision of demands, but also for the State itself, given the greater expenditure of funds to serve a small number of people.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A garantia do direito à vida e à saúde no Brasil; 3. A judicialização da saúde e seus impactos no Direito; 4. A limitação na atuação do Poder Judiciário quanto ao direito à saúde; 5. A conciliação entre a atuação do Judiciário e as políticas públicas ligadas à saúde; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Considerado como uma das garantias mais básicas do cidadão brasileiro, o direito à saúde é tratado pela Constituição Federal 1988 como um dever do Estado

para com a população. Tal previsão visa dar garantia a outro direito de caráter fundamental, o direito à vida.

Porém, mesmo com essa previsão constitucional, o que se percebe atualmente é um sistema público de saúde defasado, que já não tem capacidade para atender as altas demandas da população, que, por vezes, acabando recorrendo para um socorro junto à saúde privada, esta, um privilégio para poucos,

A implementação de um atendimento abrangente e que esteja apto a atender toda a demanda atualmente vista tem como obstáculo a falta de investimento em uma estruturação capaz de suportar tal demanda, considerando a dificuldade que o Poder Público tem em aplicar, de forma correta, uma verba limitada para a garantia de um atendimento eficaz.

Como consequência dessa limitação de recursos do Estado e falta de uma garantia eficaz do direito à saúde é a busca, por meio do poder judiciário, da efetivação desse direito, gerando assim uma grande judicialização de uma questão que, em teoria, não deveria ocupar as mesas de juízes e tribunais.

Quando tal poder é acionado para dirimir questões desta seara, é notável a criação de um verdadeiro risco às políticas públicas a serem promovidas pelo Estado, além de decisões conflitantes a respeito da possibilidade de concessão, pela via judicial, de remédios e tratamentos que não estão sendo garantidos pelo sistema público.

Além disso, é certo que essa atuação do judiciário acaba por potencializar os gastos dos cofres públicos com casos específicos, criando apenas mais um obstáculo na efetivação do sistema público de qualidade. Outra questão que advém desse tema é a legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas, e até onde este pode interferir diretamente no modo como os recursos do Estado são despendidos.

Todavia, por outro lado, há ainda a consideração da possibilidade de se pleitear o provimento do direito à saúde pela via judicial conforme previsão da própria Constituição Federal, a qual estabelece meios para que seja invocada a proteção judicial quando da violação dos direitos sociais e a morosidade que afeta o sistema público de saúde do Brasil.

Logo, ante essa perspectiva, tem-se como necessária uma maior atuação do próprio Poder Público para o estabelecimento de mecanismos visando a concretização, bem como a proteção aos direitos fundamentais, como o direito à uma saúde de qualidade, de um modo mais eficiente, afastando o provimento desta garantia por meio de decisões judiciais, haja vista o comprometimento estabelecido

pela Constituição Federal para com a implementação dos direitos sociais por parte do Estado.

Isso porque há, atualmente, uma complexidade na relação entre o Estado, e a sua atuação na prestação e efetivação de direitos fundamentais e sociais, e o poder judiciário, junta da sua legitimidade para intervenção na utilização e direcionamento de verba pública.

Diante da complexidade deste tema, o presente estudo tem como objetivo analisar a judicialização da saúde no Brasil, e os impactos que esta vem a causar não apenas na garantia de tal direito social, como também nas demais áreas do Estado. Da mesma forma, será apresentado aqui as mudanças em aspectos ligados a tal judicialização e como ela é tratada por nossos tribunais.

A realização deste estudo justifica-se em razão da relevância em compreender mais como se dá a judicialização da saúde no território brasileiro, além dos impactos trazidos pela interferência do poder judiciário nas verbas da Administração Pública, além dos limites compreendidos para tal intervenção, visando a prestação de uma assistência e atendimento à saúde para com a população.

2.A GARANTIA DO DIREITO À VIDA E A SAÚDE NO BRASIL

Como asseverado anteriormente, o direito à saúde está previsto em nossa Constituição Federal de 1988, em seu título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais, previsto como um dos direitos sociais do capítulo II, presente no art. 6º. Vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Tais direitos, dentre os quais está o direito à saúde, são considerados em uma análise mais profunda, como de segunda geração, incluindo-se aqui as liberdades sociais, a educação, o trabalho e a assistência social por parte do Estado. SARLTE (2006, pg. 56) indica que os direitos sociais trazidos pela segunda geração, em sua natureza atribuem ao Poder Público a necessidade de se adotar um comportamento mais atuante na concessão e efetivação da justiça social.

Sendo assim, quanto ao direito à saúde, o Estado detém um papel proativo, visando assegurar aos seus cidadãos o que a Constituição estabelece como um direito básico e essencial não apenas para promover a saúde, como também assegurar a igualdade entre cada indivíduo. Tal entendimento é trazido pela própria Constituição Federal, em seu art. 196:

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 (BRASIL, 1988).

Tal fato salienta que o direito à saúde não possui uma auto-aplicabilidade, assim como os demais direitos sociais. Apenas a criação de normas e regulamentos, e a imposição de uma atividade desempenhada pela Administração Pública faz com que tal garantia saia do mundo das normas e passe a ter uma efetividade de fato.

Uma das normas criadas com esse objetivo foi a que implementou o Sistema Único de Saúde, mas que, em contrapartida, acabou por não materializar os recursos essenciais para a sua aplicação e, conseqüentemente, alcançar um atendimento pleno para com a população.

Resta evidente, então, que os recursos para a garantia do direito à sociedade são deveras escassos, o que faz com que a atuação do Poder Judiciária, quando provocado, acabe por retirar recursos de outras áreas, destinados a políticas públicas que não ligadas à saúde, objeto este de questionamento tanto por parte de juristas e doutrinadores, quando desta pesquisa.

Porém, é certo dizer que a saúde é um direito social amplamente relacionado com outros elementos, previstos pela norma jurídica brasileiro, em especial os que se referem aos demais direitos sociais, como a educação, o trabalho, o meio-ambiente e o lazer, estes de essencial importância para a promoção daquele, que não apenas se limita ao tratamento de doenças e distúrbios de caráter físico e mental.

Logo, diferente do que se retira do entendimento comum, a saúde pode ser compreendida como um aspecto mais amplo e complexo do que apenas a busca por um bem-estar físico e mental para a coletividade, abrangendo outros direitos sociais abarcados pela norma constitucional, visando ainda a garantia de outro direito fundamental, o direito à vida.

3.A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS IMPACTOS NO DIREITO

Conforme amplamente debatido acima, é latente do dever do Estado quanto à efetivação e garantia dos direitos sociais do cidadão, dentre os quais está o direito à saúde e o seu provimento por meio de um atendimento eficiente para o tratamento de doenças e enfermidades, além do fornecimento de medicamentos aptos a auxiliar na garantia do bem-estar físico e mental.

Porém, mesmo com a previsão Constitucional visando fomentar o acesso à saúde de forma isonômica e universal, por meio de políticas públicas e ações sociais equivalentes, é certo que o alcance de tal objetivo a muito já se mostra distante, haja vista a discrepância entre as necessidades da população e os recursos dispendidos pelo Estado.

Um dos principais reflexos do não provimento do direito à saúde é o aumento na busca por tratamentos e medicamentos por meio da via judicial, com o estabelecimento de diversas demandas junto aos tribunais do país.

Todavia, esse fenômeno da judicialização da saúde no Brasil acaba por trazer diversos riscos para o Poder Público, em especial na organização e execução de políticas voltadas para a garantia de direitos sociais. Tal fato decorre da escassez de recurso do Estado, agravado pelo descompasso entre a efetivação do direito coletivo e a busca de direitos individuais.

Dentre o principal impacto percebido é no orçamento público do país, dando ao judiciário um aspecto de instrumento de efetivação de políticas públicas, por meio de sua intervenção nestas, o que, por outro lado, agrava a dificuldade que o Estado tem em administrar e gerir seus recursos dentro de uma política já considerada inadequada e incipiente.

Isso faz desse modelo de judicialização uma ferramenta perigosa, tanto para a segurança jurídica nas demandas interpostas, quanto aos cofres públicos, fazendo surgir o entendimento de que os direitos sociais, apesar de seu caráter fundamental, devem ater-se ao princípio da reserva do possível.

Por tal entendimento, notadamente distante do que assevera a Constituição, os direitos de segunda dimensão, dentre os quais estão os direitos econômicos, culturais e sociais, dependem da disponibilidade orçamentária do Estado para o seu provimento, sendo que este, em tese, poderia eximir-se da implementação, mesmo que parcialmente, das políticas públicas para a efetivação de tais garantias.

Sob uma ótica constitucional, o entendimento acima descrito traz uma grande insegurança jurídica e social, haja vista que, ao estabelecer a possibilidade

de se negar um tratamento adequado para a população, coloca-se em dúvida o que indica o próprio texto constitucional, tornando-o, assim, uma simples norma decorativa. Afirmar tal possibilidade é o mesmo que dizer que o legislador não pretendia fazer-se cumprir o que ali foi determinado.

Todavia, faz-se mencionar que esse entendimento já foi superado pelo poder judiciário brasileiro, sendo objeto de atuação do próprio Supremo Tribunal Federal, destacando-se que, apesar dos questionamentos quanto uma possível transgressão ao princípio da separação dos poderes, a interferência do judiciário é necessária ante a incapacidade dos demais poderes em se fazer cumprir o que ordena a Constituição.

Apesar de se entender pela possibilidade de se exigir a garantia do direito à saúde por meio da via judicial, é importante se realizar uma avaliação da repercussão que tal atuação pode ter no que se refere ao interesse coletivo que, indiretamente, acaba sendo impactado pelas decisões pleiteadas por particulares.

É certo que diversos indivíduos que demandam pelo fornecimento de tratamentos e medicamentos buscam por alternativas que, por vezes, não estão previstas no protocolo do Sistema Único de Saúde ou não possuem um registro da Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa), fazendo com que recursos anteriormente não previstos no orçamento acabem sendo despendidos para custear o tratamento indicado por decisão judicial.

Justamente por isso é que se faz indispensável definir certos critérios para a possibilidade do pleito jurisdicional quanto ao direito à saúde. Apesar do entendimento de que o princípio da reserva do possível não deve ser aceito em um Estado Democrático de Direito, não se deve também ser aceita uma insegurança jurídica quanto às decisões conflitantes quanto ao provimento de tratamentos e medicamentos que não estejam previstos pela legislação brasileira.

Não se pode olvidar que, apesar da possibilidade de se pleitear pela garantia da efetivação dos direitos sociais e fundamentais por meio da via jurisdicional, é preciso realizar uma apreciação dos impactos causados por seu provimento.

Isto é, faz-se necessária avaliar como a demanda de um indivíduo que busca um tratamento ou medicamento de alto custo pode prejudicar o direcionamento de verbas orçamentária para políticas públicas que visem o atendimento de toda a coletividade, haja vista a força das decisões judiciais que vinculam a atuação do Poder Público para com os direitos individuais em casos específicos.

Paradoxalmente, com a judicialização da saúde, cria-se uma situação de conflito entre o que garante a Constituição para com todos os indivíduos,

estabelecendo um atendimento isonômico e a garantia da efetividade dos direitos sociais, e o interesse da coletividade, afetado pelas decisões que beneficiam pacientes de forma individual.

Assim sendo, destaca-se, mais uma vez, a necessidade de se estabelecer critérios capazes de limitar a atuação do poder judiciário e, ao mesmo tempo, permitir que cada cidadão tenha a possibilidade de buscar por seus direitos pela via judicial, sem que, com isso, haja um impacto nas diretrizes da Administração Pública para com as políticas que visem o atendimento da população como um todo.

Por encontrar-se como uma previsão constitucional, o direito à saúde, objeto de políticas públicas, pode também ser objeto de demandas judiciais, para suprir eventual violação aos direitos fundamentais do cidadão, que está sujeito ao precário Sistema Único de Saúde, mas não deixa de, ao mesmo tempo, ter suas limitações, essenciais para que um verdadeiro caos não se assenherei das políticas de promoção da saúde e demais direitos sociais.

4.A LIMITAÇÃO NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO AO DIREITO À SAÚDE

Como já demonstrado, a judicialização da saúde no Brasil tende alguns impactos dentro da sociedade, em especial quanto a organização e execução de políticas públicas e no despendimento de recurso para o fomento destas para a coletividade, haja vista o agravo da dificuldade que se observa quanto a aplicação de recursos e o seu caráter finito.

Porém, a possibilidade de atuação dos três poderes para a garantia do direito à saúde e dos demais direitos sociais e fundamentais não é apenas possível, como também deve de fato ocorrer, tendo em vista que, de tal maneira, há uma maior segurança quanto ao fomento de tais garantias.

Nesta linha de raciocínio está o pensamento de Germano Schwartz:

Dentro do caráter sistêmico da saúde, a procura pela sua efetivação/solução não é problema apenas do Judiciário ou de um único estamento social, mas de todos os componentes do Poder e da sociedade, de vez que o problema sanitário abrange a todos os integrantes de uma nação, possuindo característica interdisciplinar e holística. (SCHWARTS, 2001, p. 156).

Todavia, deve a atuação do poder judiciário ater-se a realidade fática vivida pelo Estado Brasileiro. Em outras palavras, é preciso que se estabeleça limitações para a intervenção judicial nas políticas públicas e no despendimento de verbas orçamentárias por meio de uma análise das políticas já existentes, bem como quanto à capacidade financeira que possui o Estado para suprir a demanda do paciente.

Neste aspecto, destaca MOREIRA (2015) que, por vezes, tal limitação não é observando, onde, em casos mais distintos, a Administração Pública acaba sendo condenada até mesmo a arcar com tratamentos experimentais, fora daqueles previstos pelas diretrizes do Sistema Único de Saúde.

Na mesma égide, estão as decisões que estabeleciam a obrigação do Estado fornecer ao cidadão medicamentos sem o devido registro da Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa). Tal tema foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal que, neste ano, estabeleceu o entendimento de que a concessão de remédios fora do registro da Anvisa deve nos casos em que não há um substituto terapêutico registrado para o medicamento pleiteado.

Em votação para decidir sobre a obrigatoriedade no fornecimento de medicamentos fora da a lista da Anvisa, o Ministro Ricardo Lewandowski argumentou que “em princípio, não é possível exigir-se sempre um remédio que não consta na lista da Anvisa, mas, em circunstâncias excepcionais, isso pode sim ser deferido”^[1].

A referida decisão é influencia dos impactos causados pelo aumento no fenômeno da judicialização da saúde no país e os reflexos causados no âmbito coletivo, adequando-se as decisões judiciais a realidade do Estado, o que, de certo modo, serve como um limitador para a propositura de ações futuras em relação ao fornecimento de medicamentos.

Além disso, da referida compreensão, é possível ainda retirar o entendimento de que as leis e normas brasileiras devem prevalecer quanto ao fornecimento, por via judicial, de medicamentos, e até mesmo tratamentos, sendo que aqueles que não estiverem previstos em tais normas serão uma exceção, analisados especificamente em cada caso, não mais havendo uma exigibilidade de concessão por parte do poder judiciário.

Tal entendimento vai ao encontro do que preceitua Davi Antônio Moreira:

Como referencial para moderação desejável em matéria de controle de atos, normas e mesmo políticas públicas gerais de assistência farmacêutica, deve-se ter em vista que ao Poder

Judiciário, no contexto do Estado Constitucional e Democrático de Direito, cabe, precipuamente, a interpretação da Constituição e das leis, de maneira a serem assegurados os direitos e a estabilidade do próprio ordenamento jurídico. (MOREIRA, 2015, p. 180).

É notável, assim, que a tendência vem se posicionando para uma limitação na atuação do poder judiciário no que se refere a interferência em políticas públicas e o direcionamento de verbas do Estado em questões ligadas ao direito à saúde, o que não pode ser dar de forma contínua e sem o estabelecimento de critérios, tendo em vista que uma atuação sem precedentes do judiciário acabaria por impactar a longo prazo a eficácia das ações da Administração Pública que visem o fomento de tratamentos de doenças e distúrbios para com a população.

Essa atuação jurisdicional deve ser buscada em casos excepcionais, em situações que de fato demandem a efetivação de direitos sociais e fundamentais, sem que, por outro lado, se deixe de seguir o que preconiza o ordenamento jurídico pátrio, em especial quanto as normas que regulamentem a saúde no país.

5. A CONCILIAÇÃO ENTRE A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS LIGADAS À SAÚDE

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal poder ser considerada como uma forma de compatibilizar a atuação do poder judiciário com a norma vigente no país, possibilitando a aplicação mais incisiva das políticas públicas relacionadas ao fornecimento de um atendimento aos cidadãos, sem deixar de lado a possibilidade de apreciação jurisdicional de casos excepcionais quanto à busca pela garantia de tal direito social.

Porém, a distancia entre o que se estabeleceu no papel e a realidade nos postos de atendimento ainda é grande, sendo resultado de uma administração ineficiente quanto o direcionamento de recursos para ações que visem a garantia da saúde para a coletividade, indo desde políticas de prevenção ao atendimento em hospitais e postos de saúde.

Essa ineficiência aliás continua sendo um dos principais fatores que possibilita a intervenção judicial ante às violações dos direitos fundamentais ligados à saúde, em vista da previsão Constitucional para que está seja dada, mesmo que de forma mínima, a todos os indivíduos indistintamente.

Além disso, é de se destacar que o poder judiciário possui um papel fundamental dentro da sociedade, sendo o ente responsável por garantir a aplicação e efetividade da norma constitucional quando da omissão por parte dos demais poderes, característica indissociável da figura de um Estado Democrático de Direito, para não apenas resguardar o que assevera nossa Carta Magna, como também para delimitar a interpretação quanto ao conteúdo de seus artigos.

Esse entendimento é visível na decisão acima comentada, emanando-se a compreensão de que o Estado de fato é responsável por fornecer medicamentos a população, mas delimitando essa possibilidade de acordo com normas infraconstitucionais, entendimento este que decorre da interpretação do próprio texto constitucional.

Da mesma forma, salienta-se que a conciliação dentre as políticas públicas e a atuação do judiciário faz com que seja respeitado o princípio do mínimo existencial, destacando o dever do Estado em garantir à população ações que permitam ao menos a sobrevivência da população.

Porém, para que haja uma verdadeira conciliação, é indispensável o estabelecimento de critérios mínimos que visem a coletivização das demandas relacionadas à saúde. Ou seja, é preciso realizar um dimensionamento de parâmetros que garantam que as decisões emanadas nos tribunais sigam um mesmo padrão, sem que se deixe de analisar as particularidades de cada caso, fomentando assim um atendimento igualitário, mesmo nos casos em que o atendimento fora realizado após uma decisão judicial.

Um importante passo dado para que essa conciliação possa ser uma realidade foi a Resolução nº 238 de 2016, onde o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), discorre a respeito da criação de Comitês Estaduais de Saúde, por parte dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, para que possa haver um auxílio por parte destes na criação de Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário, sendo possível a elaboração de pareceres sobre tratamentos medicinais experimentais.

A referida resolução ainda destaca que nas comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública, será estabelecida em uma delas a especialização para que sejam tratadas matérias ligadas a saúde pública. Vejamos:

Art. 3º Os Tribunais Estaduais e Federais, nas Comarcas ou Seções Judiciárias onde houver mais de uma vara de Fazenda Pública, promoverão a especialização de uma das varas em matéria de saúde pública, compensando-se a distribuição (BRASIL. 2016).

Ademais, é possível concluir que o caminho para essa conciliação ainda tem muito a ser percorrido, abrindo-se espaço para novas discussões e entendimentos. Todavia, não se pode olvidar que a judicialização da saúde, apesar dos impactos e reflexos que hoje traz, não deixa de ser um importante instrumento para a busca pela garantia ao direito à saúde.

6.CONCLUSÃO

É certo que o controle por parte do poder judiciário deve ser a última via para que se dê provimento e efetividade para as políticas públicas e ações do Estado no que se refere ao direito sociais à saúde e o atendimento eficiente para a população.

A intervenção do poder julgador deve ser vista como uma exceção, objetivada em casos de urgência, onde não se observa outra saída que não a judicialização de questões ligadas ao direito em comento. Mesmo que tal possibilidade seja prevista por nossa Constituição Federal, é possível dizer que a provocação jurisdicional e sua atuação em demandas que objetivem uma intervenção dentro do Poder Público traz riscos à toda coletividade, haja vista interferir diretamente no orçamento que deveria estar sendo direcionado para a garantia de um atendimento coletivo de qualidade.

De tal forma, temos que a judicialização da saúde no Brasil criou uma maior necessidade do Poder Público em atuar visando a adoção de políticas e ações que perfaçam um benefício amplo à sociedade, atingindo um maior número de pessoas, de forma a evitar que processos sejam instaurados para que essa garantia se dê.

Essa atuação vai desde um atendimento básico, visando o estabelecimento de medidas de prevenção, à assistência farmacêutica, com o fornecimento de remédios dentro do quadro previsto pelo Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Todavia, na prática tal atuação não é tão simples, envolvendo diversos fatores e obstáculos que se opõem a esse ideal, principalmente no que se refere aos recursos disponíveis e a sua eficaz aplicação dentro das políticas previamente estabelecidas, o que se agrava pela péssima estruturação que o Sistema Único de Saúde brasileiro possui.

Dessa maneira, para encurtar o caminho entre um efetivo atendimento por meio das políticas e ações governamentais e a atual situação do sistema de saúde, faz-se necessária uma conciliação entre a atuação do Estado e as decisões do poder judiciário, definindo-se critérios para uma atuação conjunta entre todos os poderes,

permitindo a garantia não apenas dos pleitos individuais, como também das ações que atinjam a coletividade.

Desse modo, com relação as decisões ligadas à saúde, pautadas em um ativismo judicial, é imprescindível haver uma moderação em como tais decisões irão afetar o orçamento das finanças públicas, prezando-se por uma análise profunda de cada caso em específico, com o intuito de diminuir os reflexos que tais decisões terão futuramente. De fato, as ações afirmativas que buscam pela garantia do direito social à saúde em via judicial é uma importante, mas perigosa ferramenta, sendo essencial que novas discussões e debates sobre o tema sejam efetuados.

Isso porque, como bem assevera nossa Constituição, o direito à saúde é um dever do Estado, e deve ser fornecido por meio de políticas públicas, sendo que a sua violação pode ser objeto de uma demanda jurisdicional, haja vista ser uma clara transgressão a um direito fundamental, este, sujeito à débil estruturação dos serviços públicos, ofertados pelo Poder Público.

7. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 01 jun. 2019

_____. **Resolução Nº 238 de 06/09/2016**. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>> Acesso em 01 jun. 2019

BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **Direito Constitucional Questões Clássica, Contemporâneas e Críticas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

DIAS DA SILVA, Ricardo Augusto. **Direito fundamental à saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 335.

MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35

MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. **Direito à saúde e acesso a medicamentos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56.

SCHWARTZ, Germano. Direito à Saúde: **Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 197.

^[1]**Supremo impõe restrições para fornecimento público de remédio sem registro na Anvisa.** G1. Política. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/22/maioria-do-stf-impoe-restricoes-para-fornecimento-de-remedio-sem-registro-na-anvisa.ghtml>> Acesso em 01 jun. 2019.

OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM PROL DE ADVOGADOS PÚBLICOS

DANILLO AUGUSTO GOMES DE MOURA E SILVA:

Procurador Municipal, Advogado, Pós-graduado em Direito Público pela Anhaquera Uniderp.

RESUMO: Este articulado tem o objetivo analisar o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor dos advogados públicos, notadamente em função da recente edição da Lei 13.957/2019, que submeteu essa verba à limitação ao teto constitucional remuneratório, e em função do julgamento pendente, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.053, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o art. 85, § 19, do Código de Processo Civil, que prevê o pagamento dessa verba a tais agentes públicos.

PALAVRAS-CHAVES: Honorários advocatícios. Advogados públicos. Recebimento.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA DA ADVOCACIA PÚBLICA; 3. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS; 4. A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS AOS ADVOGADOS PÚBLICOS; 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil, passou-se a prever expressamente o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais para os advogados públicos (art. 85, § 19)[1].

Recentemente, foi editada a Lei nº 13.957, de 18 de dezembro de 2019[2], que impõe a limitação ao teto constitucional remuneratório ao pagamento de honorários em favor de advogados públicos.

Também sobre a temática, ainda pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.053, ajuizada pelo Ministério Público Federal, pugnando reconhecimento da inconstitucionalidade do pagamento dessa verba aos advogados públicos.

É este, pois, o contexto que fático e jurídico que está a reclamar análise quanto à possibilidade de pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais aos advogados públicos, bem assim o estudo da problemática a respeito.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA DA ADVOCACIA PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo IV, previu a sistemática normativa de sujeitos e instituições que são considerados funções essenciais à justiça. Obviamente não constituem um Poder autônomo, mas sem dúvidas representam atividades imprescindíveis ao próprio desenvolvimento dos demais Poderes e, com maior razão, do Judiciário.

E uma dessas funções essenciais é justamente a advocacia pública. A redação originária do Texto Constitucional encerrava na sua Seção II a expressão “Da Advocacia-Geral da União”, mas que foi substituída por “Da Advocacia Pública” com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998[3], justamente em razão da relevância da advocacia pública enquanto função essencial, o que não se reduz apenas aos membros da advocacia pública federal.

E esta distinção, inclusive com consagração autônoma em relação ao Ministério Público, é sobremaneira importante, porque, anteriormente, era o *Parquet* que exercia a advocacia do Estado[4], o que hoje é incompatível com o perfil dado a cada uma dessas instituições pelo Texto Constitucional.

Nesse cenário, o advogado público exerce atividades preventivas e postulatorias. As atividades preventivas materializam ações de consultoria e de assessoramento, pela qual o advogado público orienta os demais agentes e órgãos públicos à prática de condutas administrativas pautadas pela legalidade. Já quando exerce as atividades postulatorias, o advogado público atua em Juízo na defesa dos interesses do respectivo Poder Público, seja como autor, seja como réu. Bem explicando a matéria, eis as lições de Marcelo Novelino:

Na defesa dos interesses do Estado são desempenhadas atividades preventivas e postulatorias. As primeiras, realizadas por meio de consultoria e assessoramento jurídico, consistem na orientação da Administração Pública em sua atuação, a fim de evitar a prática de atos ilegais; as segundas consistem na representação judicial exercida em defesa dos interesses do ente ao qual o advogado de Estado se vincula. A defesa do Estado não se confunde com a defesa do governo, que é transitório. Como função essencial à Justiça, o dever principal do advogado de Estado é a manutenção e o aperfeiçoamento da ordem jurídica (interesses primários), embora também desenvolvam atividades de natureza jurídica ou administrativa voltadas à sustentação de medidas governamentais, à assessoria jurídica e à direção de corpos jurídicos (interesses

serndários). Moreira Neto (1988) pondera que, no caso de conflito entre ambos os interesses, por terem radical constitucional, os primários sempre deverão prevalecer. No mesmo sentido, Cláudio Granzoto (2007) sustenta que "todo órgão com status constitucional deve atuar na busca do interesse público", seja ele primário ou secundário, desde que este não colida com aquele[5].

Os membros da advocacia pública diferem dos advogados privados porque aqueles ocupam cargo público, com regime jurídico específico, definido em lei. Enquanto os advogados em geral estão sujeitos à disciplina da Lei nº 8.906/1994[6] e do Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, os membros da advocacia pública devem obediência ainda ao estatuto legal que rege cada carreira.

E dentro de cada uma dessas carreiras da advocacia pública, em todos os níveis federativos, há diversidade de tratamento legal, fazendo com que cada uma apresente diferentes nuances. Por exemplo, os membros da Advocacia-Geral da União são regidos pela Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e estão impedidos de advogar fora das atribuições institucionais (art. 28, I)[7], o que não ocorre com membros de outras carreiras.

Em que pese a Constituição Federal ter mencionado apenas a Advocacia-Peral da União e as Procuradorias dos Estados-membros, é assente que as Procuradorias Municipais também se incluem no âmbito de alcance destas normas constitucionais. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal já externou relevantes considerações sobre a uniformidade de representação dos entes federados pela advocacia pública. Diante da sua relevância, transcreve-se o teor do Informativo nº 932, do Pretório Excelso:

A expressão "Procuradores", contida na parte final do inciso XI (1) do art. 37 da Constituição da República, compreende os procuradores municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria e em conclusão de julgamento, ao apreciar o Tema 510 da repercussão geral, deu provimento a recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de considerar-se como teto remuneratório dos procuradores municipais o subsídio dos desembargadores de tribunal de

justiça (vide Informativo 821).O colegiado entendeu que o cerne da controvérsia está no alcance dado à expressão “procuradores”, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da CF. O termo “Procuradores”, na axiologia do Supremo Tribunal Federal (STF), compreende os procuradores autárquicos, além dos procuradores da Administração Direta, o que conduz à compreensão de que os procuradores municipais também estão abrangidos pela referida locução. Assim, é inconstitucional a hermenêutica que exclua da categoria “Procuradores” os defensores dos municípios, que desempenhariam idênticas atribuições dos procuradores congêneres no âmbito da União, dos estados e do Distrito Federal. Desse modo, não haveria fundamento para referido discrimen entre os procuradores, o que resultaria em uma advocacia pública municipal cujo subteto fosse o subsídio do prefeito. Ao assim proceder, os procuradores municipais estariam sujeitos às mais diversas contingências políticas, distantes do subteto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF. Indubitável, portanto, que os procuradores municipais integram a categoria da advocacia pública a que a Constituição denomina de “funções essenciais à Justiça” e, quanto ao teto remuneratório, devem estar sujeitos ao subsídio dos desembargadores dos tribunais de justiça estaduais. Por fim, o Plenário assentou que o constituinte não obriga os prefeitos a assegurarem ao seu corpo de procuradores um subsídio que supere o do chefe do Executivo municipal. Nos termos do art. 61, §1º, II, “c” (2), da CF, compete ao chefe do Poder Executivo municipal a iniciativa privativa de lei que discipline o regime de subsídio de seus procuradores. Dessa forma, cabe ao prefeito avaliar politicamente, diante das circunstâncias orçamentárias e da sua política de recursos humanos, a conveniência de permitir que um procurador de município receba mais do que o chefe do Poder Executivo municipal. Vencidos o ministro Teori Zavascki e a ministra Rosa Weber, que negaram provimento ao recurso, por entenderem não ser compatível com o princípio federativo submeter o teto de servidores municipais à fixação de remuneração do estado-membro[8].

Essas breves considerações demonstram a relevância da advocacia pública, em todos os níveis federativos, enquanto função essencial à justiça.

3. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os honorários advocatícios correspondem à verba paga ao advogado em razão do exercício de sua função.

Diz-se que, historicamente, no Direito Romano, a expressão honorários estava ligada à ideia de honraria, sendo uma espécie de verba paga pela parte vencida ao advogado da parte vencedora[9].

No Direito Brasileiro, o pagamento dos honorários foi regrado inicialmente pelo Decreto nº 5.737, de 02 de setembro de 1874 e somente com o Código de Processo Civil de 1939 passou a receber tratamento normativo mais robusto[10].

Atualmente, os arts. 21 e 22 da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) [11] preveem três tipos de honorários advocatícios: os contratuais (que são aqueles ajustados entre as partes); os sucumbenciais (que são aqueles pagos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora); e os arbitrados (aqueles fixados pelo juiz em razão da atuação do advogado num determinado ato ou processo).

O atual Código de Processo Civil, a seu turno, disciplina o pagamento de honorários advocatícios essencialmente no seu art. 85[12].

No âmbito jurisprudencial, prevalece que os honorários advocatícios têm natureza jurídica de verba alimentar. Nesse sentido, o Enunciado de Súmula Vinculante nº 47 assim dispõe:

Súmula Vinculante nº 47: Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza[13].

Aliás, há muito é tão pacífica a natureza jurídica dos honorários que o atual Código de Processo Civil, no seu art. 85, expressamente assim prevê e, ainda, outorga-lhes os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação trabalhista, além de vedar a compensação na hipótese de sucumbência recíproca, *verbis*.

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial[14].

Existem basicamente dois critérios que orientam a condenação ao pagamento de honorários advocatícios: a causalidade e a sucumbência.

Através da causalidade, imputa-se o pagamento das custas e despesas processuais, incluídos os honorários, àquele que deu causa ao processo, ou seja, aquele que provocou, por ação ou omissão, a deflagração do processo judicial. Já a sucumbência orienta esta imputação a quem saiu perdedor da demanda judicial[15].

4. A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS AOS ADVOGADOS PÚBLICOS

De uma forma geral, é cediço que a inconstitucionalidade de uma norma advém de sua incompatibilidade formal ou material com a Constituição Federal, ou, como reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o bloco de constitucionalidade (que abrange outros parâmetros distintos, a exemplo de disposições autônomas de Emendas Constitucionais, normas com status de emenda constitucional etc.).

Nesse sentido, analisando-se o teor do art. 85, § 19, do Código de Processo Civil, não há qualquer pecha de vício de inconstitucionalidade que macule esta norma e, por conseguinte, impeça o pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos.

Primeiro. A natureza jurídica dos honorários advocatícios de sucumbência é de verba privada de caráter alimentar, que não é fruto dos cofres públicos. Seu pagamento provém da parte adversa vencida numa demanda em cujo polo figura o Poder Público. Sendo assim, não corresponde à realidade dos fatos a argumentação de que o Estado gasta milhões com o pagamento desta verba, já que a gênese destes valores não é da Administração Pública, por não se encontrar classificada no art. 11, § 4º, da Lei nº 4.320/1964.

Segundo. O principal argumento levantado pelo Ministério Público Federal para subsidiar a ADI nº 6.053 é o de que o art. 39, § 4º, da Constituição Federal, ao

prever o regime remuneratório dos Procuradores como sendo via subsídio, terminaria por vedar o pagamento de qualquer outra parcela além desta.

Ora, trata-se de argumento frágil e que contraria a própria natureza dos honorários, os quais, como dito, não encerram propriamente recursos públicos, de tal maneira que inexistente óbice para seu pagamento aliado ao subsídio.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que esta previsão constitucional de pagamento via subsídio não é absoluta e não ilide o recebimento de outras verbas pelos agentes públicos[16].

Assim, a leitura efetuada na referida ação direta sobre o art. 39, § 4º, da Constituição Federal não enseja a pretensa inconstitucionalidade nela reputada.

Ainda, não se pode perder de vista que a condenação do vencido nas demandas ajuizadas contra o Poder Público representa desestímulo para o ajuizamento de ações infundadas. Pensar de outro modo, para conferir isenção das partes perdedoras no pagamento de honorários representaria, portanto, verdadeira autorização para a propositura indiscriminada de ações temerárias contra o Poder Público, já que estariam dispensadas do pagamento de verba honorária aos advogados públicos do ente em caso de derrota no processo judicial.

Ainda, como não existe diferenciação entre a advocacia pública e a privada (salvante a sujeição daquela ao regime estatutário legalmente definido), negar aos advogados públicos a percepção dos honorários de sucumbência implica em inquestionável violação ao princípio da isonomia, já que sujeitos que estão na mesma situação (causídicos de parte vencedora, seja ente público, seja ente privado), terminariam por receber tratamento distinto de forma indevida.

Por fim, em não sendo dispensado aos advogados públicos o pagamento de honorários advocatícios, como quem permaneceriam estes recursos? Com o Estado? Obviamente que não. Eliminar esse pagamento aos advogados públicos e o transferir para o ente público configurar indevida alteração da titularidade dos honorários e flagrante hipótese de enriquecimento sem causa em prol da edilidade.

5. CONCLUSÃO

Percebe-se que a advocacia, pública e privada, foi erigida como função essencial à justiça pela Constituição Federal de 1988 e, por isso, ostenta relevante missão constitucional.

Os honorários advocatícios são verbas de cunho alimentar de todos os advogados.

Não há qualquer disposição constitucional, implícita ou explícita, que alije a possibilidade de pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos, daí porque é constitucional a previsão normativa do art. 85, §19, do atual Código de Processo Civil, sendo totalmente legítimo o pagamento e honorários advocatícios em favor dos advogados públicos, em todos os níveis federativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.957, de 18 de dezembro de 2019. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13957.htm.

____. Emenda Constitucional nº 19/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de dez. de 2012.

____. Lei Complementar nº 73/1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm. Acesso em 23 de dez. de 2019.

____. Lei nº 8.906/1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em 23 de dez. de 2019.

____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 932. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 de dez. de 2019.

____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 47. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 9º Ed. São Paulo: Método, 2017.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11º Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SANTOS FILHO, Oliveira Venâncio. O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade. Revista de Informação

Legislativa. Brasília, nº 137, p. 33, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/330/r13704.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

WOTHER, Ellen Lindemann. As origens dos Honorários Advocatícios. Disponível em: <http://ellenwother.blogspot.com/2012/08/as-origens-dos-honorarios-advocaticios.html>. Acesso em: 23 de dez. de 2019.

NOTAS:

[1] BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23 de dez. de 2019

[2] BRASIL. Lei nº 13.957, de 18 de dezembro de 2019. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13957.htm. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[3] BRASIL. Emenda Constitucional nº 19/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de dez. de 2012.

[4] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 1431.

[5] NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11º Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, 755.

[6] BRASIL. Lei nº 8.906/1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[7] BRASIL. Lei Complementar nº 73/1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 932. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 de dez. de 2019.

[9] WOTHER, Ellen Lindemann. **As origens dos Honorários Advocatícios**. Disponível em: <http://ellenwother.blogspot.com/2012/08/as-origens-dos-honorarios-advocaticios.html>. Acesso em: 23 de dez. de 2019.

[10] SANTOS FILHO, Oliveira Venâncio. **O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, nº 137, p. 33, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/330/r137-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[11] BRASIL. Lei nº 8.906/1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 23 de dez. de 2019.

[12] BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 47. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[14] BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[15] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** Volume Único. 9º Ed. São Paulo: Método, 2017, p. 280.

[16] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.941. Informativo nº 947. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo947>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

RECURSOS HÍDRICOS EM PARQUES PÚBLICOS, PRAÇAS E ESPAÇOS PATRIMONIAIS DA ÁREA CENTRAL DE BH (1897-2017): TIPOLOGIAS, APROPRIAÇÕES E DISCUSSÕES A PARTIR DE DEZESSETE IMAGENS NO PERÍMETRO DA AVENIDA 17 DE DEZEMBRO

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:

Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitorado XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

RESUMO: Para se entender tipologias ecológicas, apropriações culturais e discussões recentes acerca dos recursos hídricos em parques, praças e espaços públicos da área central de BH, alguns questionamentos se amplificam-se no horizonte: o porquê do nome Curral Del Rey? Paraúna foi estudada para ser um dos possíveis lugares da nova capital. Ela corresponde a qual cidade do interior de Minas Gerais? Qual a lógica acerca do apelido Bandalheirópolis? Por que colocaram o apelido de Papudópolis na nova capital? O apelido de Poeiropólis coincidia com alguma coisa em andamento. O que seria? O que aconteceu com os Curralenses? Como eles se sentiram? Quem foi Maria Papuda? O que ela fazia? Porque ela era tão temida? Qual foi a Praga jogada no Palácio da Liberdade? O que aconteceu para que JK construísse outro palácio para pernoitar? Porque se escolheu a Praça do Cruzeiro para a construção da nova catedral? O que houve com a área destinada ao Jardim Zoológico, em Lourdes? O que existe lá atualmente? Onde estaria previsto o Hipódromo no plano de Aarão Reis e onde/quando ele foi, de fato, implantado? O que aconteceu para que o Ribeirão Grande passasse a se chamar Arrudas? Por que BH foi considerada Cidade Jardim? Em que época isso aconteceu? Esse título permanece ainda? Pensar a historicidade dos espaços urbanos da Área Central é investigar as interfaces com os recursos hídricos. Assim, o presente trabalho objetiva percorrer dados geográficos, históricos e ecológicos das praças, parques e canteiros centrais com vistas a entender as dinâmicas hídricas no passado e presente. A região central abrange a área do antigo Curral Del Rey que era banhado pelas águas dos Córregos Acaba Mundo e Leitão. A cidade planejada dita “moderna” concebeu nuances de canalização e invisibilidade destes tributários. Por último tenta se empreender reflexões acerca do uso/abuso da água na manutenção destes espaços.

PALAVRAS CHAVE: História Hídrica, Espaço Urbano, História Cidadina. Ecologia Urbana, Recursos Hídricos.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Região Central ou Centro de Belo Horizonte é a região localizada dentro do perímetro interno da Avenida 17 de Dezembro, conhecida popularmente como Avenida do Contorno, conforme o traçado do projeto original criado em meados da década de 1890, onde se localizava o antigo arraial do Curral Del Rey. A freguesia, juntamente com Barbacena, Colônia do Marçal, Juiz de Fora e Paraúna foram as cinco localidades escolhidas para a realização dos estudos para a construção da nova capital. O arraial (Figura 01) Nossa Senhora da Boa Viagem do Curral del Rei pertencia à Comarca do Rio das Velhas, com sede em Sabará.

Figura 01 Foto do arraial Nossa Senhora da Boa Viagem do Curral del Rei



Fonte: [https://www.em.com.br/app/noticia/90-
anos/2018/12/12/interna_90_anos,1012593/do-antigo-arraial-do-curral-del-rey-a-
atual-bh-metropole.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/90-anos/2018/12/12/interna_90_anos,1012593/do-antigo-arraial-do-curral-del-rey-a-atual-bh-metropole.shtml)

O lugar fora ocupado em 1701 com a chegada do Bandeirante João Leite da Silva Ortiz, que construiu a Fazenda do Cercado, dando contornos agrosilvipastoris ao entorno. Pouco tempo depois, ele partiu definitivamente para Goiás. A ocupação da região, se fundamentava em fazendas de criação e venda de gado e também

agricultura de subsistência, além da fabricação artesanal de farinha de mandioca. Era caminho das tropas que levavam gado de corte dos sertões do São Francisco e da Bahia para o núcleos mineradores. O núcleo urbano, mesclava construções comerciais (Figura 02) e residenciais, e o arraial tinha em 1823, uma população de 1.339 habitantes, conforme dados censitários da Diocese de Mariana. Casas, armazéns se alternavam no entorno do Largo da Matriz onde os moradores iam à missa, o único evento social relevante e eram ali sepultados quando faleciam. A festa da padroeira acontecia anualmente, no mês de agosto. A localidade situava-se exatamente no ponto de interseção entre as Minas e as Gerais.

Figura 02 – Dinâmicas sociais no núcleo urbano do Curral Del Rey



Fonte:

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/10/17/interna_gerais,698735/intrigas-e-manobras-da-nova-capital.shtml

A História do Curral del Rei é a história da destruição de um lugar, de suas paisagens, de seu imaginário social, de sua memória e de sua coletividade. Belo Horizonte, fora o nome dado ao arraial em 12 de abril de 1891, por lei estadual, com o aval de João Pinheiro da Silva. Em 17 de Dezembro de 1893, o povoado foi

escolhido como local tecnicamente adequado, dentre as cinco localidades estudadas, onde, entre 1894 e 1897, implantou-se o canteiro de obras da Cidade de Minas (Figura 03), a nova Capital do Estado, planejada nos ideais republicanos e construída em substituição à colonial Ouro Preto. Materiais diversos de aço à rochas, em sua maioria importados da Europa chegavam à primeira estação ferroviária puxados pela locomotiva Mariquinha. Traziam produtos da Bélgica, Itália e Tchecoslováquia.

Figura 03 – Esboço jornalístico da Nova Capital Mineira



Fonte:

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/10/02/interna_gerais.455407/arquivo-publico-libera-na-internet-revistas-mineiras-publicadas-entre-1910-e-1980.shtml

Apelidada de Bandalheirópolis, Papudópolis e Poeiropólís pelos agentes contrários à sua construção, sua implantação expropriou os curralenses de seu lugar de referência e de suas paisagens simbólicas. A população autóctone foi obrigada a morar nas adjacências: Barreiro, Contagem das Abóboras, Marzagão, Pampulha

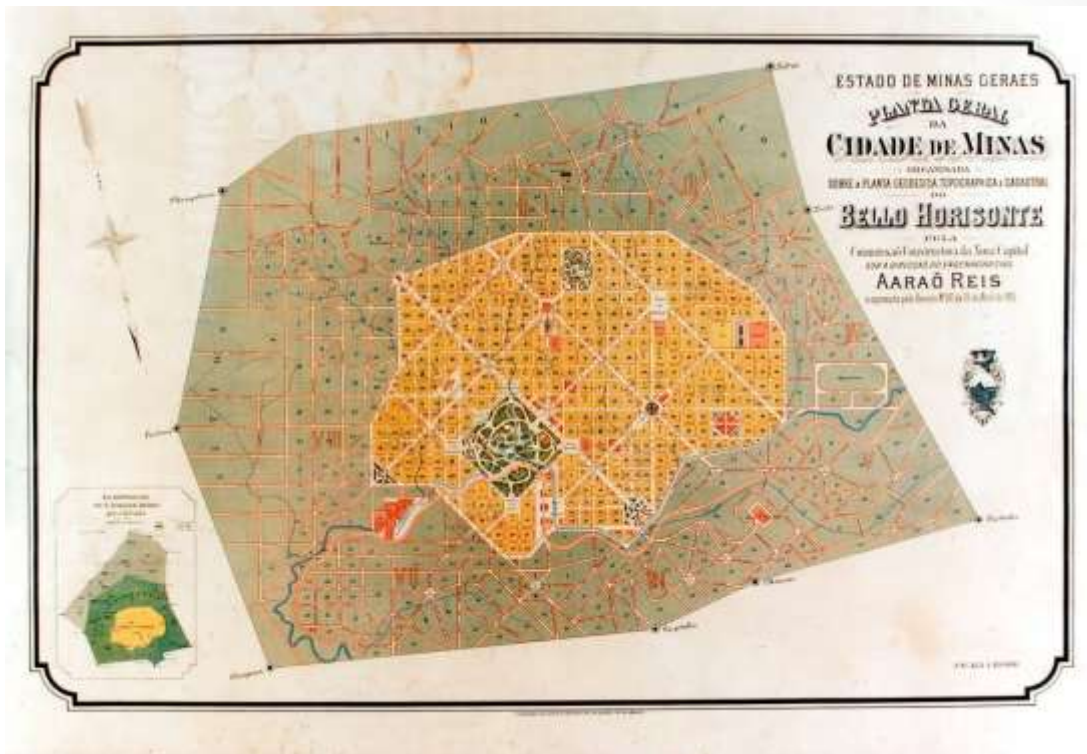
Velha e Venda Nova, dentre outros. O nascimento de uma nova urbe assassinava assim o lugar condenando-o à inexistência, ao topocídio (Figura 04). Diz a lenda, que Maria Papuda, curandeira local, não gostando de ser expulsa, jogou uma praga no Palácio da Liberdade edificado no local onde ficava sua choupana, derrubada por forças policiais. O Memorial dos Pioneiros no Parque Municipal registra que Augusto de Lima, Afonso Pena, Aarão Reis e Bias Fortes foram os fundadores da nova cidade, cada um protagonizando um processo para essa mudança.

Figura 04 – Traçado original espontâneo do Curral Del Rey transporto sobre o arrumaneto do novo traçado geométrico

atividades comerciais. O engenheiro Aarão Reis propôs que as alamedas, ruas e avenidas se cruzassem em diagonal, fugindo do padrão em xadrez de outras cidades como Paris e Washington (Figura 05). A nova catedral seria na Praça do Cruzeiro e o cemitério foi construído no Alto dos Menezes. Com sua saída em 1895, assumiu o Engenheiro Francisco de Paula Bicalho que comandou as obras até a inauguração. O Site do SENAC MG registra que:

Foi muito grande, o contraste entre a nova capital e as antigas vilas coloniais mineiras nascidas das necessidades das populações do século 18 e que se desenvolveram sem nenhum planejamento. A futura capital seria inovadora, moderna e progressista. Assim, o projeto urbanístico que o engenheiro paraense Aarão Reis elaborou para Belo Horizonte causou curiosidade e entusiasmo. "Foi idealizada uma cidade rigidamente geométrica, funcional, limpa saudável, constituída de parques e áreas verdes, ventilada e iluminada... O pensamento dominante era de que os valores artísticos e as heranças do passado deveriam ser substituídos por uma arquitetura racional e moderna. " (PLAMBEL, A Estrutura Urbana da RMBH).

Figura 05 – Traçado proposto por Aarão Reis para a Nova Capital Mineira



Fonte: <http://curraldelrei.blogspot.com/2010/04/construcao-da-nova-capital-e-o.html>

Ambicioso e grandioso, o projeto planejava avenidas e ruas mais largas do que as convencionais para a época, já prevendo a grande expansão populacional da cidade. Um grande Jardim Zoológico estaria previsto, bem como um hipódromo, mas ambos não se efetivaram (figura 06). O traçado de ruas no sentido norte-sul recebeu nomes de estados e capitais. As Avenidas receberam nome dos rios da nação e as ruas do sentido leste-oeste, nomes de tribos indígenas. As praças lembravam datas comemorativas. Ao longo dos anos, muitos nomes foram alterados (Quadro I). Inaugurada em 12 de dezembro de 1897, com evento antecipado temendo protestos de ouro-pretanos, a Cidade de Minas voltaria a se chamar Belo Horizonte, a partir de 1901. O Site do SENAC MG (2019) atesta que:

A cidade foi dividida em três zonas que totalizavam 102,4 km²: Zona Urbana - 8,8 km²; Zona suburbana - 24,9 km²; Área de sítios - 17,5 km². **Zona urbana:** corresponde à área central. É a área principal que mereceu de Aarão Reis um cuidadoso

planejamento. Esta área foi delimitada pela Avenida 17 de dezembro, conforme consta na planta original, hoje, denominada Av. do Contorno. Dentro dela se desenvolveram as ruas, avenidas e praças definidas em inovador traçado. **Zona suburbana:** corresponde à área que circunda a Avenida do Contorno. Esta área, que não mereceu os mesmos cuidados da zona urbana, é composta de quarteirões irregulares e grandes lotes. Hoje, ela corresponde aos bairros mais antigos da cidade como Floresta, Lagoinha e Santa Efigênia. **Área de Sítios:** corresponde à área que circundava a Zona suburbana. Era destinada à produção de hortigranjeiros, com o objetivo de abastecer as outras zonas.

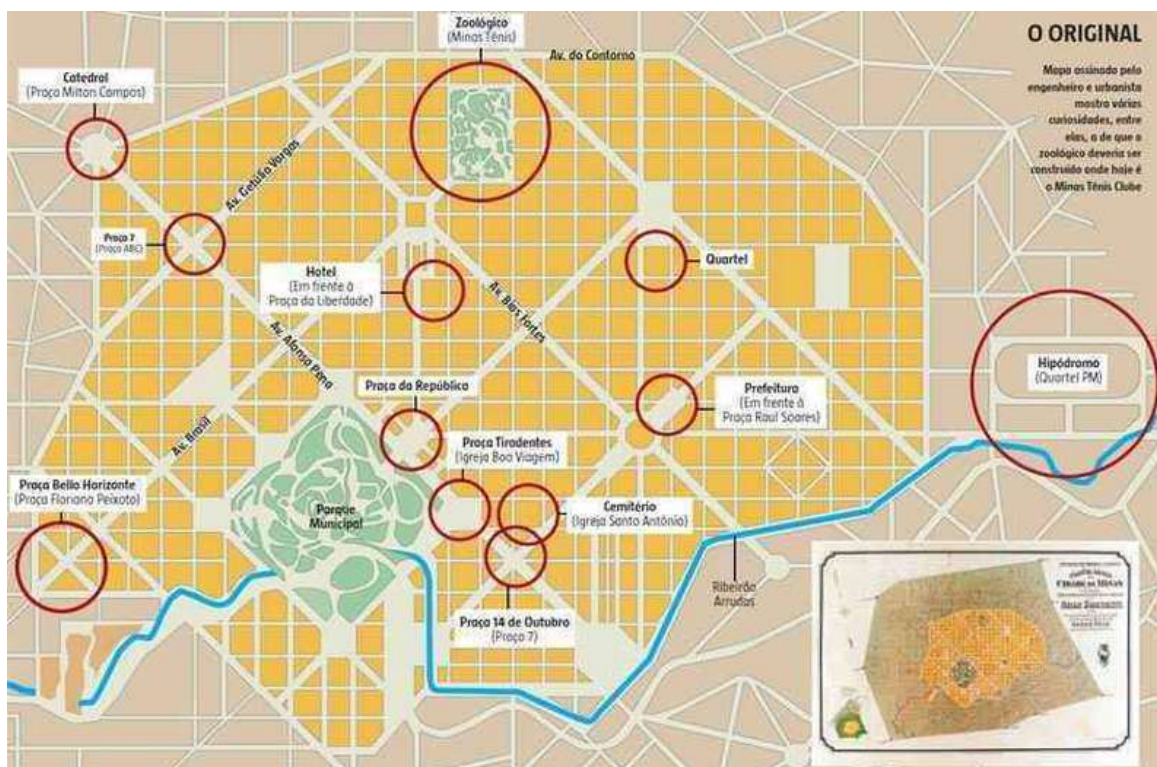
Quadro I – Alterações na denominação oficial das praças e avenidas de Belo Horizonte

| Nome antigo | Comemoração | Data da alteração | Nome atual |
|-----------------------|--------------------------|-------------------|----------------------|
| Praça 14 de Fevereiro | Criação da CCNC | 14/02/1912 | Barão do Rio Branco |
| Praça 24 de Fevereiro | 1ª Constituição Federal | 24/02/1891 | Inexistente |
| Praça 21 de Abril | Inconfidência Mineira | 09/06/1962 | Tiradentes |
| Praça 03 de Maio | Assembleia Constituinte | 03/05/1823 | Inexistente |
| Praça 13 de Maio | Lei Áurea | 07/05/1943 | Diogo de Vasconcelos |
| Praça 15 de Junho | Constituição Estadual | 15/06/1891 | Inexistente |
| Praça 14 de Julho | Posse de Afonso Pena | 14/07/1892 | Inexistente |
| Praça 07 de Setembro | Independência do Brasil | 21/08/1948 | Benjamin Guimarães |
| Praça 14 de Setembro | Lei Adicional nº 01/1891 | 03/10/1924 | Raul Soares |

| | | | | | |
|------------------------|----|--------------------------|----|-------------|-----------------|
| Praça 12 de Outubro | de | Descoberta da América | da | Inexistente | Praça Sete |
| Praça 15 de Novembro | de | Proclamação da República | da | 27/04/1935 | Hugo Werneck |
| Avenida 17 de Dezembro | de | Lei Adicional nº 3/1893 | nº | 17/12/1894 | Av. do Contorno |

Adaptado de <https://www.cmbh.mg.gov.br/A-C%C3%A2mara/memoria/nomes-originais>

Figura 06 – Alterações no projeto original da Nova capital



onte:

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/02/17/interna_gerais,734868/elaborada-por-aarao-reis-planta-da-construcao-de-bh-nao-foi-cumprida.shtml

Entre 1907 e 1977, a população cresce (Quadro II) para além do previsto quando da concepção da cidade demandando por políticas públicas diversas (Figura 07). O sistema de bondes é implantado, e depois substituído por ônibus comuns. Na sequência tentou-se implantar o troléibus e também funcionou o sistema de trens de subúrbios. A partir de 1986, a cidade passou a contar com o trem urbano da CBTU. O futuro projeta uma linha de metrô subterrâneo debaixo da Afonso Pena, saindo da Rodoviária até a Savassi, parando nas estações Praça Sete, Palácio das Artes e Praça Tiradentes. Neste contexto destaca-se o decreto municipal nº 10, de 24 de junho de 1925, revogado pela lei nº 6370/1993:

DÁ REGULAMENTO PARA JARDINS PUBLICOS, PRAÇAS AJARDINADAS E PARA O PARQUE MUNICIPAL.

O Prefeito de Bello Horizonte, usando das atribuições que lhes são conferidas por lei, resolve expedir o seguinte Regulamento dos jardins publicos e praças ajardinadas, e do Parque Municipal.

Capítulo I DOS JARDINS PUBLICOS E PRAÇAS AJARDINADAS

Art. 1º Nos jardins publicos e praças ajardinadas, a cargo da Municipalidade, é prohibida a entrada de:

- a) Pessoa ébria, alienadas, descalças, indigentes e das que não tiverem descentemente trajadas, e bem assim das que levarem consigo cães e outros animaes em liberdade, e em volume excedente de 30 centimetros de largura por 40 de comprimento;
- b) Vehiculos, excepção dos automoveis e velocipede no Parque Municipal até ás 18 horas da tarde;
- c) Vendedores ambulantes, com os artigos do seu commercio.

Art. 2º É absolutamente prohibido:

- a) Pisar nos grammados e canteiros;
- b) Damnificar e tirar os vegetaes, ou pôr-lhes as mãos;
- c) Pescar nos tanques;

- d) Atirar pedras ou outros projecteis;
- e) Entrar nos viveiros;
- f) Lançar sobre as alamedas, canteiros e tanques quaesquer objectos que prejudiquem o asseio e a vegetação;
- g) Deitar-se sobre os bancos e outros logares;
- h) Fazer algazarras;
- i) Dar tiros e queimar fogos de artificio, excepto quanto a estes, no Parque, com auctorização especial do Prefeito;
- j) Affixar disticos e letreiros, escrever ou traçar figuras nas paredes ou em qualquer outro logar;
- k) Atirar aos amimaes comida ou qualquer outra cousa;
- l) Distribuir annuncios impressos,
- m) Jogar serpentinas e confetti;
- n) Penetrar nos logares reservados ao pessoal, casas de machinas, etc.;
- o) Damnificar os ornatos, estatuas, hermas, bancos, materiais e utensilios.

Capítulo II DO PARQUE MUNICIPAL

Art. 3º O Parque será franqueado ao publico, desde a 6 horas do mez de outubro a março, desde ás 7, nos outros mezes, até ás 19 horas, podendo esta hora ser prorrogada nos dias de grande concorrencia, a juizo do administrador.

O signal de fechamento será dado pelo pessoal do Parque, o qual 15 minutos antes não permittirá a entrada de qualquer pessoa.

Parágrafo Único. Por motivo de ordem publica, poderá o fechamento ter lugar antes das horas marcadas.

Art. 4º Os pavilhões, suas dependencias e a parte que lhes for reservado pela Prefeitura para collocação de mesa ao ar livre ou sobre abrigo moveis, deverão ser mantidos bem mobiliados por seus donos em perfeito estado de asseio e permanecer a disposição do publico durante as horas que o parque estiver aberto. À noite deverão conservar-se bem illuminados.

Art. 5º Tanto interna como externamente, nos pavilhões, em logares bem visiveis, deverão figurar cartazes com os preços dos artigos á venda.

Art. 6º Os automoveis e velocipedes só poderão transitar na alameda circular, da direita para a esquerda, a partir do portão da avenida Affonso Penna, que será sempre o de entrada, como o da avenida Tocantins será sempre o de sahida.

Art. 7º É prohibida a pratica de actos que de qualquer modo incomodem o publico, que dêem logar a desordens, que seja indecorosos ou attentem contra a moral dentro dos pavilhões, devendo o respectivo pessoal dar parte immediata ao administrador do Parque para a punição dos culpados.

Art. 8º A infracção dos arts. 4º e 5º, por parte dos exploradores ou arrendatarios dos pavilhões, será punida com a multa estabelecida nos contractos respectivos.

Capítulo III DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 9º Ocorrendo dentro do Parque e dos jardins e de seus pavilhões casos de conflicto, ou de offensa de qualquer natureza a seus empregados, damnos ás cousas, pratica de actos immoraes, ou prohibidos será, o delinquente preso e entregue pelo guarda do jardim á auctoridade policial competente.

Parágrafo Único. A infração dos outros casos de que cogita este regulamento será punida com a multa de 10\$000, que se elevará a 20\$000 na reincidência, podendo o guarda chamar á ordem os infractores, ou convidá-los a retirarem-se, com conhecimento do administrador.

Art. 10 - O pessoal do Parque e dos jardins, bem como os dos pavilhões, procederá com a maior urbanidade para com o publico, devendo em caso contrario ser levado o facto ao conhecimento da administração dos jardins.

Art. 11 - Serão afixados nos jardins exemplares do presente regulamento.

Art. 12 - Pela observancia deste regulamento é responsavel o administrador do Parque e dos jardins, e na ausencia ou falta deste, o seu ajudante, os quaes deverão fiscalizar o procedimento dos porteiros, guardas e demais empregados, dando lhes instrucções para a bôa ordem do serviço.

Art. 13 - Não é permitida, salvo com auctorização competente, a entrada nos recintos fechados do Parque, especialmente no viveiro de da arborização lá situado.

Art. 14 - O Parque, jardins e praças ajardinados ficam subordinados a Secção do Patrimonio.

Art. 15 - Revogam-se as disposições em contrário.

Mando, portanto, a quem o conhecimento e execução deste decreto pertencerem, que o cumpra e faça cumprir tão inteiramente como nelle se contém.

Bello Horizonte, 24 de junho de 1925

Flavio Fernandes Santos, Prefeito

João Lucio Brandão, Secretario

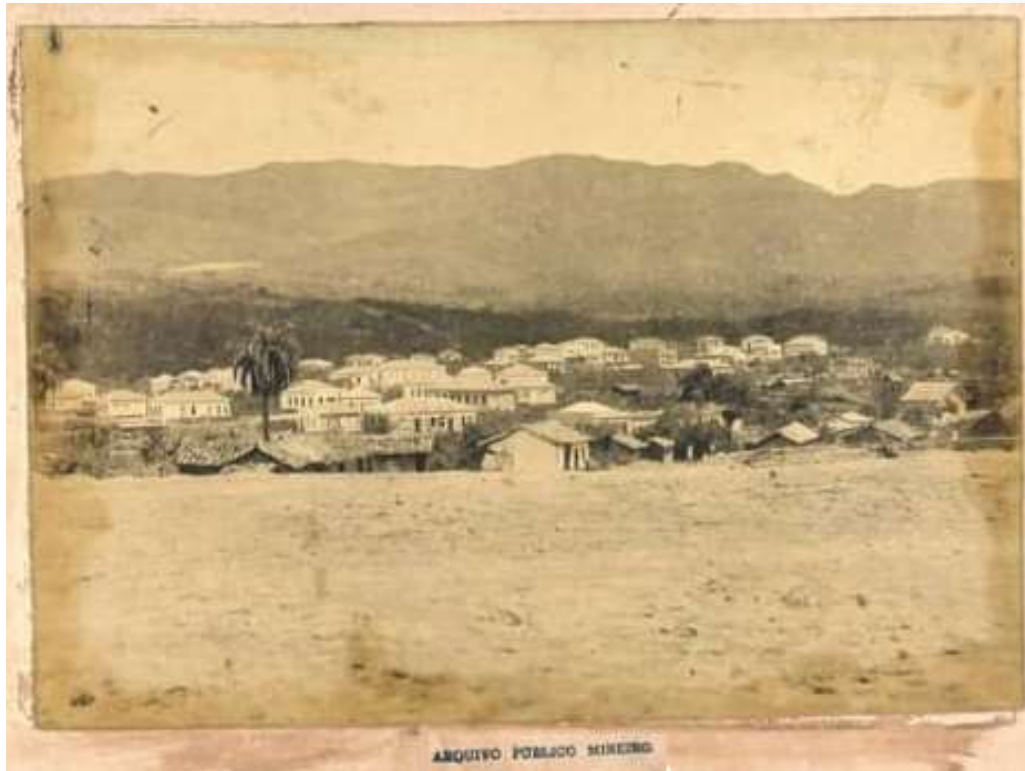
Publicado e registrado nesta Secretaria da Prefeitura de Bello Horizonte, aos 24 dias do mez de junho de 1925.

Quadro II – Crescimento populacional da capital por décadas

| Década | Aniversário | População | Década | Aniversário | População |
|-----------|-------------|-----------|-----------|-------------|-----------|
| 1897-1907 | 10 anos | 13.472 | 1967-1977 | 80 anos | 1.822.221 |
| 1907-1917 | 20 anos | 55.563 | 1977-1987 | 90 anos | 2.017.127 |
| 1917-1927 | 30 anos | Sem dados | 1987-1997 | 100 anos | 2.232.747 |
| 1927-1937 | 40 anos | 211.377 | 1997-2007 | 110 anos | 2.375.151 |
| 1937-1947 | 50 anos | 352.724 | 2007-2017 | 120 anos | 2.500.000 |
| 1947-1957 | 60 anos | 693.328 | 2017-2027 | 130 anos | 2.750.000 |
| 1957-1967 | 70 anos | 1.255.415 | 2027-2037 | 140 anos | 3.000.000 |

Fonte: <https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=6>

Figura 07 – Crescimento do tecido urbano da Nova capital



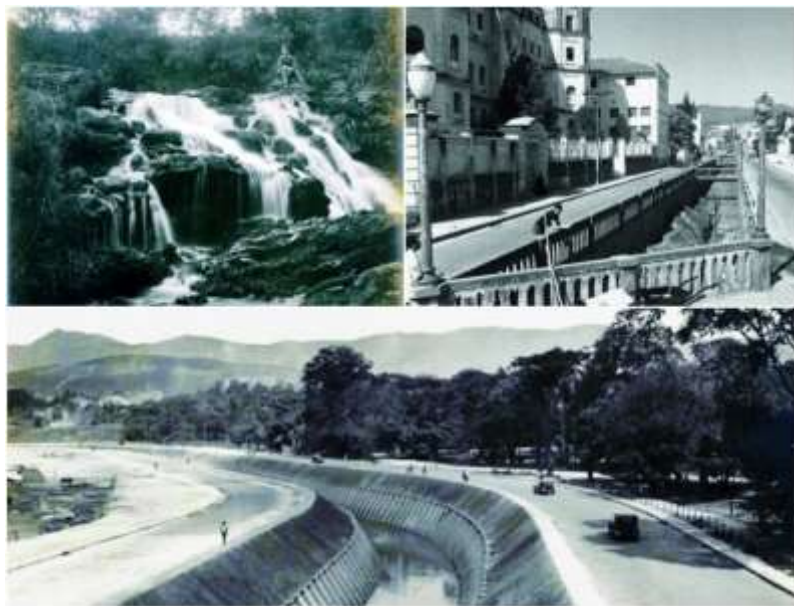
Fonte: <http://www.2005-2014.agenciaminas.mg.gov.br/multimidia/galerias/acervo-do-arquivo-publico-mineiro-sobre-a-historia-de-belo-horizonte-vira-patrimonio-da-humanidade-2/>

ITINERÁRIOS PARA SE REDESCOBRIR BH: Geodiversidade da/na Região Central

Os elementos físicos (abióticos) da Região Central foram totalmente alterados em decorrência da urbanização. O clima, apesar de caracterizado como Tropical de Altitude, sofre com as alterações climáticas e alternâncias à ela relacionadas. Como a região Central é extremamente verticalizada, fenômenos como Ilha de Calor e alteração no padrão de circulação dos ventos é significativo. Associa-se a isso, a inversão térmica e a baixa umidade do ar, em meses de inverno. Em termos de rede hidrográfica, o perímetro interno à Avenida do Contorno, era rota natural dos córregos Acaba Mundo, Leitão e Serra, todos nascidos na Serra das Congonhas, hoje denominada de Serra do Curral. Dentro da Chácara do Sapo havia a cachoeira do Acaba Mundo (Figura 08). Esses córregos eram tributários diretos do Ribeirão Grande, posteriormente denominado de Arrudas. Pelo ribeirão, as águas atingem os Rios das Velhas e São Francisco. Destaca-se a posterior contaminação por

esgotos, a retificação dos canais naturais e a consequente canalização. No que se refere à geologia, geomorfologia e pedologia, a área se insere na depressão belo-horizontina formada por colinas poli-convexas e morros arredondados, decorrentes de terrenos senis, já trabalhados e retrabalhados pela ação geológica e seus diversos mecanismos e processos. A presença do granito-gnaiss é comum e os solos decorrentes desta área são solos rasos e pobres em nutrientes.

Figura 08 – Tratamento dados aos cursos d'água na Nova Capital



Fonte: <http://cbhvelhas.org.br/noticias/rios-invisiveis-da-metropole-mineira/>

ITINERÁRIOS PARA SE REDESCOBRIR BH: Biodiversidade da/na Região Central

A vegetação da região é determinada pela área de transição entre os biomas do Cerrado e Mata Atlântica, com destaque para as matas de galerias que existiam nos cursos d'água e que foram suprimidas para a construção da cidade dos funcionários estaduais. Na fotografias antigas do Curral Del Rey eram notáveis, as várias macaúbas dispersas em meio ao povoado original. Também há registro de pastagens naturais com predominâncias de espécies nativas de gramíneas. Na extensão interna (Zona Urbana), localizam-se importantes bairros tradicionais (Quadro III) como Lourdes, Funcionários e a Savassi, e também grandes praças (Figura 09) semelhantes a grandes parques urbanos como a Praça José Mendes Júnior (Liberdade), a Praça Carlos Chagas, a Praça Rui Barbosa (da Estação) e a Praça Diogo de Vasconcelos (da Savassi).

Quadro III – relação das subdivisões da Nova Capital

| Nome inicial | Nome atual | Origem da Toponímia Local |
|---------------------|-------------------|-----------------------------------|
| 1ª Seção Urbana | Centro | Centro Comercial |
| 2ª Seção Urbana | Centro | Centro Comercial |
| 3ª Seção Urbana | Centro | Centro Comercial |
| 4ª Seção Urbana | Boa Viagem | Catedral da Cidade |
| 4ª Seção Urbana | Lourdes | Igreja de Lourdes |
| 5ª Seção Urbana | Savassi | Padaria da Praça 13 de Maio |
| 6ª Seção Urbana | Savassi | Padaria da Praça 13 de Maio |
| 6ª Seção Urbana | Funcionários | Área residencial dos funcionários |
| 7ª Seção Urbana | Sem dados | Sem dados |
| 8ª Seção Urbana | Barro Preto | Tipo de argila encontrada |
| 9ª Seção Urbana | Santo Agostinho | Colégio Agostiniano |
| 10ª Seção Urbana | Lourdes | Igreja de Lourdes |
| 11ª Seção Urbana | Savassi | Padaria da Praça 13 de Maio |
| 12ª Seção Urbana | Santo Agostinho | Colégio Agostiniano |

Adaptado de http://www.pbh.gov.br/historia_bairros/CentroSulCompleto.pdf

Figura 09 – Vista pretérita da atual Praça Sete de Setembro com bondes e fícus



Fonte: <https://www.slideshare.net/novosconceitos/bh-antiga>

Outras praças que merecem destaque são a Dom Cabral (Largo da Boa Viagem), a Floriano Peixoto, a Hugo Werneck, e a Raul Soares. Demais praças são pequenas, ou apenas bifurcações de encontro das vias. A arborização urbana se destaca com árvores nativas e exóticas dispostas em canteiros centrais e calçadas com destaque para as avenidas Barbacena e Bernardo Monteiro. A urbe ficou conhecida pela qualidade de vida, recebendo o título de Cidade Jardim e era procurada por gente de todo país e do exterior para tratamento e cura de doenças pulmonares com hospitais específicos para este fim, na área rural adjacente ao entorno da urbe. O perímetro da Contorno, possui o Parque Municipal Américo Renné Giannetti (182.000 m²) e o Parque Rosinha Cadar com 6.900 m² (Figura 10). Na área original onde se localiza o parque municipal, registram-se ações de ocupação de 375.000 m², conforme as seguintes observações, descritas no Site Belo Horizonte (2019), que reduziram drasticamente este espaço público:

Implantado na Chácara Guilherme Vaz de Mello, conhecida como Chácara do Sapo, o parque serviu de moradia para o próprio Paul Villon e para Aarão Reis, engenheiro chefe da Comissão Construtora encarregada de planejar e construir a nova capital de Minas Gerais. Em 1924, o governador do Estado, Olegário Maciel, transferiu a residência oficial do governo para o Parque Municipal, até o final de sua gestão.

O parque possuía, originalmente, uma área de 555 mil metros quadrados, tendo como limites as avenidas Afonso Pena, Mantiqueira, atual Alfredo Balena, Araguaia, atual Francisco Sales, e Tocantins, atual Assis Chateaubriand. A partir de 1905,

inicia-se o processo de ocupação urbana na área destinada ao parque para construções diversas como a Faculdade de Medicina, o Centro de Saúde do Estado, a Moradia Estudantil Borges da Costa, o Teatro Francisco Nunes e o Colégio Imaco. Atualmente, de sua área original restam apenas 182 mil metros quadrados.

Figura 10 – Espaços do Parque Rosinha Cadar – Parque Santo Agostinho



Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-rosinha-cadar>

A fauna e flora foram drasticamente alteradas, com registros atuais concentrados em invertebrados e aves urbanas. Os gatos do Parque Municipal e os pombos são comuns na paisagem citadina central. A urbe enfrentou supressão de fícus (Figura 11) nas Avenidas Barbacena e Bernardo Monteiro, devido à infestação de larvas da mosca branca do fícus (*Singhiella sp.*).

Figura 11 – Foto de alamedas de Fícus que eram comuns na capital e foram suprimidos



Fonte: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/pesticida-que-pode-matar-mosca-branca-%C3%A9-testado-para-salvar-f%C3%ADcus-centen%C3%A1rios-1.124192>

A área historicamente consolidada (Figura 12) no eixo central da cidade de Belo Horizonte dispõe de outras áreas verdes privadas, sem mecanismos diretos de preservação ou projetos de futura transformação em espaços coletivos de cultura e ecologia. Neste contexto, destaca-se o bosque urbano da Avenida dos Andradas, entre Avenida Bernardo Monteiro e Rua Ceará. Outro espaço é o 12º Batalhão do Exército na Rua dos Timbiras, no Barro Preto.

Figura 12 – Imagem da equipe técnica da CCNC – Comissão de Construção da Nova Capital



Fonte: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/museu-hist%C3%B3rico-ab%C3%ADlio-barreto-apresenta-exposi%C3%A7%C3%A3o-com-documentos-e-fotos-da-funda%C3%A7%C3%A3o-de-bh-1.388411>

ITINERÁRIOS PARA SE REDESCOBRIR BH: Sociodiversidade da/na Região Central

A região é coextensiva com o distrito pioneiro da Sede Municipal de Belo Horizonte, sendo sua área gerida pela Administração Regional Centro-Sul da Prefeitura Municipal. A região Central concentra o comércio e os serviços da cidade (figura 13). A partir da década de 1980, sofreu mudanças profundas com a demolição de inúmeros sobrados e a consequente verticalização. A região da Praça da Savassi passou de área residencial para área comercial. Os terrenos dentro do perímetro interno se tornaram alvo da especulação imobiliária com terrenos valorizados, como em Lourdes. Houve um acentuado decréscimo populacional da área inclusa no perímetro da avenida do Contorno e uma expansão populacional para as áreas

periféricas da cidade e municípios do entorno metropolitano. Nesse processo, a região se consolidou como referência comercial, financeira e política da Grande Belo Horizonte e consagrou-se como região nobre. Totaliza um conjunto de 09 bairros oficiais/populares: Barro Preto, Boa Viagem, Centro, Floresta, Funcionários, Lourdes, Santa Efigênia (Área Hospitalar), Santo Agostinho e Savassi. Possui quatro estações do trem metropolitano: Carlos Prates, Lagoinha, Central e Santa Efigênia e sete estações do Sistema de BRT: Carijós, Tamoios e Tupinambás (Corredor Exclusivo da Avenida Paraná), Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo (Corredor Exclusivo Santos Dumont), além da Estação na Avenida Oiapoque. Na área central também estão as estações, ferroviária e rodoviária da cidade.

Figura 13 – Vista atual da Praça Sete de Setembro com trânsito intenso e impermeabilização do solo



Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/fiscalizacao-coibe-o-comercio-irregular-na-regiao-centro-sul>

A arquitetura, em diferentes estilos e linguagens se espalha pelo Centro mostrando construções neoclássicas, art-deccó e modernas (figura 14). Inserem-se nesta lista: o Automóvel Clube (1927-1929), a Casa do Conde (1896), o Colégio Arnaldo (1914), o Colégio Estadual Central (1954), o Conjunto JK (1952), o Conservatório de Música (1926), o Edifício Acaiaca (1943), a Escola Barão do Rio Branco (1911-1913), a Escola Pedro II (1924-1926), a Escola Afonso Pena (1897), a Estação Ferroviária (1922), a Estação Rodoviária (1970), o Instituto de Educação (1898), a Maternidade Hilda

Brandão (1916), o Mercado Central (1929), o Mercado das Flores, o Minascentro (1926), o Palacete Dantas (1915), o Palace Tibhau (1911), o Palácio das Artes (1971), o Obelisco do Pirulito (1923), a Serraria Souza Pinto (1912), o Solar Narbona (1913) e o Teatro Francisco Nunes (1950). Ressalta-se que há vários conjuntos arquitetônicos tombados na área central como patrimônio cultural da cidade, alguns com tombamentos inscritos em nível municipal, estadual e federal.

Figura 14 – Avenida Afonso Pena, com destaque para o Palacete Thibau



Fonte: <https://caminhada.org/2015/11/19/o-dia-em-que-s-os-pes-na-rua/>

A memória coletiva da cidade e do estado estão resguardadas. Neste contexto inserem-se o Arquivo Público da Cidade, o Arquivo Público Mineiro, o Centro Cultural da UFMG, o Centro de Arte Popular, o Centro de Memória da Enfermagem, o Centro de Memória da Justiça do Trabalho, o Centro de Memória da Medicina, o Centro de Memória Minas Tênis Clube, o Circuito Cultural Praça da Liberdade, o Espaço do Conhecimento, o Memorial Minas Gerais, o Museu da Força Expedicionária Brasileira, o Museu da Imagem e do Som, o Museu da Memória Gráfica, o Museu da Moda (figura 15), o Museu de Artes e Ofícios, o Museu do Cotidiano, o Museu do Judiciário Mineiro, o Museu dos Brinquedos, Museu dos Militares Mineiros, o Museu Hilda Furacão, o Museu Iminá de Paula, o Museu

Mineiro e o Museu das Minas e do Metal. Aguarda-se a reativação do Museu Ferroviário cujo acervo encontra-se na Rua Sapucaí, na Floresta.

Figura 15 – Museu da Moda no prédio da Rua Bahia com Augusto de Lima



Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/museu-da-moda-seleciona-propostas-culturais-para-ocupacao-do-espaco>

A política é outro aspecto relevante da mineiridade, sempre envolvida nas discussões societárias do país. Na área central estão a Assembleia Legislativa de Minas Gerais, o Palácio da Liberdade (figura 16), que foi antiga sede do Governo do Estado entre 1897 e 2010 e atualmente é a referência arquitetônica do período de mudança de capital, com os prédios públicos dispostos na praça atualmente com novas funções culturais e usos sociais. Por fim, destaca-se o Palácio 1212, em Art-deccó, sede do executivo municipal e que se localiza no número 1212 da Afonso Pena. O termo 1212 é uma referência ao aniversário da cidade: 12 de dezembro.

Figura 16 – Fotografia do Palácio da Liberdade ao fundo da Alameda Travessia



Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/confira-os-principais-eventos-gratuitos-que-acontecem-em-bh>

A religiosidade é um dos traços mais característicos dos mineiros, que apesar de ampla tradição católica, desde os tempos da Coroa Portuguesa, acolhe a diversidade de credos e crenças. Prova disso são os templos: Basílica Nossa Senhora de Lourdes, Catedral Nossa Senhora da Boa Viagem, Igreja Nossa Senhora das Dores da Floresta, Igreja de Santo Antônio, Igreja de São Sebastião do Barro Preto, Igreja do Rosário, Igreja do Sagrado Coração de Jesus, Igreja de São Jorge, Igreja São José (Figura 17) , Igreja Metodista e Igreja Santa Efigênia dos Militares.

Figura 17 – Vista da Igreja São José



Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/confira-o-funcionamento-da-prefeitura-no-feriado-de-corpus-christi>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sugestão de leitura ambiental em parques urbanos da região central é um elemento pedagógico de extrema relevância para se entender aspectos significativos da cultura e da ecologia local. A história da Região Central confunde-se com a criação da terceira capital mineira, que se deu através de um decreto de 1891 assinado por Augusto de Lima. As capitais anteriores, Mariana e Ouro Preto lembravam o passado colonial e a opressão portuguesa do Ciclo do Ouro. Com esse decreto, foi desapropriado todo o vilarejo conhecido por Belo Horizonte (antigo arraial de Nossa Senhora da Boa Viagem do Curral del Rey) para a construção da nova capital de Minas Gerais, denominada Cidade de Minas, inaugurada em 1897 e que posteriormente voltaria a se chamar Belo Horizonte em 1901. Entre 1907 e 1957 houve a ampliação populacional para além do previsto. Já partir dos anos de 1960 e 1970, ocorre a verticalização das construções devido à grande especulação imobiliária.

A proposta arquitetônica original privilegiava parques, praças, ruas arborizadas, amplas avenidas e espaços públicos com usos misto ecológico/cultural. Américo Renné Giannetti, Avenida Barbacena, Bernardo Monteiro, Dom Antônio dos Santos Cabral (Boa Viagem), Carlos Chagas, Floriano Peixoto, Hugo Werneck, José Mendes Júnior, Raul Soares, Rio Branco, Rosinha Cadar e Rui Barbosa. Assim viver numa cidade de funcionários com características ímpares não era algo opcional, mas

sobretudo, a demonstração de uma ruptura com o projeto societário anterior, retrogrado e deturpado.

Assim, a população e poder público devem se unir no conhecimento geral das tipologias ecológicas, das múltiplas apropriações culturais e usos/abusos que estejam em discussões recentes acerca dos recursos hídricos em parques, praças e espaços públicos da área central de BH, algumas perguntas evidenciam-se na tessitura urbana com vista às mudanças, transformações, readequações, reestruturações que ampliem o potencial destas áreas: Qual o nome oficial/ nomes populares e qual o aparato legal de criação/implantação? Cite a legislação/biografia do (a) homenageado (a) e quando houve a inauguração/funcionamento? Qual a localização (regional, bairro, quadra, endereço) e como se dá a visitação (portarias, ônibus, vias de acesso)?

Resuma dados da administração, definindo a área perimetral total. Como foi o processo de implantação e explore os aspectos históricos. Pesquise sobre topografia/recursos hídricos e busque mapa/imagem de satélite. Saiba se houve um levantamento de flora e descubra se houve um levantamento de fauna. Descreva a situação, infraestrutura e equipamentos e analise os equipamentos culturais. Perceba os equipamentos de apoio e enumere os equipamentos de lazer. Liste os equipamentos esportivos e observe os equipamentos infantis. Procure informações sobre o projeto de implantação e por fim faça um levantamento de fotos a fim de socializações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA MINAS. Acervo do Arquivo Público Mineiro sobre a história de Belo Horizonte vira patrimônio da humanidade. Disponível em <<http://www.2005-2014.agenciaminas.mg.gov.br/multimedia/galerias/acervo-do-arquivo-publico-mineiro-sobre-a-historia-de-belo-horizonte-vira-patrimonio-da-humanidade-2/>> Acesso em 25. Ago. 2019

BIBLIOTECA DO IBGE. História de Belo Horizonte – MG. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/minasgerais/belohorizonte.pdf>> Acesso em 25. Ago. 2019

BLOG CAMINHADA. O dia em que saí da Praça 7 caminhando e cheguei ao Castelinho da Afonso Pena sem colocar os pés no asfalto. Disponível em

<<https://caminhada.org/2015/11/19/o-dia-em-que-s-os-pes-na-rua/>> Acesso em 25. Ago. 2019

BLOG CURRAL DEL REY. **O surgimento do Curral Del Rey.** Disponível em <<http://curraldelrei.blogspot.com/2010/04/blog-post.html>> Acesso em 25. Ago. 2019

BLOG CURRAL DEL REY. **A construção da nova capital e o desaparecimento do Curral Del Rey.** Disponível em <<http://curraldelrei.blogspot.com/2010/04/construcao-da-nova-capital-e-o.html>> Acesso em 25. Ago. 2019

BLOG CURRAL DEL REY. **Curral Del Rey X Belo Horizonte.** Disponível em <<http://curraldelrei.blogspot.com/2010/04/curral-del-rey-x-belo-horizonte.html>> Acesso em 25. Ago. 2019

BLOG CURRAL DEL REY. **Rios invisíveis da metrópole mineira.** Disponível em <<http://curraldelrei.blogspot.com/2017/03/rios-invisiveis-da-metropole-mineira.html>> Acesso em 25. Ago. 2019

BORSAGLI, Alessandro. **Arraial de Bello Horizonte:** Disponível em <[https://issuu.com/curraldelrey/docs/livro arraial de bello horizonte -](https://issuu.com/curraldelrey/docs/livro_arraial_de_bello_horizonte_-)> Acesso em 25. Ago. 2019

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Memória: Nomes Originais.** Disponível em <<https://www.cmbh.mg.gov.br/A-C%C3%A2mara/memoria/nomes-originais>> Acesso em 25. Ago. 2019> Acesso em 25. Ago. 2019

COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO DAS VELHAS. **Rios invisíveis da metrópole mineira.** Disponível em <<http://cbhvelhas.org.br/noticias/rios-invisiveis-da-metropole-mineira/>> Acesso em 25. Ago. 2019

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010: Sinopse Belo Horizonte - MG.** Disponível em <<https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=6>> Acesso em 25. Ago. 2019

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Elaborada por Aarão Reis planta da construção de BH não foi cumprida.** Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/02/17/interna_gerais,734868/el>

[aborada-por-aarao-reis-planta-da-construcao-de-bh-nao-foi-cumprida.shtml](#)>
Acesso em 25. Ago. 2019

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Do antigo arraial do Curral Del Rey a atual BH metrópole.** Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/90-anos/2018/12/12/interna_90_anos,1012593/do-antigo-arraial-do-curral-del-rey-a-atual-bh-metropole.shtml> Acesso em 25. Ago. 2019

JORNAL ESTADO DE MINAS. Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/10/17/interna_gerais,698735/intrigas-e-manobras-da-nova-capital.shtml> Acesso em 25. Ago. 2019

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Arquivo Público libera na internet revistas mineiras publicadas entre 1910 e 1980.** Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/10/02/interna_gerais,455407/arquivo-publico-libera-na-internet-revistas-mineiras-publicadas-entre-1910-e-1980.shtml> Acesso em 25. Ago. 2019

JORNAL HOJE EM DIA. **Museu Histórico Abílio Barreto apresenta exposição com documentos e fotos da fundação de BH.** Disponível em <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/museu-hist%C3%B3rico-ab%C3%ADlio-barreto-apresenta-exposi%C3%A7%C3%A3o-com-documentos-e-fotos-da-funda%C3%A7%C3%A3o-de-bh-1.388411>> Acesso em 25. Ago. 2019

JORNAL HOJE EM DIAS. **Pesticida que pode matar mosca-branca é testado para salvar fícus centenários.** Disponível em <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/pesticida-que-pode-matar-mosca-branca-%C3%A9-testado-para-salvar-f%C3%ADcus-centen%C3%A1rios-1.124192>> Acesso em 25. Ago. 2019

JORNAL O TEMPO. **BH: 120 anos.** Disponível em <<https://www.otempo.com.br/hotsites/bh-120-anos>> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Prefeitura tem mais de 170 eventos para o aniversário de BH.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/prefeitura-tem-mais-de-170-eventos-para-o-aniversario-de-bh>> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Fundação de Parques e Zoobotânica: Parque Rosinha Cadar.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-rosinha-cadar>> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Fiscalização coíbe o comércio irregular em BH.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/fiscalizacao-coibe-o-comercio-irregular-na-regiao-centro-sul>> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Museu da Moda seleciona propostas culturais para ocupação do espaço.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/museu-da-moda-seleciona-propostas-culturais-para-ocupacao-do-espaco>> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Confira os principais eventos gratuitos que acontecem em BH.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/confira-os-principais-eventos-gratuitos-que-acontecem-em-bh>> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Confira o funcionamento da Prefeitura no feriado de Corpus Christi.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/confira-o-funcionamento-da-prefeitura-no-feriado-de-corpus-christi>> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Projeto Belo Horizonte Surpreendente.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/belo-horizonte-surpreendente>> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Listagem dos bens tombados em BH.** Disponível em <https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/noticia/Listagem_bens_tombados_BH_-atualizada_em_27-11-2014_e_sujeita_a_atualizacao.pdf> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: relatório final 2008.** Disponível em <http://www.pbh.gov.br/smpl/PUB_P006/ODM_relatorio2008final.pdf> Acesso em 25. Ago. 2019

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Síntese da história de BH.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/politica->

urbana/2018/planejamento-urbano/cca_anexo_iv_-_sintese_da_historia_de_bh.pdf> Acesso em 25. Ago. 2019

REDE DE MUSEUS. **Toponímias.** Disponível em
<<https://www.ufmg.br/rededemuseus/crch/toponimia/img/marcadores-toponimia-crch.pdf>>

SENAC MG. **Descubra Minas: Ruas e Avenidas da capital mineira: nomes e curiosidades.** Disponível em
<http://www.descubraminas.com.br/Turismo/DestinoPagina.aspx?cod_destino=1&cod_pgi=1453> Acesso em 25. Ago. 2019

SITE BELO HORIZONTE. **História do parque municipal.** Disponível em
<<http://www.belo Horizonte.mg.gov.br/atrativos/roteiros/oficios-de-minas/historia-do-parque-municipal>> Acesso em 25. Ago. 2019

SITE SLIDE SHARE. **Novos Conceitos: BH Antiga.** Disponível em
<<https://www.slideshare.net/novosconceitos/bh-antiga>> Acesso em 25. Ago. 2019

SITE THE WORLD 41. **História de Belo Horizonte.** Disponível em
<<https://theworld41.wixsite.com/theworldaroundmynose/single-post/2015/07/16/A-Hist%C3%B3ria-de-Belo-Horizonte>> Acesso em 25. Ago. 2019

NEXO CAUSAL NOS CRIMES ECONÔMICOS DE PERIGO ABSTRATO

**LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO
HENRIQUE DA SILVA JUNIOR:**

Universidade Cândido Mendes

Sabe-se a muito que as condutas englobadas pela subdivisão doutrinária que convencionou-se chamar de “direito penal econômico” guardam especial complexidade em comparação com as demais condutas do “direito penal comum”, as quais superam as diversidades referentes ao impacto social resultante.

Desta forma, compreende-se que as condutas do direito penal econômico não só retratam maior afetação social – e não nos referimos aqui a “comoção social”, mas também trazem em seu âmbito prático a dificuldade de aplicação dogmática de institutos penais já existentes e a muito aplicados na repressão e punição das condutas da “criminalidade de sangue”.

Queremos dizer: os delitos econômicos - atualmente em destaque perante a sociedade, fator que culminou para alavancar os necessários debates acadêmicos em torno destes – possuem diferenciado relevo criminológico, fato este resultante não dos bens jurídicos tutelados, que muito se diferem, mas pela própria natureza das condutas tipificadas, as quais, no mais das vezes, atravancam a aplicação de institutos rotineiramente aplicados.

Para melhor elucidar a provocação proposta, invocamos uma breve síntese acerca das relações de causalidade como pressupostos de punibilidade da infração penal.

Sabendo-se que o Código Penal Brasileiro prevê crimes de “mera conduta”, entendidos estes como crimes sem resultado, consumando-se apenas com a conduta do agente, ainda que não vise um resultado futuro específico, apresenta-se razoável a conclusão de que, para punir este agente não se faz necessário exigir um nexo de causalidade, isto é, uma relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado gerado, visto que a conduta atribuída não pretende um resultado previamente ajustado em sua cognição.

Pelas razões apresentadas, o crime de prevaricação, Art. 319/CP, é classificado como crime de mera conduta, vez que o tipo penal exposto não prevê um resultado para sua consumação, necessitando apenas da conduta do agente.

Noutro lado, apresentam-se crimes que trazem em sua descrição típica o resultado esperado da conduta do agente, entendido este como consequência cognitivamente prevista e esperada do ato ilícito praticado, de forma que o crime

só se consuma se estiver presente a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado pretendido. Cita-se o crime de homicídio, Art. 121/CP, no qual sem o resultado previsto – matar alguém – não se consuma o delito, havendo punição apenas na forma tentada.

Desta forma, no contexto fático em que concorrem plúrimas causas e efeitos, não se podendo determinar *ab initio* qual a causa responsável pelo resultado criminoso, impõe a doutrina que a solução adequada é eliminar mentalmente a causa mais próxima, com a finalidade de verificar a cessação do efeito.

Sendo assim, caso a eliminação de determinada causa gere, por via de consequência, a eliminação do efeito/resultado, atribui-se a esta causa a conduta criminosa, punindo o agente responsável com base no exercício mental proposto, o que se denominou *juízo hipotético de eliminação*.

Superados os introitos pretendidos, trazemos o supedâneo normativo da explanação pretérita, exposto no Art. 13 do Código Penal:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Da análise do dispositivo retro colacionado extraímos que não só a ação que tenha dado causa ao resultado objetivamente verificado será objeto de tutela penal, mas também *a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*.

Neste contexto, prevê o §2º do dispositivo que:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a)** tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b)** de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c)** com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Conforme brilhante cátedra de Cezar Roberto Bitencourt (2010, pag.278):

“Tipifica-se o crime omissivo quando o agente não faz o que pode e deve fazer, que lhe é juridicamente ordenado. Portanto, o crime omissivo consiste sempre na omissão de uma determinada ação que o sujeito tinha obrigação de realizar e que podia fazê-lo. O crime omissivo divide-se em omissivo próprio e omissivo impróprio. Os primeiros são crimes de mera conduta, como, por exemplo, a omissão de socorro, aos quais não se atribui resultado algum, enquanto os segundos, os omissivos impróprios, são crimes de resultado (...)”

A complexidade alhures mencionada relaciona-se com o tema aqui amadurecido a partir da hipótese de punição do agente incurso num tipo penal de perigo abstrato e, portanto, sem resultado, a título omissivo impróprio, como o gestor de uma grande empreiteira ou multinacional.

A relevância da indagação apresentada, a qual impossibilita maiores aprofundamentos no presente trabalho, é palpável no momento político nacional, em que se deflagram operações que visam punir agentes pela prática de crimes de perigo abstrato, utilizando uma espécie de responsabilidade omissiva para tanto.

Com maior concretude, citamos o delito de lavagem de capitais, considerado crime de perigo abstrato por acumulação (LAUFER) – visto que não chega a lesar de forma direta e concreta o bem jurídico tutelado -, notando uma acentuada utilização da omissão imprópria para punir agentes que detêm posições de elevado status societário por condutas praticadas por indivíduos demasiadamente distantes de si na estrutura empresarial.

Nota-se que tal malabarismo ministerial é utilizado como instrumento para superar as dificuldades probatórias inerentes aos delitos imputados e aos contextos fáticos verificados, atribuindo aos referidos agentes um descabido *dever de garantia* sob todos os atos ilícitos praticados no âmbito empresarial por este integrado sem, contudo, demonstrar sua efetiva participação nas condutas nucleares do tipo, exacerbando o uso da teoria da cegueira deliberada e admitindo que o sujeito detinha capacidade para “conhecer da conduta”, numa forçada tentativa de se demonstrar a perpetração do dolo eventual.

NOTAS:

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Vol. 1. 15ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

[2] LAUFER, Christian. Da lavagem de dinheiro como crime de perigo: o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira. Curitiba. 2012.

DIVERGÊNCIA SOBRE O PRAZO DE DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO

PRISCILLA RIBEIRO PAULINO: Advogada – Bacharel em Direito. Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Instituto Elpídio Donizetti em parceria com FEAD-MG - FACULDADE DE ESTUDOS ADMINISTRATIVOS DE MINAS GERAIS. Juíza Leiga do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba desde 26/11/2014.

RESUMO: Este trabalho discorre acerca da divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o prazo de duração da medida de segurança no direito brasileiro. As medidas de segurança constituem espécie de sanção penal aplicada aos inimputáveis e semi-imputáveis dotados de periculosidade que cometem delitos. Ocorre que o Código Penal Brasileiro determina que medida de segurança seja aplicada por tempo indeterminado sendo mantida pelo período em que o indivíduo seja considerado perigoso. Contudo, a Constituição Federal proíbe penas perpétuas, por isso, coube ao Poder Judiciário resolver esse impasse. Assim, as Cortes Superiores se manifestarem sobre o tema trazendo soluções diferentes para questão que serão objeto do presente estudo. O método de abordagem que embasou esse estudo foi qualitativo segundo o qual o pesquisador busca compreender o porquê dos diferentes posicionamentos sobre o tema partir da interpretação do objeto do estudo. Realizou-se uma pesquisa exploratória por meio do levantamento bibliográfico e jurisprudencial para esclarecimentos acerca do tema, sem, contudo, fazer uso de técnicas e estatísticas. Quanto ao método de procedimento foram aplicados nesse trabalho utilizou-se, principalmente, o método comparativo e o método hermenêutico.

Palavras - chave: Medida de Segurança. Supremo Tribunal Federal. Limite máximo. 30 anos. Superior Tribunal de Justiça. Pena Máxima.

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Conceito, espécies e destinatários das Medidas de Segurança. 3 - Prazo máximo de duração. 3.1- Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o prazo de duração das medidas de segurança. 3.2 - Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o prazo de duração das medidas de segurança. 4- Conclusão. 5- Referências

1- Introdução.

Medidas de segurança constituem as conseqüências jurídicas, de caráter penal, aplicadas aos inimputáveis e semi-imputáveis que cometem um crime. Essa espécie de sanção penal tem por objetivo prevenir a prática de novos crimes. Por isso, diz-se que as medidas de segurança possuem, apenas, o caráter de prevenção especial, diferentemente das demais penas que possuem a função de prevenção especial e de prevenção geral, significando essa última que a punição do criminoso deve ser imposta como forma de intimidação geral para que os outras não venham a cometer crimes.

Ressalte-se que há uma doutrina minoritária a qual entende que medida de segurança não é pena, senão vejamos o entendimento de Néelson Godoy Dower nesse sentido[1]: *“a medida de segurança não é pena. A pena é uma sanção baseada na culpabilidade do agente. O louco age sem culpa. Por tanto a medida de segurança se fundamenta na periculosidade do agente”*.

Todavia, doutrinadores como Pierangeli e Zaffaroni defendem que a medida de segurança é uma forma de pena, considerando que sempre que há o tolhimento da liberdade do homem, em razão de uma conduta típica por ele praticada, na verdade o que existe é uma pena. [2] Filiamo-nos a essa corrente que é majoritária, pois toda punição que gera privação de liberdade, ainda que tenha finalidade terapêutica, para aquele contra quem é aplicada tem o efeito penoso, independentemente da nomenclatura.

Contudo, há grande polêmica em torno do tempo de duração da medida de segurança, em razão do artigo 97, § 1.º, do Código Penal afirmar que aquela terá duração por prazo indeterminado, e sobre esse debate doutrinário e jurisprudencial será dedicado esse estudo.

2- Conceito, destinatários e espécies de Medida de Segurança.

Inicialmente, urge trazer o conceito de medida de segurança pela perspectiva de um dos mais renomados doutrinadores, como Cleber Masson:

“Medida de segurança é a modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais.”[3].

A doutrina entende que são três os requisitos para a imposição de medida de segurança, quais sejam: a prática de uma infração penal (crime ou

contravenção); a periculosidade do agente; e a inexistência de causa extintiva de punibilidade.

A própria legislação traz quais são as espécies de medidas de segurança. Assim, tem-se a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e sujeição a tratamento ambulatorial como sanções penais previstas no art. 96 do Código Penal.

A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico constitui uma medida de segurança de caráter detentivo porque implica no cerceamento da liberdade do agente. Já a imposição de tratamento ambulatorial é uma medida restritiva porque mantém a liberdade do agente, contudo, impõe que uma restrição a esse direito.

O que determina a aplicação das medidas de segurança, conforme a legislação penal brasileira, é se esse crime é punido com detenção ou reclusão.

Os crimes punidos com pena de reclusão admitem o início de cumprimento em regime fechado, semi-aberto ou aberto. Já os delitos cuja penalidade é a detenção admitem o regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

No caso das medidas de segurança quando fato delituoso é punido com reclusão, ao agente, obrigatoriamente, será imposto a internação, conforme a letra fria da lei. Contudo, há precedentes do STF e do STJ, excepcionalmente, substituindo a internação pela medida detentiva em crimes sancionados com reclusão, senão vejamos esses julgados:

AÇÃO PENAL. Execução. Condenação a pena de reclusão, em regime aberto. Semi-imputabilidade. Medida de segurança. Internação. Alteração para tratamento ambulatorial. Possibilidade. Recomendação do laudo médico. Inteligência do art. 26, § 1º do Código Penal. Necessidade de consideração do propósito terapêutico da medida no contexto da reforma psiquiátrica. Ordem concedida. Em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação. (STF - HC: 85401 RS, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 04/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-01 PP-00051)

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. DELITO PUNÍVEL COM PENA DE RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. CABIMENTO. ART. 97. MITIGAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA À PERICULOSIDADE DO AGENTE. 1. A par do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, no sentido da imposição de medida internação quando o crime praticado for punível com reclusão - reconhecida a inimizabilidade do agente -, nos termos do art. 97 do Código Penal, cabível a submissão do inimputável a tratamento ambulatorial, ainda que o crime não seja punível com detenção. 2. Este órgão julgador já decidiu que, se detectados elementos bastantes a caracterizar a desnecessidade da internação, e em obediência aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a aplicação de medida menos gravosa ao inimputável se, ainda, for primário e assim o permitam as circunstâncias que permeiam o delito perpetrado. 3. Consoante consignado pela Corte de origem, no caso dos autos, o ora recorrido nunca se envolveu em fato delituoso da mesma ou de natureza diversa, além de mostrar comportamento social adaptado e positivamente progressivo. 4. Conforme concluído pelo Tribunal a quo, "não se extrai desse quadro uma conclusão de periculosidade real e efetiva do apelante, capaz de justificar uma internação em hospital psiquiátrico ou casa de custódia e tratamento." A medida mais rígida, ademais, apresentaria risco ao progresso psicossocial alcançado pelo ora recorrido, além de nítido prejuízo ao agente, que, por retardo no julgamento dos recursos interpostos, teria restabelecida a sentença - datada de novembro de 2002 -, com a imposição da medida de internação, a qual, tantos anos após os fatos, não cumpriria seus objetivos. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 912668 SP 2007/0001922-4, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 18/03/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/04/2014)

Já se o agente praticou ilícito penal cuja pena é de detenção, o magistrado poderá, com base na periculosidade do agente, aplicar medida de internação ou tratamento ambulatorial.

São destinatários das medidas de segurança os inimputáveis e os semi-imputáveis dotados de periculosidade. Considera-se inimputável a pessoa que por

doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, conforme disciplina o art. 26 do Código Penal Brasileiro. Destaque-se que sentença que impõe medida de segurança aos inimputáveis é denominada de absolutória imprópria.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula n.º 422 disciplinou que: *“A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade.”*

Os inimputáveis possuem uma periculosidade presumida porque a própria lei estabelece que esse indivíduo é perigoso. Trata-se de uma presunção absoluta (iuris et de iure), logo, o juiz tem a obrigação de impor ao agente a medida de segurança. [4]

Já o semi-imputável é aquele que, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Ao semi-imputável sem periculosidade aplica-se a pena com a causa de diminuição de um a dois terços, e ao semi-imputável com periculosidade aplica-se medida de segurança por meio de sentença condenatória.

Nesse último caso tem-se a periculosidade real a qual deve ser comprovada no caso concreto no caso concreto, pois quando um semi-imputável comete uma infração penal, será tratado como culpável, exceto, se o exame pericial que constatar sua responsabilidade diminuída concluir também (e essa conclusão for acolhida pelo magistrado) pela sua periculosidade, recomendando a substituição da pena por medida de segurança.[5]

3- Prazo de duração das medidas de segurança

O Código Penal quanto ao prazo de duração da medida de segurança estabelece que: Art. 97 (...) § 1º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Assim, depreende-se da letra da lei do Código Penal de 1984 que a medida de segurança durará por tempo indeterminado será mantida enquanto o indivíduo for considerado perigoso:

Contudo, esse estado de insanidade pode durar a vida inteira de um indivíduo, caracterizando, assim, uma prisão perpétua, sanção penal que é proibida pela Constituição de 1988 no art. 5º, XLII, b.

Uma corrente doutrinária minoritária que defende a literalidade do § 1º do art. 97 do CP, isto é, a inexistência de prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança, uma vez que esta, por força da lei, deve perdurar até a cessação da periculosidade do agente. Desse modo, a medida de segurança terá duração até o fim da doença ou perturbação da saúde mental do agente, quando o mesmo estará apto a viver em sociedade.

Para a segunda corrente, a medida de segurança deve possuir prazo determinado previamente, sob pena de estar se admitindo a institucionalização da pena com caráter perpétuo, ferindo a Carta Magna de 1988.

Ressalte-se que essa segunda corrente doutrinária se fragmenta em duas vertentes: a uma que defende que a medida de segurança terá como limite máximo o mesmo cominado em abstrato para a execução das penas privativas de liberdade, ou seja, trinta anos, conforme artigo 75 do Código Penal Brasileiro, sendo esse o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal; e outra, que sustenta que o limite a ser obedecido corresponde a pena máxima abstratamente cominada ao delito praticado, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, as Cortes Superiores do Brasil entendem que, em respeito a vedação constitucional da aplicação de penas de caráter perpétuo, a medida de segurança figurando como espécie do gênero sanção penal deve sujeitar-se a limite máximo de duração.

A divergência reside em qual limite a ser aplicado o do artigo 75 do Código Penal, ou o limite máximo da pena aplicada ao delito praticado.

3.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o prazo de duração das medidas de segurança.

O **Superior Tribunal de Justiça** defende posição de que o tempo de duração da medida de segurança não deve exceder o limite máximo da pena abstratamente fixada ao delito praticado, afirmando que o art. 97, § 1.º, do Código Penal, deve ser interpretado com a ponderação dos princípios da isonomia, da proporcionalidade e razoabilidade.

Inclusive, a 5ª Turma do STJ, no julgamento do HC 208336/SP realizado, em 20 de março 2012, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, entendeu que o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, devia ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 anos, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. PERSISTÊNCIA DA PERICULOSIDADE. IMPROPRIEDADE DO WRIT. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. DECRETO N.º 7.648/2011. VERIFICAÇÃO DE INCIDÊNCIA. NECESSIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO AO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. 1. Na hipótese, o Tribunal de origem, após exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu pela necessidade de prorrogação da internação do Paciente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, por não restar evidenciada a cessação de sua periculosidade, embora tenham os peritos opinado pela desinternação condicional do Paciente. Assim, para se entender de modo diverso, de modo a determinar que o Paciente seja submetido a tratamento em Hospital Psiquiátrico Comum da Rede Pública, e não em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, seria inevitável a reapreciação da matéria fático-probatória, sendo imprópria sua análise na via do habeas corpus. 2. Por outro lado, nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1.º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos. 3. Além disso, o art. 1.º, inciso XI, do Decreto n.º 7.648/2011, concede indulto às pessoas, nacionais e estrangeiras "submetidas a medida de segurança, independentemente da cessação da periculosidade que, até 25 de dezembro de 2011, tenham suportado privação de liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por

período igualou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, por período igual ao tempo da condenação".4. Habeas corpus não conhecido. Writ concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções analise a situação do Paciente, à luz do que dispõe o art. 1.º, inciso XI, do Decreto n.º 7.648/2011. (STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/03/2012, T5 - QUINTA TURMA)

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça sumulou esse entendimento no verbete de número 527, senão sejam: "*Súmula 527 do STJ - O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado*". (Súmula 527, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 18/05/2015).

O Professo Márcio Cavalcante em comentário a referida Súmula esclarece que:

A conclusão do STJ é baseada nos princípios da isonomia e proporcionalidade (proibição de excesso). Não se pode tratar de forma mais gravosa o infrator inimputável quando comparado ao imputável. Ora, se o imputável somente poderia ficar cumprindo a pena até o máximo previsto na lei para aquele tipo penal, é justo que essa mesma regra seja aplicada àquele que recebeu medida de segurança.[6]

3.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o prazo de duração das medidas de segurança.

Já o **Supremo Tribunal Federal** fixou entendimento de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, isto é, trinta anos, conforme se verifica nos seguintes julgados da 1ª Turma, HC 107432 e da 2ª Turma, HC 97621, abaixo transcritos:

PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE.

I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado.

II - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal).

III – Laudo psicológico que reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio.

IV – Ordem concedida em parte para determinar a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/2001, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente.

(STF - HC: 107432 RS , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/05/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011)

AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. 1. A prescrição de medida de segurança deve calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação. (STF - HC: 97621 RS , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 02/06/2009, Segunda Turma,

Data de Publicação: DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-03 PP-00592)

Deve-se ponderar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal levaria ao absurdo de se sujeitar alguém que tenha praticado o crime de furto qualificado cuja penalidade máxima cominada é de 8 (oito) anos, a um período de 30 (trinta) anos de medida de segurança o que fere os princípios da isonomia, proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso.

Desse modo, a posição do Superior Tribunal de Justiça mostra-se mais compatível com a Constituição Federal, pois entende que a medida de segurança deve perdurar até se atingir o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime, não podendo ultrapassar o limite temporal de 30 anos, respeitando-se os princípios da isonomia e individualização da pena.

5- Conclusão.

O presente trabalho visou trazer aos leitores as noções gerais sobre as medidas de segurança. Demonstrou-se que a aplicação dessas por prazo indeterminado, conforme estabelece o Código Penal de 1984, é inconstitucional. Por isso, deve ser realizada uma interpretação do art. 97, § 1º do CP em consonância com os princípios da isonomia e da proporcionalidade/razoabilidade. Para melhor entendimento do tema colacionou-se a visão do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça acerca do tema. Portanto, o presente estudo cumpriu com a função de divulgar para os operadores do direito e demais leitores que têm sede pelo conhecimento na área judicial essa discussão de suma importância para o estudo do direito constitucional e processual penal brasileiro. O que nos leva a afirmar que as medidas de segurança não podem ser aplicadas eternamente sob pena de infringir o texto constitucional que proíbe a aplicação de penas de caráter perpétuo, sendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula 527, qual seja, "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado" na atualidade, o mais adequado a solução desse problema.

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Tempo de duração da medida de segurança.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/838e8afb1ca34354ac209f53d90c3a43>>. Acesso em: 23/12/2019.

DOWER, Nélon Godoy Bassil. **Direito Penal Simplificado**. Nelpa, 2000,

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral** - Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ROMANO, Rogério Tadeu. Medidas de segurança. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4510, 6 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44305>. Acesso em: 23 dez. 2019.

NOTAS:

[1] DOWER, Nélon Godoy Bassil. **Direito Penal Simplificado**. Nelpa 2000, p. 122

[2] ROMANO, Rogério Tadeu. Medidas de segurança. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4510, 6 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44305>. Acesso em: 23 dez. 2019.

[3] MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral** - Vol. 1. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 2039.

[4] MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral** - Vol. 1. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 172.

[5] MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral** - Vol. 1. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 172.

[6] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Tempo de duração da medida de segurança**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/838e8afb1ca34354ac209f53d90c3a43>>. Acesso em: 23/12/2019.

DA IMPOSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE NOVAS INFRAÇÕES PENAIS IMPRESCRITÍVEIS, SEJA POR EMENDAS À CONSTITUIÇÃO OU POR TRATADOS INTERNACIONAIS

MANFREDO BRAGA FILHO:

Advogado. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a impossibilidade da criação de novas infrações penais imprescritíveis no âmbito da Constituição Federal (CRFB) seja por emendas ou por tratados internacionais. Não se podem criar novos casos de imprescritibilidade pelo legislador e há uma grande controvérsia sobre a possibilidade ou não de se permitir a extradição ou o *surrender* para crimes taxados pelo Tribunal de Roma. Para tanto, utilizou-se o método de análise qualitativa, com estudo da doutrina, jurisprudência e legislação. A CRFB reza pela imprescritibilidade somente para a prática do racismo e para a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; para os demais, ainda que hediondos, se perfaz a prescrição. Desta forma, a CRFB legislou pela regra da prescribibilidade por meio de sua própria omissão - "silêncio eloquente", que permite a imprescritibilidade em apenas duas hipóteses, logo é proibido em qualquer outra.

Palavras-chave: Prescrição, *surrender*, Tribunal de Roma.

ABSTRACT: This article aims to analyze the impossibility of creating new imprescriptible criminal offenses under the Federal Constitution (CRFB) either by amendments or by international treaties. No new cases of lawlessness can be created by the legislature and there is great controversy over whether or not to allow extradition or surrender for crimes taxed by the Court of Rome. For this, the qualitative analysis method was used, with study of the doctrine, jurisprudence and legislation. The CRFB prays for imprescriptibility only for the practice of racism and for the action of armed groups, civil or military, against constitutional order and the Democratic State; for the others, however heinous, the prescription is made. Thus, the CRFB legislated by the rule of prescribability through its own omission - "eloquent silence", which permits imprescriptibility in only two hypotheses, so is prohibited in any other.

Key words: Prescription, *surrender*, Rome Court.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 CAUSAS DE IMPRESCRITIBILIDADE TAXADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ART. 5ª, XLII e XLIV E OS CRIMES JULGADOS PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. 2.2 DO EQUÍVOCO INTERPRETATIVO AO ANALISAR A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA COMO UM PERMISSIVO À CRIAÇÃO DE NOVOS CRIMES IMPRESCRITÍVEIS. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil imperial, o art. 65 do Código Criminal do Império de 1830 (BRASIL, 1830), assim afirmava "*Art. 65. As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum*", ou seja, na época monarca brasileiro imperava a regra da imprescritibilidade.

Como nos afirma Masson (2015, p. 978):

"O Código Criminal do Império, de 1830, dispunha em seu art. 65 que as penas impostas aos condenados não prescreviam em tempo algum. Os diplomas posteriores (Código Penal de 1890, Consolidação das Leis Penais de 1932 e Código Penal de 1940) não repetiram aquela fórmula, já criticada em seu tempo."

Entretanto, hoje, estamos em um panorama diferente, a regra é a prescrição das penas conforme estipulado no art. 107, IV do Código Penal: "*Extingue-se a punibilidade pela prescrição, decadência ou perempção*".

Ressaltasse, contudo, que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 5º hipóteses excepcionais da imprescritibilidade, são eles:

CRFB/88, art. 5º (...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático.

O Estatuto de Roma, por sua vez, tratou da imprescritibilidade para todos os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional, conforme seu Artigo 29: "*os crimes da competência do Tribunal não prescrevem*".

Sendo seguido pela Corte Interamericana, que tem o entendimento pela imprescritibilidade dos crimes lesivos aos direitos humanos, independente da época em que fora perpetrado, incluindo os crimes anteriores à criação da própria corte.

Sofre de inconstitucionalidade, comportamento do legislador pátrio em criar por emenda à Constituição ou por leis, qualquer novo caso de imprescritibilidade, não elencado em norma originária da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal já manifestou decisões a favor da possibilidade de se perfazer novas situações de imprescritibilidade penal no julgamento do RE 460.971/RS de 2007 relatado por Sepúlveda Pertence, que assim dispõe:

“3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.”

Entretanto aqui, não é correspondido pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina majoritária brasileira, que tem o entendimento pela taxatividade da Constituição Federal em matéria de imprescritibilidade penal, por tratar de direito fundamental determinada pela Constituição, bem como, não se a molda no novo direito penal moderno, além do mais, os tratados internacionais são normas, quando muitas, supralegais. Como exemplo, temos o doutrinador Masson (2015, p. 978):

“Como corolário dessas exceções, taxativamente indicadas pelo texto constitucional, prevalece em seara doutrinária o entendimento de que a legislação ordinária não pode criar outras hipóteses de imprescritibilidade penal.”

Com efeito, no momento em que o Poder Constituinte Originário admitiu apenas esses dois crimes como insuscetíveis de prescrição, afirmou implicitamente que todas as demais infrações penais prescrevem, e, pela posição em que tais exceções foram previstas (CRFB/88, art. 5º), a prescrição teria sido erigida à categoria de direito fundamental do ser humano, consistente na obrigação do Estado de investigar, processar e punir alguém dentro de prazos legalmente previstos.

Foi essa a razão que levou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a firmar-se no sentido de que, em caso de citação por edital e consequente aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 9.271/1996,

não se admite a suspensão da prescrição por tempo indefinido, o que poderia configurar uma situação de imprescritibilidade.

Entretanto, nova hipótese de imprescritibilidade nasceu com o Estatuto de Roma no art. 29: "*Os crimes de competência do Tribunal não prescrevem*", ao qual, o Brasil ao aderir ao Tribunal Penal Internacional, acabou por trazer novas hipóteses de imprescritibilidade, por promulgação pelo Decreto 4.388/2002 tendo como exposto os crimes de genocídio, os crimes de agressão, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Dentro desses crimes, temos o crime de tortura (artigo 7º, 1, "f", do Estatuto de Roma).

Urge salientar, que aqui estamos a tratar, não apenas de extradição, mas também do instituto do *surrender* (entrega) - o TPI tem competência especial e subsidiária, segundo norma constitucional do art. 5º § 4º e art. 7º da ADCT, que determina ao Brasil a propugnar pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos e sua submissão à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. Sendo o art. 7º da ADCT norma original da Constituição.

Por tudo isto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a impossibilidade de criação de novas infrações penais imprescritíveis no âmbito da Constituição Federal seja por emendas a ela ou por tratados internacionais.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 CAUSAS DE IMPRESCRITIBILIDADE TAXADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ART. 5º, XLII e XLIV E OS CRIMES JULGADOS PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade figura para parte da doutrina como um costume internacional, nos termos das Resoluções nº 02 e nº 95 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), bem como, defendem que o Decreto-Legislativo 4.388 que promulgou o Estatuto de Roma teria o *status* de norma supralegal, então, por óbvio, abaixo da Constituição Federal, porém acima das demais normas infraconstitucionais.

Registra-se também que o art. 4º, II da Constituição Federal de 1988, determina ao Brasil reger suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos, buscando assim uma proteção eficiente aos direitos fundamentais, que melhor se perfaz pela imprescritibilidade, pois proporcionaria a efetiva proteção ao bem jurídico – direitos humanos.

Atualmente no Supremo Tribunal Federal, também com esse entendimento acima exposto, se tem Edson Fachin que manifestou esse entendimento em seu voto no julgamento de extradição de número 1.362, assim afirmando:

“Hoje é evidente que inexistente um direito constitucional à prescrição, como demonstram, por exemplo, a emenda apresentada pelo Deputado Constituinte Carlos Alberto Oliveira dos Santos, posteriormente materializada nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal, e a Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou o parágrafo 4º ao art. 5º, reconhecendo a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o qual prevê, no artigo 29 do Estatuto de Roma, a imprescritibilidade dos crimes internacionais (...)

Dessa forma, a manutenção do entendimento segundo o qual a prescrição deve ser verificada apenas de acordo com o disposto na lei brasileira tem o resultado de transformar o país em um abrigo de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. Tal interpretação não apenas viola a jurisprudência da Corte Interamericana, cuja obrigatoriedade da jurisdição foi declarada pelo Governo da República Federativa do Brasil em 10 de dezembro de 1998, como também esvazia o sentido do princípio fixado no art. 4º, II, da Constituição Federal (...)

A obrigação internacionalmente fixada ao Estado argentino de punir as graves violações de direitos humanos estaria sendo obstada por um dispositivo da legislação brasileira, o que, além de conduzir a um resultado absurdo, transformando o país em um paraíso para criminosos internacionais, viola, frontalmente, o artigo 27 da Convenção de Viena, que não autoriza a invocação de disposições do direito interno para inadimplir um tratado”.

Seguido inclusive pela procuradoria federal em parecer no mesmo julgado.

“Poder-se-ia dizer que as normas do direito internacional não são de obrigatória observância quando em confronto com normas do direito interno que estabelecem normas de prescrição dos crimes. citando André de Carvalho Ramos, não

pode haver espaço para interpretações que conduzam à incompatibilidade entre as normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos. Há, no caso, presunção absoluta de compatibilidade entre as normas.”

Sobre o assunto, Miranda (2011, p. 147) aduz que:

“(...) o que o legislador busca, nos incisos XLII e XLIX do artigo 5º, é resguardar valores como a igualdade jurídica de todos os brasileiros e o Estado Democrático de Direito, e não estabelecer o instituto penal da prescrição como garantia fundamental. Logo, não existe nenhum artigo constitucional proibindo a adoção de crimes imprescritíveis ou afirmando que a enumeração dos crimes imprescritíveis, presente no artigo 5º, incisos XLII e XLIX, é taxativa. Além disso, se considerarmos o fim objetivado pelo texto constitucional, veremos que existe concordância entre as duas normas. Se o crime de racismo é imprescritível para a Constituição, o crime de genocídio também o será pela similitude dos objetos jurídicos protegidos pelos tipos penais”

A Corte Interamericana por sua vez, tem o entendimento pela imprescritibilidade de todos os crimes violadores de direitos humanos, inclusive aos praticados anteriormente à própria criação da Corte Interamericana, violando entendimento de **Sousa** (2017), que afirma:

“É possível concluir, portanto, que apenas os fatos praticados posteriormente à incorporação do Estatuto de Roma, em julho de 2002, são imprescritíveis, inclusive à luz do seu caráter de complementariedade e irretroatividade”.

Citando como exemplo o caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) (LIMA JUNIOR, 2019), ao qual responsabilizou o Estado-parte Brasil pela prisão, tortura e desaparecimento de quase 70 pessoas de fatos ocorrido na década de 70, entendendo que o Brasil perfez a impunidade com a Lei da Anistia - Lei 6.683/1979 -, sendo assim, determinou ao Estado Brasileiro adequado tratamento jurídico aos crimes cometidos no passado e a reforma das instituições para a democracia; provocando assim, uma divergência entre a Corte Interamericana e o STF na ADPF 153, ao qual julgou constitucional e aplicável no Brasil a Lei de Anistia. Ressalta-se ainda, que a Corte Interamericana, entendeu que a violação aos direitos humanos implicaria dano permanente, o que deveriam ser punidos, mesmo para

fatos praticados em momentos anteriores à própria criação da Corte Interamericana em 22 de maio de 1979 em São José na Costa Rica, devido a sua natureza permanente.

Também podemos citar o Caso Herzog e outros vs. Brasil (VILAVERDE, 2018), ao qual responsabilizou o Estado-parte Brasil pela falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pela morte de Vladimir Herzog – em que obteve o entendimento da proibição de utilização por Estados partes de argumentos em suas defesas para o descumprimento do seu dever de investigar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos, tais como: Lei de Anistia, prescrição, o Princípio do *bis in idem*, nem qualquer outra disposição análoga para excluir a ilicitude.

Observação já realizada por Cavalcante (2019) nos comentários contidos no Informativo nº 888 do STF, *in verbis*:

“a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em diversas oportunidades, que os Estados integrantes do sistema interamericano de direitos humanos (dentre eles, o Brasil) deverão reconhecer a imprescritibilidade dos crimes lesa-humanidade e punir os suspeitos de sua prática. Nesse sentido: (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; Caso La Cantuta, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e Caso Do Massacre de Las Dos Erres, sentença de 24 de novembro de 2009, par. 129).”

Por fim, Velloso (2006, p. 17 e 18), nos afirma que os principais argumentos pela imprescritibilidade são:

“a) a prescrição não é um direito natural ou uma liberdade fundamental. b) a prescrição não é de direito comum. c) o impossível esquecimento, o improvável arrependimento. d) o argumento da expiação moral repellido. e) a exemplaridade necessária. f) a prova facilitada.”

Sendo assim, de forma sucinta, os defensores dessas doutrinas, entendem pela possibilidade de criação de novas infrações criminais imprescritíveis, seja por emenda à Constituição, sejam por leis ou tratados internacionais, em efetivação ao Princípio do *Pro homini* e a prevalência dos direitos humanos.

2.2 DO EQUÍVOCO INTERPRETATIVO AO ANALISAR A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA COMO UM PERMISSIVO À CRIAÇÃO DE NOVOS CRIMES IMPRESCRITÍVEIS

Nas palavras de Cunha (2016):

“Como a Tortura está elencada no artigo 7º, I, “f”, do Estatuto de Roma, parte da doutrina alega que a norma conferiria a imprescritibilidade a tal delito. Majoritariamente, contudo, compreende-se que o Estatuto de Roma é tratado com *status* de norma supralegal, sem força suficiente para afastar a garantia implícita constitucional da prescritibilidade.”

A jurisprudência por sua vez entende que é prescritível:

Ementa: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TORTURA. POLICIAIS MILITARES. PERDA DO POSTO E DA PATENTE COMO CONSEQUÊNCIA DA CONDENAÇÃO. APLICABILIDADE DO ARTIGO 1º, § 5º, DA LEI 9.455/1997. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTE. 1. A condenação de policiais militares pela prática do crime de tortura, por ser crime comum, tem como efeito automático a perda do cargo, função ou emprego público, por força do disposto no artigo 1º, § 5º, da Lei 9.455/1997. É inaplicável a regra do artigo 125, § 4º, da Carta Magna, por não se tratar de crime militar. Precedentes. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TORTURA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS QUANTUM SATIS. CONDENAÇÃO DOS APELADOS QUE SE IMPÕE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, MODALIDADE RETROATIVA, ARTIGO 109, INCISO V, C/C ARTIGO 110, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, EM RELAÇÃO AOS APELANTES ANTÔNIO MARCOS DE FRANÇA E ELENILSON NUNES DA SILVA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.” 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 799102 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 06-02-2015 PUBLIC 09-02-2015).

Também poderíamos perfazer uma análise conciliatória entre as doutrinas, ao qual o pensamento de Cunha (2016) só se aplicaria apenas aos casos julgados pelo Brasil em sua jurisdição interna, ou seja, será prescritível, entretanto, se julgado pelo Tribunal Penal Internacional será imprescritível, pois não há como negar jurisdição internacional ao Tribunal em que o Brasil faça parte, ressaltando, que essa jurisdição tem apoio em norma constitucional originária (art. 5º § 4º e Art. 7º. ADCT, ambos da Constituição Federal de 1988).

Desta forma, os crimes de tortura e outros poderão ser julgados a qualquer tempo pelo Tribunal Internacional Penal, desde que cumprido os requisitos expostos para julgamento no Estatuto de Roma, como por exemplo, existência de inércia do Brasil, sujeito ativo maior de 18 anos, e principalmente, a aceitação pela corte em julgar a matéria e ao próprio conceito restritivo da corte ao que seria tortura, pois é de se saber, que crimes de tortura na esfera internacional apenas atingem como sujeitos ativos os agentes estatais, ao passo que no Brasil atinge agentes estatais ou não, sendo assim, um crime comum e não funcional. Senão vejamos:

O art. 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes (BRASIL, 1991) traz o conceito de tortura, e dispõe que:

"Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram."

Já para Habib (2015, p. 289), ao analisar o crime de tortura tipificado no Brasil, ensina que:

“O delito de tortura, salvo as exceções legais, é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo a condição especial de funcionário público.”

Velloso (2006, p. 24), ensina que a interpretação dos arts. 17 e 29 do Estatuto de Roma deve ocorrer de maneira que:

“A interpretação extensiva do artigo 17 (2) do Estatuto de Roma, resultante de uma visão abrangente do alcance de seu artigo 29, não é a mais correta. A prática dos Estados não autoriza, no presente estado de coisas, a deduzir o consentimento deles sobre a imprescritibilidade dos crimes internacionais perante as ordens jurídicas nacionais, e sobre o risco conseqüente do exercício complementar da jurisdição do TPI quando o foro doméstico tenha declarado extinta a punibilidade, ou a pena, pelo decurso do tempo”

Urge salientar ainda que o Brasil não está obrigado a seguir tratado que não subscreveu, ou melhor, pela Teoria dos Atos Complexos ou da Junção de Vontades, somente após o decreto de promulgação e publicação, passa o Estado-Parte a ter obrigatoriedade no cumprimento dos deveres expostos no tratado internacional. Logo, como se sabe, o Estado brasileiro não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 (Resolução 2391 artigo 3º).

Então, não há como defender a existência de obrigação por parte do Brasil, como bem nos ensinou o ilustre ministro Celso de Mello em seu voto na ADPF 153:

“Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica, não obriga nem vincula, juridicamente, o Brasil, quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional. Cabe observar, de outro lado, que o Conselho Federal da OAB busca fazer incidir, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil sequer é parte, invocando-a como fonte de direito penal, o que se mostra incompatível com o modelo consagrado na Constituição democraticamente promulgada em 1988. Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana

de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu. Seguindo pelo ilustre magistrado Marcio André, ao comentando o informativo 846 do STF, “ 1) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela. Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica, não obriga nem vincula, juridicamente, o Brasil, quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional. Não se pode querer aplicar, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil nem sequer é parte, invocando-a como fonte de direito penal, o que se mostra incompatível com a CF/88. 2) apenas a lei interna (lei brasileira) pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade de crimes no Brasil. Sendo o tema prescrição relacionado com o direito penal, deve-se concluir que ele está submetido ao princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, exigindo lei em sentido formal. Em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal.”

Desta forma, seja em casos de extradição ou de *surrender* a prescrição é a regra, logo, crimes prescritos pela norma mais favorável – norma do país que pede a extradição ou a normas brasileiras - impedem a extradição. Não sendo a prisão para análise da extradição, marco interruptivo da mesma. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

“Ementa: EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO. 1. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional” (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008). Nessa linha, tanto

o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente. 2. O Estado requerente imputa ao extraditando a prática de delito equivalente ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, de crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das causas interruptivas da prescrição. 3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritebilidade ou imprescritebilidade da pretensão estatal de punir (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010). 4. O indeferimento da extradição com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), uma vez que não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina, mas sim de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual veda a concessão da extradição “quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido” (art. III, c). 5. Pedido de extradição indeferido. STF. Plenário. Ext 1362/DF, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, julgado em 9/11/2016 (Info 846).

Por tudo aqui já analisado, se perfaz total absurdo a posição da Corte Interamericana em buscar punir fatos anteriores à criação da própria corte, violando

o Princípio da Irretroatividade da Lei Penal, bem como, busca forçar os Estados partes à imprescritibilidade sem antes os Estados assim ratificarem a Convenção Internacional sobre o tema, o que fere o Princípio da Não Intervenção e da Soberania dos Estados, ao qual atende às necessidades de cada Estado, que no Brasil, inclusive, o art. 4º da Constituição Federal de 1988 determina:

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos, III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VII - solução pacífica dos conflitos;”

Devemos lembrar que o constitucionalismo moderno nasce com uma preocupação de objetivar a ordem jurídica para limitar o poder dos soberanos, bem como, definir segurança jurídica aos jurisdicionados, igual raciocínio deve ser aplicado aos tratados internacionais, sob pena de se permitir o decisionismo ou o voluntarismo das cortes internacionais, logo se o Estado-parte, não subscreveu a resolução sobre a imprescritibilidade, por óbvio, não permitiu à corte obrigar o mesmo a esse comportamento, realizando uma verdadeira hierarquização de culturas jurídicas, por impor entendimentos *common law* a países *civil law*.

Seguida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**, Artigo 34: “*Um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento.*”

Não podendo alegar que é uma norma consuetudinária, nos termos do art. 38 do referido tratado, em matéria não pacificada, o que fere os requisitos de obrigatoriedade e continuidade dos costumes.

Como bem nos ensina Gonzaga e Beijato Júnior (2014, p. 304):

“No decurso do tempo surgiram os ideais iluministas: Deus dava lugar ao homem como o centro de todas as coisas (antropocentrismo). Os esses iluministas propiciaram o surgimento da Revolução Francesa e da Revolução Americana (revoluções liberais do final do século XVII) que defendiam, entre outras coisas, a positivação de diversos direitos com o intuito de propiciar maior segurança aos membros da sociedade.”

Não é por menos, que a Corte Europeia de Direitos Humanos, vem se estabelecendo com maior intensidade a Teoria da Margem de Apreciação, percorrendo um caminho diverso da Organização dos Estados Americanos, pois busca um caminho conciliatório, e não ditatorial sobre os entendimentos e práticas dos direitos humanos.

Favorecendo na Europa, a Teoria Hermenêutica Diatópica de Boaventura (SANTOS, 2004, p.257):

“A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objeto inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura, outro noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico”

Assim como o universalismo de chegada ou de confluência de Flores (2002):

“Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação no qual cheguem a romper-se os prejuízos e as linhas paralelas. Falamos do entrecruzamento e não de uma mera superposição, de propostas.”

Registra-se ainda que, a maior contribuição de Kelsen para a ciência do direito de grande utilização ainda hoje, é a Teoria da Pirâmide Normativa, ou seja, a Constituição por se encontrar no topo do ordenamento jurídico, se sobrepõe a qualquer outra norma do sistema de normativo, não podendo interpretações darem mais valor aos tratados internacionais ou normas infralegais em detrimento da própria Constituição (KELSEN, 1987, p. 240):

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”.

Já ficou constatado que a Constituição Federal tratou no art. 5º sobre a imprescritibilidade, nos crimes de racismo e na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, justamente para impedir a imprescritibilidade em qualquer outro delito.

Então, por se encontrar estipulado no art. 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, protegido como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV da Constituição “os direitos e garantias individuais”). Nota-se um verdadeiro direito constitucional fundamental individual, o direito à prescrição, que por interpretação, na dicção utilizada pela Constituição “direito individual”, deve repousar a ideia de que direitos individuais se sobrepõe a interesses coletivos, como é a punição por crimes, posto, a Constituição expressamente trazer os direitos individuais como cláusula pétrea.

Apesar de reconhecermos juntamente como a doutrina majoritária brasileira a classificação dos direitos sociais como cláusula pétrea, devido ao caráter de interdependência, unidade e necessidade que todos os direitos da pessoa humana se perfaz entre si, no entanto, não podemos olvidar da superioridade interpretativa que deve imperar entre os direitos individuais em conflito com os direitos coletivos, uma, porque os direitos individuais foram tratados primeiramente (art.5º da CRFB/88) aos sociais (art. 6º e seguintes, CRFB/88), e em segundo lugar, por terem sido ressalvados expressamente como cláusula pétrea apenas o direitos e garantias individuais.

Desta forma, podemos encontrar amparo inclusive na obra de Alexy (1993, p. 452 e 453), que defende a prevalência dos direitos de dimensão subjetiva em face da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois, a principal finalidade dos

direitos fundamentais, consiste na proteção do indivíduo, e não da coletividade, desempenhando a dimensão objetiva uma função e reforço da tutela jurídica dos direitos fundamentais subjetivos; bem como, por argumento de otimização, a análise do caráter principiológico dos direitos fundamentais, demonstra que o reconhecimento dos direitos positivos implica num grau maior de realização dessas normas-princípios definidoras de direitos fundamentais, do que previsões de obrigações de natureza meramente objetiva.

“Sin embargo, esta distinción tiene también que ser puesta en duda. Existen problemas de derechos de defensa sumamente controvertidos, más allá del ámbito de la jurisprudencia; basta pensar, por ejemplo, en el derecho de realizar manifestaciones callejeras; y existen posiciones de derechos a protección; que nadie pone seriamente en duda, por ejemplo, la protección frente a lesiones corporales a través de las normas del derecho penal. Esto pone claramente de manifiesto que los límites de los campos de acción del legislador y de la competencia del Tribunal Constitucional no pueden orientarse por diferencias teórico-estructurales como las que existen entre los derechos de defensa y los derechos a protección, sino únicamente por cuestiones sustanciales. En última instancia, la cuestión sustancial apunta —tal como puede ser formulado sobre la base de la concepción formal del derecho fundamental presentada más arriba— a saber si, desde el punto de vista del derecho constitucional, una determinada protección es tan importante que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.

Esta fórmula contiene también la solución del problema del pronóstico. Es fácil reconocer que toda propuesta para la solución del problema del pronóstico incluye una propuesta para la distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Supongamos que hay que juzgar si el medio de protección M cumple o no el deber de protección P. Según el pronóstico Pr_1 tal es el caso: según el pronóstico Pr_2 no. El legislador sostiene Pr_1 . Si el legislador tiene la competencia para decidir cuál pronóstico ha de tomarse como punto de partida, el Tribunal Constitucional no puede decir que se ha lesionado el deber de protección. Si el Tribunal posee la competencia de decisión, puede decir que

Pr₁ es falso y Pr₂ correcto y, por lo tanto, el deber de protección P no es cumplido por M”

Podemos ainda analisar o aspecto econômico do direito, como poder de fato que constrói o direito, por uma interpretação histórica dos direitos fundamentais, por ter o Brasil adotado o sistema capitalista de produção e geração de riquezas. Senão vejamos: quando o mundo fora dividido em dois polos econômicos, o capitalista e o socialista, o pacto sobre os direitos civis e políticos foram assinados pelos países capitalistas, ao passo que, os países socialistas defendiam apenas os direitos sociais em detrimento a qualquer direito individual, por isso assinalaram o pacto sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.

Desta forma, os países capitalistas sempre defenderam a preponderância dos direitos individuais, posto decorrer do próprio modelo econômico que embasou suas constituições.

Devemos ainda salientar a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 no art. 82:

Lei nº 13.445/2017, art. 82: Não se concederá a extradição quando: VI - a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

No tocante aos crimes como tráfico de drogas, tortura etc, a Constituição limitou-se o a afirmar ser crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art 5º, inciso XLIII da CRFB/88).

Também, nos termos do art. 31, § 1º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a exigência contida no Artigo III do Tratado de Extradicação deve ser interpretada “segundo o sentido comum atribuível aos termos” do Tratado, razão pela qual, não se deve buscar outro sentido possível ao termo, senão aquele que apenas analisa o pedido extradicional à luz da legislação brasileira.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio no HC 96.007 / SP afirmou que:

“A visão mostra-se discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Federal. Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que

o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente (...) não se poderia, repito, sem lei em sentido formal e material como exigido pela Constituição Federal, cogitar-se de tipologia a ser observada no Brasil. A introdução da Convenção ocorreu por meio de simples decreto!”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos que no direito Brasileiro impera a doutrina pelo qual não se pode criar novos casos de imprescritibilidade pelo legislador, seja por emendas à Constituição ou por leis, bem como, demonstrado a grande controvérsia sobre a possibilidade de se permitir a extradição ou o *surrender* para crimes taxados pelo Tribunal de Roma como imprescritíveis.

Passamos a entender que a extradição se perfaz a regra da prescrição a qualquer crime, entretanto, no caso de *surrender*, a competência do TPI só poderá ocorrer se o Brasil internamente não julgou o caso, independente do resultado da demanda – que pode ocorrer pela prescrição –, pois baseado em norma constitucional do art. 5º, § 4º e art. 7º, ambos do ADCT.

Por tudo aqui já exposto, ao analisar a Constituição em uma interpretação *a contrario sensu* do art. 5º XLII, XLIII e XLIV da CRFB/88, percebemos que a imprescritibilidade somente ocorre para a prática do racismo e para a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; para os demais, ainda que hediondos, se perfaz a prescrição, conforme a própria constituição ao afirmar “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Então, a Constituição Brasileira legislou pela regra da prescritibilidade por meio de sua própria omissão - “silêncio eloquente” - pois são normas restritivas de direitos fundamentais, que devem, por óbvio, serem interpretadas restritivamente, e isso se perfaz pelo fato dos dispositivos constitucionais permitirem a imprescritibilidade apenas em duas hipóteses, logo é porque a proibiu em qualquer outra.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 452 e 453.

BRASIL, 2017. **Lei nº 13.445, de 24.05.2017**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm >. Acessado em: 20 dez. 2019.

BRASIL, 2009. **Decreto nº 7.030, de 14.12.2009. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm >. Acessado em: 20 dez. 2019.

BRASIL, 2002. **Decreto nº 4.388, de 25.09.2002. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm > Acessado em: 20 dez. 2019.

BRASIL, 1991. **Decreto nº 40, de 15.02.1991. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm >. Acessado em: 20 dez. 2019.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acessado em: 20 dez. 2019.

BRASIL, 1979. **Lei nº 6.683, de 28.08.1979**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm > Acessado em: 22 dez. 2019.

BRASIL, 1940. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acessado em: 20 dez. 2019.

BRASIL, 1941. **Decreto-lei nº 3.689, de 03.11.1941**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acessado em 02 ago. 2019.

BRASIL, 1830. **Lei de 16 de Dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acessado em 23 dez. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais Julgados do STF e do STJ comentados – Julgados de 2018.** 3ª ed., Ed. Jus Podivm, 2019, p. 1520.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. 5ª Ed. Ed, JusPodivm, 2016.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 9-30, jan. 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; BEIJATO JUNIOR, Roberto. **Considerações sobre a Hermenêutica Constitucional.** In: Vade Mecum Humanístico, coordenação Álvaro de Azevedo Gonzaga, Nathaly Campitelli Roque. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais. Tomo I. v. 12, 7ª ed., Ed. JusPodivm, 2015, p. 365.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 240.

LIMA JUNIOR, Wilson Simões de. **Sentença Internacional no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil e suas consequências no caso do descumprimento.** 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72546/sentenca-internacional-no-caso-gomes-lund-guerrilha-do-araguaia-vs-brasil-e-suas-consequencias-no-caso-de-descumprimento>>. Acessado em: 22 dez. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado.** Parte geral, v. 1, 19.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 978.

MIRANDA, João Irineu de Resende. **O Tribunal Penal Internacional Frente ao Princípio da Soberania.** Londrina: Eduep, 2011.

RESOLUÇÃO 2391, **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade – 1968**, Assembleia Geral de 26.11.1968, entrada em vigor em 11.11.1970. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de->

Proteção/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html >. Acessado em: 22 dez. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SOUSA, Luis Gustavo Venezianni. **A imprescritibilidade do crime de tortura**. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/07/27/imprescritibilidade-do-crime-de-tortura/>>. Acessado em: 22 dez. 2019.

STF, **EXT 1362/DF**, rel. Min. Alexandre de Moraes, Dj. 11.03.2019.

STF, **ARE: 799102 AgR-segundo**, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ: 09.12.2014, DJe: 09.02.2015.

STF, **ADPF 153/DF**, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe: 06.08.2010.

STF, **RE: 460.971/RS**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Dj. 13.02.2007.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional** = Brazilian Yearbook of International Law = Annuaire Brésilien de Droit International / Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant - v.1, n.1, 2006 - Belo Horizonte: CEDIN, 2006, p. 17 e 18.

VILAVERDE, Carolina. **Corte Interamericana de Direitos Humanos condena Brasil por não investigar e punir a morte de Vladimir Herzog**. 2018. Disponível em: <<https://vladimirherzog.org/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-nao-investigar-e-punir-a-morte-de-vladimir-herzog/>>. Acessado em: 22 dez. 2019.

DA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA NOS PROCESSOS DE AUTOS FÍSICOS NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL FAZENDÁRIO

DANILLO AUGUSTO GOMES DE MOURA E SILVA:

Procurador Municipal, Advogado, Pós-graduado em Direito Público pela Anhaguera Uniderp.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a necessidade de obediência da intimação da Fazenda Pública nos processos judiciais tombados em autos físicos perante os Juizados Especiais Fazendários, levando-se em consideração à análise bibliográfica e jurisprudencial mais recente sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVES: Fazenda pública. Prerrogativa processual. Intimação pessoal. Processos físicos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A FAZENDA PÚBLICA; 3. PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA; 4. A INTIMAÇÃO PESSOAL COM REMESSA DOS AUTOS FÍSICOS EM PROL DA FAZENDA PÚBLICA; 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

A celeridade processual e o combate à conhecida morosidade dos processos judiciais perante o Judiciário brasileiro como um todo não é tema novo. Há muito se fala da implementação de mecanismos que possibilitem o transcurso dos feitos judiciais em prazo razoável, justamente para concretizar o princípio constitucional da duração razoável do processo, capitulado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

E um destes mecanismos é a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, tanto em nível federal, pela Lei nº 10.259/2001, quanto a nível estadual, nos termos da Lei nº 12.153/2009, ambos com assento constitucional no art. 98, I, e parágrafo primeiro, da Lei Magna.

Se a celeridade processual é vetor que anima toda a estruturação desta sistemática processual especial, do mesmo modo não se pode obnubilar o princípio da segurança jurídica e do devido processo legal no simples afã de atingir aquela finalidade.

Sob este último aspecto é que reside a problemática da observância, ou não, da prerrogativa processual da Fazenda Pública de intimação pessoal nos autos físicos no rito dos Juizados Especiais Fazendários. Isto é: é válida a intimação da

Fazenda Pública por meio de publicação em diário eletrônico do Tribunal, e não por meio de remessa dos autos físicos?

Para responder a este questionamento, passa-se a abordar brevemente o conceito de Fazenda Pública e as suas prerrogativas processuais, à luz dos apontamentos doutrinários e da jurisprudência mais recentes.

2. A FAZENDA PÚBLICA

O conceito de Fazenda Pública diz respeito à definição de quem pode assim ser qualificado, ou seja, quais os entes que ostentam este perfil de materialização de interesses públicos e, por isso, gozam de prerrogativas processuais necessárias para a defesa destes interesses administrados.

Sobre este conceito, precisas são as palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:

A expressão Fazenda Pública identifica-se tradicionalmente como a área da Administração Pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas. Em outras palavras, Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público. Não é por acaso a utilização, com frequência, da terminologia Ministério da Fazenda ou Secretaria da Fazenda para designar, respectivamente, o órgão despersonalizado da União ou do Estado responsável pela política econômica desenvolvida pelo Governo. O uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo; em Direito Processual, quando se alude à Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo do Poder Público em juízo, ou do Estado em juízo, ou do ente público em juízo, ou, ainda, da pessoa jurídica de direito público em juízo[1].

No mesmo íterim, Helton Kramer assim a conceitua:

Tradicionalmente o conceito "Fazenda Pública" é utilizado para designar a presença de pessoas jurídicas de direito público interno, como a União, Estados, DF e Municípios. Pelo teor do art. 41 do Código Civil, é possível perceber que dentro

deste conceito estará também englobada a Autarquia, Fundação e Agência Reguladora, que fazem parte da Administração Pública indireta. Estarão, a princípio, excluídas do conceito de Fazenda Pública a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista, uma vez que possuem personalidade jurídica de direito privado (art. 173 CF). A exceção seria da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), pois o Supremo Tribunal Federal que reconheceu sua equiparação ao status de Fazenda Pública, em razão de serviço público exclusivo (RE 225011). Quando a Administração Pública, ou qualquer uma de suas entidades, que possuam personalidade jurídica, ingressar em juízo, receberá a designação de Fazenda Pública. Isso legitimará, com base no princípio da supremacia do interesse público, a aplicação de certas prerrogativas processuais que não são aplicáveis aos particulares[2].

Ambos os conceitos doutrinários inferem que se deve entender por Fazenda Pública a presença do Poder Público em um dos polos, ou em ambos os polos, da relação jurídica processual.

Assim, estão abrangidos por este conceito as pessoas políticas (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), suas autarquias e fundações públicas e, à luz do entendimento jurisprudencial acima consignado, podem vir a ser qualificadas assim também empresas estatais prestadoras de serviço público.

As Fazendas Públicas são representadas em juízo por suas respectivas Procuradorias, a nível federal, estadual, distrital ou municipal, a teor do arts. 131 e 132 da Constituição Federal de 1988[3]. Nesse sentido, eis o Enunciado de Súmula nº 01, da Comissão Nacional da Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil:

Súmula 1 - O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988[4].

Corroborando este entendimento de uniformidade de representação, o Supremo Tribunal Federal já foi facejado com esta temática e, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 663696/MG, julgado em 28.02.20019 (que tratou da vinculação dos procuradores municipais ao teto constitucional de noventa inteiros

e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos ministros da Corte Suprema) foram externadas importantes considerações quanto à uniformidade de representação pela Advocacia Pública dos entes federados. Diante da sua relevância, transcreve-se o teor do Informativo nº 932, do Supremo Tribunal Federal, no particular:

A expressão "Procuradores", contida na parte final do inciso XI (1) do art. 37 da Constituição da República, compreende os procuradores municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria e em conclusão de julgamento, ao apreciar o Tema 510 da repercussão geral, deu provimento a recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de considerar-se como teto remuneratório dos procuradores municipais o subsídio dos desembargadores de tribunal de justiça (vide Informativo 821). O colegiado entendeu que o cerne da controvérsia está no alcance dado à expressão "procuradores", contida na parte final do inciso XI do art. 37 da CF. O termo "Procuradores", na axiologia do Supremo Tribunal Federal (STF), compreende os procuradores autárquicos, além dos procuradores da Administração Direta, o que conduz à compreensão de que os procuradores municipais também estão abrangidos pela referida locução. Assim, é inconstitucional a hermenêutica que exclua da categoria "Procuradores" os defensores dos municípios, que desempenhariam idênticas atribuições dos procuradores congêneres no âmbito da União, dos estados e do Distrito Federal. Desse modo, não haveria fundamento para referido discrimen entre os procuradores, o que resultaria em uma advocacia pública municipal cujo subteto fosse o subsídio do prefeito. Ao assim proceder, os procuradores municipais estariam sujeitos às mais diversas contingências políticas, distantes do subteto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF. Indubitável, portanto, que os procuradores municipais integram a categoria da advocacia pública a que a Constituição denomina de "funções essenciais à Justiça" e,

quanto ao teto remuneratório, devem estar sujeitos ao subsídio dos desembargadores dos tribunais de justiça estaduais. Por fim, o Plenário assentou que o constituinte não obriga os prefeitos a assegurarem ao seu corpo de procuradores um subsídio que supere o do chefe do Executivo municipal. Nos termos do art. 61, §1º, II, "c" (2), da CF, compete ao chefe do Poder Executivo municipal a iniciativa privativa de lei que discipline o regime de subsídio de seus procuradores. Dessa forma, cabe ao prefeito avaliar politicamente, diante das circunstâncias orçamentárias e da sua política de recursos humanos, a conveniência de permitir que um procurador de município receba mais do que o chefe do Poder Executivo municipal. Vencidos o ministro Teori Zavascki e a ministra Rosa Weber, que negaram provimento ao recurso, por entenderem não ser compatível com o princípio federativo submeter o teto de servidores municipais à fixação de remuneração do estado-membro[5].

3. PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Como dito, a característica de que a Fazenda Pública administra interesses públicos demanda que lhe sejam garantidos mecanismos e instrumentos processuais que bem permitam o exercício da defesa daqueles interesses.

Diga-se que não se resume a interesses da própria Administração Pública, mas da coletividade. É a célebre diferenciação entre interesse público primário e secundário, ambos aptos, entretanto, a subsidiar as prerrogativas processuais em tela:

O interesse público primário é aquele relacionado à satisfação das necessidades coletivas (justiça, segurança, bem comum do grupo social etc.), perseguido pelo exercício das atividades-fim do Poder Público, enquanto o interesse público secundário corresponde ao interesse individual do próprio Estado, estando relacionado à manutenção das receitas públicas e à defesa do patrimônio público, operacionalizadas mediante exercício de atividades-meio do Poder Público[6].

De efeito, o art. 183 do Código de Processo Civil assevera que:

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações

processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público[7].

Esta prerrogativa prevista no *caput* do dispositivo acima é a chamada dobra legal, que garante à Fazenda Pública a contagem dos prazos em dobro em todas as suas manifestações, sejam em reações defensivas, como contestações e impugnações, quanto para a interposição de recursos.

Não se olvide que os detentores desta prerrogativa processual têm o termo inicial prazal com o ingresso dos autos no setor administrativo do órgão[8].

Ainda, o próprio parágrafo segundo do dispositivo expressamente assevera que esta dobra de prazo não terá aplicação quando a lei estipular explicitamente um prazo próprio para o ente público. Por exemplo: o prazo para ajuizamento de embargos à execução em face da Fazenda é de 30 (trinta) dias úteis, nos termos do art. 910, *caput*, do Código de Processo Civil. Não há nesta hipótese a dobra do prazo para 60 (sessenta) dias.

Avançando, outra importantíssima prerrogativa processual disposta ao ente público é a intimação pessoal, nos termos do art. 183, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil.

Em tempos de processo judicial eletrônico, a intimação destes feitos virtuais dá-se no próprio portal do sistema eletrônico do respectivo Tribunal, consoante o art. 5º da Lei nº 11.419/2006.

Quanto aos efeitos eletrônicos inexistem dificuldades práticas a respeito, já que os autos estão (salvante as intercorrências do sistema) integral e constantemente à disposição para consulta das partes.

Situação diferente acontece com relação aos processos tramitantes em autos físicos, cujo acesso é naturalmente diferente do que ocorre com os processos eletrônicos.

Daí porque é necessária a intimação por carga ou remessa dos autos, para que a Procuradoria responsável pelo patrocínio dos interesses da respectiva Fazenda Pública tenha plenas condições de apreensão atos processuais praticados e do próprio feito como um todo.

4. A INTIMAÇÃO PESSOAL COM REMESSA DOS AUTOS FÍSICOS EM PROL DA FAZENDA PÚBLICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FAZENDÁRIOS

Sobre este tema, existem duas correntes em sentidos opostos.

A primeira defende a inaplicabilidade da prerrogativa processual fazendária sob o argumento de que não se compatibiliza com o espírito das Leis dos Juizados Especiais Fazendários, haja vista que sua adoção, na prática, terminaria por arrefecer o princípio da celeridade processual. Esta corrente já foi dantes acolhida por precedente do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS OCUPANTES DE CARGO DE PROCURADOR FEDERAL (ART. 17 DA LEI Nº 10.910/2004). INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS. CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LV, DA CRFB). ACESSO À JUSTIÇA (ART. 5º, XXXV, DA CRFB). SIMPLICIDADE DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO (ART. 98, I, DA CRFB). ART. 9º DA LEI Nº 10.259/01. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (...) 3. O rito dos Juizados Especiais é talhado para ampliar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB) mediante redução das formalidades e aceleração da marcha processual, não sendo outra a exegese do art. 98, I, da Carta Magna, que determina sejam adotados nos aludidos Juizados "os procedimentos oral e sumariíssimo", devendo, portanto, ser apreciadas cum grano salis as interpretações que pugnem pela aplicação "subsidiária" de normas alheias ao microsistema dos Juizados Especiais que importem delongas ou incremento de solenidades. 4. O espírito da Lei nº 10.259/01, que rege o procedimento dos Juizados Especiais Federais, é inequivocamente o de afastar a incidência de normas que alberguem prerrogativas processuais para a Fazenda Pública, máxime em razão do que dispõe o seu art. 9º, verbis: "Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato

processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos”. 5. Não se aplica aos Juizados Especiais Federais a prerrogativa de intimação pessoal dos ocupantes de cargo de Procurador Federal, prevista no art. 17 da Lei n.º 10.910/2004, na medida em que neste rito especial, ante a simplicidade das causas nele julgadas, particular e Fazenda Pública apresentam semelhante, se não idêntica, dificuldade para o adequado exercício do direito de informação dos atos do processo, de modo que não se revela razoável a incidência de norma que restringe a paridade de armas, além de comprometer a informalidade e a celeridade do procedimento. 6. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário[9].

Lado outro, a doutrina majoritária entende em sentido oposto, defendendo a aplicação desta prerrogativa processual do art.183 do Código de Processo Civil, sim, basicamente por dois motivos: respeito ao devido processo legal e porque este dispositivo do Código de Processo Civil se aplica normalmente aos Juizados Especiais Fazendários e suas Turmas Recursais por expressa previsão do art. 6º da Lei nº12.153/2009 (Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios), por força do art. 1.046, §4º, do atual Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 6º Quanto às citações e intimações, aplicam-se as disposições contidas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil[10].

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

(...)

§ 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código[11].

Este é, inclusive, o teor do Enunciado nº 29, do II Fórum nacional do Poder Público – Vitória/ES:

Aplica-se a intimação pessoal nos processos que tramitam sob o procedimento dos juizados especiais, conforme o art. 183, § 1º, do CPC.

O próprio Conselho Nacional de Justiça, no julgamento do pedido de providências nº 0008069-55.2017.2.00.0000, de relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Rogério Soares do Nascimento, de 02.03.2018, decidiu que esta prerrogativa processual fazendária deve, sim, ser observada no orbe dos Juizados Especiais Fazendários. Ante a sua colocação pedagógica, colaciona-se trecho do voto:

(...) Como se vê, o artigo é claro ao determinar que “a contagem terá início a partir da intimação pessoal”. Intimação pessoal essa que dependerá da forma dos autos do processo. Quando físico o processo a intimação se dará por carga ou remessa, e quando digital, por meio eletrônico. Reconheço que a Justiça Especial é regida pelos princípios da celeridade, economia processual e simplicidade, tal como ponderou o requerido, todavia, a leitura harmônica dos princípios regentes não pode afastar a aplicação da regra que é clara no sentido da imposição da intimação pessoal por carga à Procuradoria do Estado. Foi a vontade do legislador diferenciar o tratamento para atender às especificidades da defesa da Fazenda em Juízo, não há nenhuma ambiguidade. Interpretar de modo diverso significaria violar o princípio da separação dos poderes. (...) Ora, o princípio da especialidade impõe que não se aplique normas gerais ou de outras leis, tais como a Lei 9.099/95 e a Lei 10.259/01, quando há normativo específico tratando do funcionamento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Por fim, transcrevo o acórdão da decisão do próprio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que em sede correcional, ao se debruçar sobre o tema, entendeu, de igual forma, que a intimação pessoal por meio de carga aos procuradores do Estado em processos de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é medida que se impõe:

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL – CITAÇÕES E INTIMAÇÕES NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – ART. 6º, DA LEI N. 12.153/09 – EXPRESSA REMISSÃO AO MODELO DE CIENTIFICAÇÃO ESTABELECIDO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ART. 183, DO ATUAL CPC – INTIMAÇÃO

PESSOAL DAS FAZENDAS PÚBLICAS – IMPRESCINDIBILIDADE DE RESPEITO NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL – QUEBRA DA ISONOMIA PROCESSUAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO – MODELO DE CIENTIFICAÇÃO QUE NÃO REPERCUTE NOS PRAZOS ESTIPULADOS – CELERIDADE E SIMPLICIDADE – VALORES CONSTITUCIONAIS SALVAGUARDADOS – CORREIÇÃO PROVIDA.

- Nos estritos termos do artigo 6º, da Lei n. 12.153/09, “quanto às citações e intimações, aplicam-se as disposições contidas na Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”.

- Na medida em que a atual codificação processual civil expressamente estabelece a necessidade de intimação pessoal da Fazenda Pública acerca de todos os atos do processo (art. 183), o respeito ao comentado modelo procedimental de cientificação também no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é medida que se impõe.

- Expressamente positivada pela aplicação conjunta das normas acima referidas, a intimação pessoal da Fazenda Pública não representa benefício odioso contrário os escopos constitucionais vigorantes (celeridade e simplicidade), pois somente implementa maior grau de certeza na cientificação das manifestações e tramitações judiciais, sem alterar os equivalentes prazos processuais indistintamente estipulados às partes.

- Em consequência, não se afigura vislumbrada qualquer incompatibilidade formal ou material do disposto no artigo 6º, da Lei n. 12.153/09, com a realidade normativa constitucionalmente estabelecida, mesmo com a incidência conjunta com o novel artigo 183, do CPC. - Correição parcial provida. Assim é que, julgo procedente o pedido para, com fundamento no artigo 6º da Lei 12.153/09 c/c artigo 183 do CPC, determinar que o Juizado Especial e à Turma Recursal de Teófilo Otoni passe a fazer as citações e intimações da Fazenda pública por meio de cargo ou remessa dos autos,

quando físicos. Intime-se. À Secretaria Processual para as providências cabíveis. Brasília, DF, data registrada em sistema.

CONSELHEIRO ROGÉRIO SOARES DO NASCIMENTO

Relator[12]

Com razão esta decisão.

A interpretação sistemática das normas de regência não permite conclusão distinta.

Negar esta prerrogativa processual, sob a alegação genérica de que não se compatibiliza com o a celeridade própria do rito dos Juizados, nada mais é do que negar a vigência de uma norma com conteúdo definidor expresso através de procedimento de acrobacia hermenêutica.

4. CONCLUSÃO

O cotejo dos elementos componentes deste cenário revela que a Fazenda Pública faz jus, sim, às intimações pessoais, por meio de carga ou remessa, nos autos dos processos físicos que tramitarem nos Juizados Especiais Fazendários, tendo em vista a prerrogativa processual de que dispõe, por força do art. 183 do Código de Processo Civil.

Uma interpretação isolada e estanque das Leis nº 10.259/2001 e nº 12.153/2009, afastada da própria noção de que esta prerrogativa processual é sobremaneira relevante para a própria administração do interesse público, é medida que não se compatibiliza com o devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DE DEUS, João de. Direito Administrativo. 3º Ed. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0008069-55.2017.2.00.0000. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/Processo/ConsultaProcesso> . Acesso em: 20 dez. 2019.

_____. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 24 de dez. de 2019.

_____. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 24 de dez. de 2019.

____. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Súmula nº 01 da Comissão de Nacional da Advocacia Pública. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2012/11/13/8350>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 932. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 de dez. de 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KRAMER, Helton. *Advocacia Pública em Ação*. 4º Ed. Salvador: JusPodvm, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3º Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. 9º Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOTAS:

[1] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 31.

[2] KRAMER, Helton. **Advocacia Pública em Ação**. 4º Ed. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 21.

[3] MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3º Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 77.

[4] CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Súmula nº 01 da Comissão de Nacional da Advocacia Pública. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2012/11/13/8350>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 932. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 de dez. de 2019.

[6] ALEXANDRE, Ricardo; DE DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3º Ed. São Paulo: Método, 2017, p. 98.

[7] BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 24 de dez. de 2019.

[8] NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. 9º Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 442.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 648629, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2013. Disponível em: stf.jus.br. Acesso em 23 de dez. 2019.

[10] BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 24 de dez. de 2019.

[11] BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 24 de dez. de 2019.

[12] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0008069-55.2017.2.00.0000. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/Processo/ConsultaProcesso> . Acesso em: 20 dez. 2019.

A APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA DE BEM MÓVEL, AINDA QUE NÃO LOCALIZADO, E A INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO.

LEONARDO TOSCANO DE BRITO:

Advogado da União. Consultor Jurídico da União no Estado do Acre.

Resumo: O presente artigo visa trazer luz às hipóteses de interrupção da prescrição intercorrente. Eis que, as causas de interrupção da prescrição estão textualmente previstas no Código Civil e noutros diplomas normativos. Aqui, no entanto, busca-se demonstrar como o comportamento do executado, ainda que não tipificado como causa interruptiva, acaba por representar ofensa à cooperação, de sorte que, praticado o ato lesivo, não pode prosperar a alegação de ocorrência do lapso prescricional, sob pena de cometimento de comportamento contraditório, verdadeiro exemplo de *venire contra factum proprium*.

A análise, sob essa ótica, nos levará à conclusão de que, o comportamento de apresentar bem à penhora, mesmo em não sendo este localizado, e portanto, não se perfeccionando a constrição, esse fato deve ser considerado como causa interruptiva da prescrição, sob pena de se estar premiando a conduta omissiva e desleal do executado. Vamos à leitura.

Palavras-chave: Direito Civil E Processual Civil. Execução. Apresentação Espontânea De Bem. Penhora. Não Localização. Inefetividade Da Constrição. Ofensa Ao Princípio Da Cooperação E À Lealdade Processual. Alegação De Prescrição. Comportamento Contraditório. Venire Contra Factum Proprium. Causa Interruptiva Supralegal Da Prescrição.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Princípios inovadores do Código de Processo Civil. 2.2. A prescrição no Código Civil. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

O novo processo civil, muito além do sincretismo introduzido no âmbito procedimental, ou seja, fazendo deixar de ser a execução um “processo novo”, mas sim uma fase umbilicalmente ligada à satisfação do bem da vida a ser assegurado, trouxe à luz diversos princípios, dentre eles o da cooperação, eticidade, boa-fé, entre outros.

2. Desenvolvimento

2.1. Princípios inovadores do Código de Processo Civil

Segundo a doutrina brasileira tais princípios foram importados do Direito Europeu, especialmente o **princípio da cooperação** (ou da colaboração), segundo o qual o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular (entre o juiz e as partes), e foram introduzidos expressamente nos art. 5 e 10 do CPC^[1], *in verbis*:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Vozes de renome no cenário processual apontam que o NCPC buscou dar maior efetividade à execução, priorizando o direito do credor, oportunizando ao juízo um conjunto de medidas, inclusive, atípicas, a exemplo da dicção do art.139, IV, em favor do adimplemento do débito, vejamos:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Para alguns doutrinadores, medidas como suspensão de CNH, recolhimento de passaporte, cancelamento de cartões de créditos, entre outras, seriam medidas que, analisadas no caso concreto, acaso não ofendam ao direito à liberdade e dignidade, podem ser aplicadas como medida coercitiva.

O professor Araken de Assis^[2] defende, inclusive, como medida atípica, a prisão do devedor, citando, para reforçar sua tese, a grande efetividade das execuções alimentícias, vejamos:

“(…) É preciso que se introduza, entre nós, o *Contempt of Court*. A possibilidade de o juiz decretar a prisão do executado, caso ele desobedeça às determinações judiciais, constitui o meio mais rápido e eficiente de assegurar o êxito

do processo executivo. O sucesso da execução de alimentos salta à vista”.

Essas inovações normativas, em verdade, representam a busca do equilíbrio entre o direito do credor em ser adimplido, e o do devedor em a execução lhe ser pelo meio menos gravoso. Para o professor Flávio Yarshell^[3], tais medidas não são novidade no direito pátrio, visto que já estavam contempladas no Código de Processo Civil de 1973:

“O emprego de medidas que se enquadram nessa segunda categoria está longe de ser uma novidade no direito positivo brasileiro. Para não falar nas “medidas de apoio” trazidas pelo § 5º do art. 461 do CPC/73 (que encontram correspondência nos artigos 297 e 536, § 1º do diploma vigente), referentes às obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, mesmo nas obrigações pecuniárias a técnica coercitiva ou indutiva já era – e continua a ser empregada. Assim se verifica nas obrigações alimentares, mediante a ameaça de prisão, ainda que relativamente limitada. Mesmo como regra geral, a multa de dez por cento (10%) prevista pelo art. 475-J do CPC/73 e repetida pelo art. 523, § 1º do CPC/15 não deixa de ter aquela função, na medida em que busca estimular o devedor a adimplir. Além disso, ainda na vigência do CPC/73.

2.2. A prescrição no Código Civil

Pois bem, demonstrado esse panorama inaugural do sistema executivo, levado a efeito para dar maior adimplemento do crédito, temos que ter em mente que sua cobrança somente se opera acaso ainda não tenha havido a prescrição. Referido instituto, embora de direito material, irradia consequências para o âmbito do direito processual^[4].

A prescrição representa, na ótica do Novo Código Civil^[5], a perda do direito à pretensão. Nesse sentido, muito embora o direito em si permaneça hígido, à exemplo da existência de um débito, uma vez prescrito, não será mais possível cobrá-lo pela via judicial, restando ao credor o pagamento espontâneo e voluntário pelo devedor.

Mencionado instituto, portanto, objetiva dar segurança jurídica às relações, pacificando conflitos, servindo também como sanção àquele credor que se

manteve inerte ou omissa, aplicável velho brocardo jurídico de que "*dormientibus non succurrit jus*", ou seja, o direito não socorre a quem cochila.

Na espécie, o Código Civil estabelece ao menos 02 (dois) tipos de prescrição, a saber, a prescrição da pretensão executória ou de cumprimento de sentença (também denominada de prescrição intertemporal) e a prescrição intercorrente, que é aquela que ocorre no âmbito do processo judicial.

A denominada prescrição da pretensão executória ou de cumprimento de sentença se caracteriza como o decurso do prazo entre a finalização do processo de conhecimento e o início do processo executivo. Na espécie, segundo entendimento sumular 150 do STF: "*Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*".

No julgamento o REsp.1.419.386/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, fixou-se o entendimento de que o prazo de prescrição da pretensão executória flui a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, que é o último ato do processo de conhecimento:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DE REPARAÇÃO CIVIL. SÚMULA 150/STF. DIREITO INTERTEMPORAL. ACTIO NATA. CC/16. PRAZO VINTENÁRIO. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA.

1. A pretensão do cumprimento de sentença é a mesma pretensão da ação de conhecimento. Não há uma nova pretensão executiva que surge na data do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedente da 4ª turma.
2. O momento em que nasce a pretensão de reparação civil (teoria da actio nata) é o critério para definir a legislação do prazo prescricional aplicável à hipótese. Incidência da Súmula 150/STF.
3. O prazo da prescrição da execução flui a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.
4. Na hipótese, a pretensão de reparação civil surgiu antes da entrada em vigor do CC/02, incidindo o regime jurídico do CC/16 para contagem do prazo prescricional do cumprimento de sentença.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1419386/PR, relatora ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/16, DJe 24/10/16)

Nessa senda, o autor da demanda inaugural deve, no prazo relativo ao direito que possui, dar andamento ao processo executivo – cumprimento de sentença-, sob pena de ver o seu direito prescrever.

Noutro vértice, temos a prescrição intercorrente, a qual, diferentemente da primeira, ocorre no bojo do processo executivo já iniciado. Aqui, uma vez proposta a execução, compete ao exequente dar o devido impulso ao processo, sob pena do seu direito se esvaír pela sua inação. Neste sentido, o E. Ministro Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do REsp. 1.604.412/SC, pontuou que:

"a prescrição intercorrente é meio de concretização das mesmas finalidades inspiradoras da prescrição tradicional, guarda, portanto, origem e natureza jurídica idênticas, distinguindo-se tão somente pelo momento de sua incidência. Por isso, não basta ao titular do direito subjetivo a dedução de sua pretensão em juízo dentro do prazo prescricional, sendo-lhe exigida a busca efetiva por sua satisfação."³

No que toca à prescrição intercorrente, dentro do processo, portanto, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado 264 de sua Súmula com o seguinte teor:

"Verifica-se a prescrição intercorrente pela paralisação da ação rescisória por mais de 5 anos"

No caso, a prescrição encontra seus prazos encartados no artigo 205 e seguintes do Código Civil de 2002, sendo que, o próprio diploma civilista, no art. 202 enumera diversas hipóteses de interrupção da prescrição. Confira o dispositivo na íntegra:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Eis que, não raro, os devedores se esquivam diuturnamente à efetivação da execução utilizando-se muitas vezes de expedientes ilegais, dissipando assim o patrimônio, a exemplo da fraude à execução, fraude contra credores, exigindo do ordenamento jurídico o aperfeiçoamento dos seus institutos, a exemplo da desconsideração da personalidade jurídica, inversa, reflexa, entre outros.

A questão jurídica trazida à baila diz respeito à existência de causas de interrupção da prescrição além do art. 202, VI do CC/02, especialmente em ocorrendo má-fé do executado.

O caso a ser analisado diz respeito à possibilidade de um bem, oferecido à penhora pelo devedor, não ser localizado para efetivação da constrição, se tal fato, por si só, pode ser considerado ato de má-fé, e portanto, hábil a autorizar a interrupção da prescrição.

Pois bem, a oferta de bens é mais do que uma faculdade, é um dever do executado, afinal, a ocultação de patrimônio é considerada como ato atentatório à Justiça, nos termos do art. 774, V, do CPC, senão vejamos:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, **não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora** e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. (grifo nosso)

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

Há de se questionar, assim, se a mera indicação do bem, sem que tenha havido a sua efetiva constrição, a exemplo de um veículo automotor não localizado, é suficiente para interromper a prescrição.

Em sede de Repetitivo no Resp 1.340.553, quando do julgamento de causa relativa à prescrição intercorrente tributária, decidiu o STJ^[6]:

3) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens.

Ocorre que, muito embora a matéria de fundo seja tributária, a leitura do julgado nos leva a crer que o Tribunal da cidadania somente entendeu como causa de interrupção da prescrição a **penhora efetivada**, não cumprindo esse requisito a mera indicação, sem a correspondente constrição pelo oficial de justiça.

No entanto, passou ao largo a discussão quanto ao ônus de apresentar o bem, livre e desembaraçado, que na espécie é do executado, arcando este com as consequências de eventual não localização do bem.

Nessa esteira, no mínimo, a apresentação de bem à penhora pelo executado deve ser interpretada como reconhecimento da dívida, com esteio no art. 202, VI, do CC/02. *Nesse sentido:*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. DECISÃO QUE RECONHECE PRESCRIÇÃO PARCIAL DO DÉBITO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENCAMINHADA PELO CREDOR AO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE RECONHECIMENTO DO

DIREITO AO CRÉDITO PELO EXECUTADO. **ART. 202, VI, DO CÓDIGO CIVIL. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NÃO EFETIVADA.** TRANSCURSO DO QUINQUÊNIO LEGAL. ART. 206, § 5º, I, DO CC. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **"A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 202, VI, do Código Civil, firmou entendimento no sentido de que a interrupção da prescrição depende da prática de ato inequívoco de reconhecimento do direito pelo devedor"** (STJ, AREsp. n. 1.070.832/SP, Quarta Turma, rel. Min. Lázaro Guimarães, DJe de 13.10.2017).

(TJ-SC - AI: 40023727820188240000 Orleans 4002372-78.2018.8.24.0000, Relator: Sebastião César Evangelista, Data de Julgamento: 13/09/2018, Segunda Câmara de Direito Civil)

Em não sendo essa a interpretação, estaremos a premiar a prática de um ilícito processual, **atentatório à justiça**, em ofensa à **cooperação processual, e, capaz de lesar o direito da parte adversa, senão vejamos as explicações abaixo.**

O Prof. Humberto Theodoro Júnior^[7] **assim expõe em caso intitulado "PRESCRIÇÃO E PRECLUSÃO. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO POR ATO DO DEVEDOR. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.**

(AVALIAÇÃO DE UM CASO CONCRETO)" :

A configuração da litigância de má-fé decorre de infração praticada, sobretudo, contra os deveres éticos que não podem ser ignorados na função social do devido processo legal. Não seria um processo justo aquele que deixasse de exigir dos participantes da relação processual a fidelidade à boa-fé, à veracidade, ao uso regular das faculdades processuais e aos fins privados e sociais da lei. Todos os incisos do art. 80 correspondem a quebras do princípio da boa-fé no domínio do processo.

Assim, a pretexto de se defender, não é permitido ao litigante deduzir pretensão que, prima facie, vai de encontro à literalidade da lei ou ao fato de que, nos autos, se revela juridicamente grave; quando, enfim, a parte, de forma intencional, mente acerca dos fatos que irão influir de maneira decisiva na solução judicial do litígio. A infração

do dever de veracidade, nessa perspectiva, é punida sempre que, maliciosamente, a parte falseia a verdade para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa, seja na descrição manipulada dos fatos fundamentais do pedido (objeto do processo), seja na inovação deformada de citações doutrinárias e jurisprudenciais, seja mesmo na deturpação de depoimentos ou documentos dos autos, a exemplo do que se prevê no art. 34, XIV, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994).

Assim, independente de determinado bem ter sido efetivamente penhorado, é de se concluir que sua indicação à penhora pelo executado representa nitidamente um comportamento de reconhecimento do débito, apto a ensejar a interrupção da prescrição.

Fosse outro o entendimento, o executado seria beneficiado ao praticar ato que demonstra deslealdade processual (dolo), eximindo-se de apontar bens que realmente sejam passíveis de penhora, ou falseando sua verdadeira localização.

Não bastasse, o princípio *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, significa pura e simplesmente que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, o que traduzindo para a aplicação fática, conforme se impõe em todas as searas do direito e até da vida em sociedade, significa que nenhuma pessoa pode fazer algo incorreto, praticar um ato ilícito, ou descumprir uma regra de conduta imposta pelas normas legais, e depois alegar tal conduta em proveito próprio.

Por certo, o ato de nomear ao juízo um bem à penhora exige, como consectário, a indicação da sua correta e precisa localização. Assim sendo, o descumprimento ou infração de um dos deveres anexos à indicação da penhora não pode gerar benefício positivo ao executado, pelo contrário, representa, em última análise, além de expressa confissão da dívida, ato atentatório à Justiça, penalizável na forma do art. 774, V, do CPC.

Mister pontuarmos que, deixar de interpretar o ato exemplificativo dado como de interrupção da prescrição, autoriza que, por ato doloso, o exequente desperdice valioso tempo em busca da localização de um bem, podendo sofrer os influxos negativos da prescrição intercorrente, em andamento.

Assim, o ato de indicar bem não localizável traz grande prejuízo ao exequente, beneficiando o executado, a ponto deste, em evidente má-fé, tentar se socorrer da alegação de prescrição intercorrente, o que tem sido rechaçado pelo STJ, vejamos julgados a tratar do tema, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. DEFEITO NA REPRESENTAÇÃO. ARGÜIÇÃO DA NULIDADE POR QUEM LHE DEU CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. **O art. 243 do CPC impede que o responsável pela nulidade do processo postule sua decretação. Por isso, não é lícita - mas condenável - a atitude da parte que argúi a nulidade do processo com base em vício na própria representação processual**" []. (REsp 685.744/BA, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 29/06/2007, p. 580) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RATIFICAÇÃO NECESSÁRIA - REsp 776.265/SC - FALHA DO ATO INTIMATÓRIO - ARGÜIÇÃO EM MOMENTO IMPRÓPRIO - PRECLUSÃO - APONTAMENTO DE NULIDADE PELA PRÓPRIA PARTE QUE A DEU CAUSA - IMPOSSIBILIDADE - ART. 243 DO CPC - ADMISSIBILIDADE RECURSAL - JUÍZO FUNDADO NOS REQUISITOS DA LEI. [] **4. Incabível a alegação de intempestividade do recurso interposto pela própria parte, pois a ninguém é admitido valer-se da própria torpeza.** [] (AgRg no Ag 865.840/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 11/06/2008) (grifo nosso)).

3. CONCLUSÃO

A falta de ética e cooperação não pode ser premiada pelo Poder Judiciário com o reconhecimento da prescrição intercorrente. Nas palavras de MARINONI, "*trata-se de proibição de evidente sentido ético: prestigia a confiança e concretiza a boa-fé no processo*"^[8].

Assim sendo, resta evidente, ainda que não considerado o argumento de má-fé do executado, que a apresentação ESPONTÂNEA de bem à penhora, corresponde a verdadeiro reconhecimento de dívida, capaz, portanto, de gerar como efeito a interrupção da prescrição, ainda que o bem não tenha sido localizado e objeto efetivo de constrição.

4. REFERÊNCIAS

1. **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 02/11/2019.

2. **ASSIS**, Araken. **Execução Forçada e Efetividade do Processo**. Disponível para acesso em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_01_07.pdf. Acesso em 04.09.2019.
3. **RODRIGUES DE MELLO**, Vitor Gomes. **Medidas atípicas na execução de quantia e o Contempt of Court: da efetividade e dos limites na sua aplicação**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI300358,51045-Medidas+atipicas+na+execucao+de+quantia+e+o+Contempt+of+Court+da>, Acesso em 13/09/2019.
4. **MACHADO**, Eduardo Montalvão. **Prescrição na execução: prescrição da pretensão executiva e prescrição intercorrente**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI287684,11049-:Prescricao+na+execucao+prescricao+da+pretensao+executiva+e+prescricao>. Acesso em 13/09/2019.
5. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 13/09/2019.
6. STJ define tese sobre prescrição intercorrente que afetará mais de 27 milhões de processos. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI287404,21048-STJ+define+tese+sobre+prescricao+intercorrente+que+afetara+mais+de+27>. Acessado em 08/11/2019.
7. **THEODORO JR.**, Humberto. Parecer – Prescrição e preclusão. Interrupção da prescrição por ato do devedor. Litigância de má-fé. (Avaliação de um caso concreto). Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/06/30/revista-forense-429-parecer-prescricao-preclusao/>. Acessado em 07/11/2019.
8. **MARINONI**, Luiz Guilherme e **MITIDIERO**, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 239.

NOTAS:

[1] Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 02/11/2019.

[2] **ASSIS, Araken. Execução Forçada e Efetividade do Processo.** Disponível para acesso em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_01_07.pdf. Acesso em 04.09.2019.

[3] **RODRIGUES DE MELLO, Vitor Gomes. Medidas atípicas na execução de quantia e o Contempt of Court: da efetividade e dos limites na sua aplicação.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI300358,51045-Medidas+atipicas+na+execucao+de+quantia+e+o+Contempt+of+Court+da>, Acesso em 13/09/2019.

[4] **MACHADO, Eduardo Montalvão. Prescrição na execução: prescrição da pretensão executiva e prescrição intercorrente.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI287684,11049-:Prescricao+na+execucao+prescricao+da+pretensao+executiva+e+prescricao>. Acesso em 13/09/2019.

[5] **Código Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 13/09/2019.

[6] STJ define tese sobre prescrição intercorrente que afetará mais de 27 milhões de processos

Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI287404,21048-STJ+define+tese+sobre+prescricao+intercorrente+que+afetara+mais+de+27>. Acessado em 08/11/2019.

[7] THEODORO Jr., Humberto. Parecer – Prescrição e preclusão. Interrupção da prescrição por ato do devedor. Litigância de má-fé. (Avaliação de um caso concreto). Disponível em

<http://genjuridico.com.br/2019/06/30/revista-forense-429-parecer-prescricao-preclusao/>. Acessado em 07/11/2019.

- [8] **MARINONI**, Luiz Guilherme e **MITIDIERO**, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 239.

MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO CRIMINAL

WENDELL MIKAEL ARAUJO SANDESKI:

Bacharelado em Direito.

PAULO RANGEL DE ARAÚJO LIMA

ROBERTO DA COSTA YAGE

(Coautores)

RESUMO: O presente artigo tem como discussão a morosidade que percorre a prestação jurisdicional da justiça no âmbito criminal fazendo considerações e levantamentos deste tema atual, sem, contudo, esgotá-lo. Neste sentido, foi necessário adentrar em um estudo mais aprofundado das causas que levam o poder judiciário, em uma perspectiva geral, tardar para punir infratores e tutelar direitos indisponíveis que são violados a cada dia, sem contudo obter amparo célere do estado. O Poder judiciário devido ao grande crescimento de demandas, principalmente no âmbito da justiça criminal, tem se tornado ineficiente, demorando julgar causas, e conseqüentemente tardando em efetuar a pretensão punitiva e executória. Com esta morosidade, cada vez mais os crimes prescrevem sem a punição dos culpados. Destarte, neste artigo, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo partindo de premissas gerais para chegar ao particular. Enquanto método de procedimento, foi utilizado o do comparativo, que consiste no confronto de elementos, levando em consideração suas semelhanças e diferenças. Também, serão observados as causas e efeitos que a morosidade desta prestação ocasiona no mundo jurídico e fático em âmbito criminal.

Palavras-Chaves: Prestação Jurisdicional. Morosidade. Justiça Criminal. Prescrição.

ABSTRACT: This article discusses the length of time that the judicial provision of justice in the criminal context, making considerations and surveys of this current subject, without, exceeding, exhausted. In this sense, it was necessary to go into a deeper study of the causes that lead to the judiciary, in a general perspective, late to resolve conflicts and protect unavailable rights that are violated every day, without using the religious comparator of the state. The judiciary, here understood as the state, due to the great growth of the demand, especially in the area of criminal justice, become inefficient, collapse causal causes and, consequently, delay the use of punitive and enforceable claim. With this slowness, more and more crimes prescribe without punishment of the guilty. Therefore, in this article, use as a method of approach or deduction (part of general assumptions for specific information). As a method of procedure, it makes use of comparative, which does not involve confrontation of elements, considering their similarities and differences.

Also, will be observed as causes and effects that, the delay of this provision, occasionally in the legal and physical world.

Keywords: *Jurisdictional Performance. Delay. Criminal Justice Prescription.*

Sumário: 1- Introdução. 2- Causas da morosidade da prestação jurisdicional no âmbito criminal. 3- O principal efeito da morosidade da prestação jurisdicional no âmbito criminal. 4- Reforma do judiciário. 5- Considerações Finais. 6- Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Estado possui como funções a atividade legislativa, executiva e judiciária. Para esta última, designou Órgãos compostos de juízes, de desembargadores e serventuário da justiça que são que atuam na realização da atividade judiciária, como responsável pela solução dos conflitos sócio jurídicos. Nesse sentido, é utilizado o processo, que é uma sequência lógica e ordenada de atos e, por assim ser, trata-se de um instrumento mediante o qual se procura solucionar os conflitos de interesses, bem como, efetivar das leis materiais.

Essa efetividade passou a surgir quando o estado virou titular do *jus puniendi* e começou a intervir nas relações conflituosas. Desse modo, chegou-se à justiça e ao meio pelo qual nós temos para a resolução das lides e conflitos, a qual está em adaptação constante para que possa ser justificada da melhor forma possível dentro de um tempo razoável. De acordo com Capez (2012), o *Jus puniendi* é uma expressão latina que pode ser traduzida como direito de punir do Estado, referindo-se ao poder de sancionar do Estado, que é o "direito de castigar", é uma expressão usada sempre em referência ao Estado frente aos cidadãos.

Tomando essa linha, o Estado assumiu a responsabilidade de punir os infratores a fim de se chegar a uma justiça justa e célere sem ferir os direitos humanos. É neste ponto, da celeridade, que o estado tem se tornado ineficiente levando muitos crimes a prescreverem sem punição. O titular do *Ius Puniendi* tem o dever pela aplicação da sanção devida e rápida aos infratores, saciando o desejo da sociedade em ver seus direitos tutelados e garantidos.

Conforme Fernando Nogueira da costa (2013 p. 45) "[...] desta forma o Estado passou a monopolizar o poder de punir, o jus puniendi estatal pode operar como instância de poder público capaz de resolver o conflito criminal de forma institucional, racional, previsível, formalizada, eficaz e igualitária, com criterioso

respeito às garantias individuais. Essa discussão nos leva a pensar aos alicerces ideológicos e sucessivos, moldando um Estado absoluto, liberal e intervencionista. Era o Estado do "deixe fazer" ou "laissez-faire[...]". Assim, toda e qualquer demora na prestação jurisdicional no âmbito do estado, independente da matéria, é de responsabilidade do estado que tomou pra si tal atribuição, uma vez que para direitos indisponíveis não há uma justiça privada.

O Estado, como titular do direito de punir, conta com um importante mecanismo para obtenção de garantias: o processo. De nada adianta um ordenamento jurídico recheado de normas programáticas que exaltam o bem-estar e a dignidade humana, como o nosso, se a ferramenta que possibilita o acesso a tais normas ou é corrompida ou é ineficaz. Por isso, se faz necessário o Direito processual, que vai além do senso comum, muito além de um fim em si mesmo, pois atua como base e sustentação de todo ordenamento que o rodeia. Desta maneira o Estado, através do processo e da celeridade processual, além de serem ferramentas para uma fiel execução, devem andar lado a lado para dirimir as questões que chamou para si, não deixando que a demora possa trazer injustiças. Apesar de ser uma grande ferramenta, sem celeridade no manejo, de nada adianta.

Para o tratamento da morosidade criminal é necessário inicialmente reportar-se ao Código Penal e ao Código do Processo Penal. Esses documentos legislativos descrevem os procedimentos e as formalidades que devem ser seguidos na condução de um processo, tipificam os crimes, regulam todas as fases pelas quais deve passar a apuração das responsabilidades e como deve operar o julgamento do ponto de vista formal, assim como determinam prazos para o cumprimento das providências e dos atos do processo. Com base nesses instrumentos formais, desenhou-se o organograma do fluxo do sistema de justiça criminal, desde o registro da ocorrência policial até a sentença judicial.

2 CAUSAS DA MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO CRIMINAL

O Judiciário é uma instituição de importância central na construção de sociedades democráticas. Na maioria dos países latino-americanos que transitaram de regimes militares e autoritário para a democracia, ao longo das décadas de 1980 e 1990, o judiciário atuou como ator vital na garantia e na consolidação desses novos regimes, na medida em que se assegurou a eficácia do Estado de Direito e se impôs como *locus* privilegiado de resoluções de conflitos que surgissem no âmbito da Sociedade, da Economia e no mundo da política de negócios (Gonçalves,2015).

Um das causas que muitos estudiosos apontam como propagador desta morosidade é a famosa judicialização da política. Sabe-se que existe um excesso de legislação e que muitos textos legais não são coerentes uns com os outros, ocasionado uma espécie de inflação legislativa. Essa deficiência do Legislativo provocou o Judiciário, a ponto que este se vê obrigado a tomar atitudes mais enérgicas como, por exemplo, dar às leis existentes um sentido de justiça, para que elas cumpram mais do que fins meramente políticos. Além disso, o Poder Judiciário tem dever de trazer respostas para os conflitos, respostas justas que satisfaçam às demandas da sociedade. O poder judiciário passou a ser um legislador de lacunas, buscando sedimentar precedentes para dar uma resposta a algo que não está amparado por lei material.

Ademais, também temos como causa, o longo intervalo que percorre desde o registro policial, passando pelos procedimentos investigatórios e pelos detalhados procedimentos judiciários que contemplam o contencioso entre acusação e defesa, até se chegar à sentença decisória, que de forma abrupta contribui para a indeterminação da responsabilidade levando o estado a descrédito. A morosidade não está entrelaçada somente na fase judicial, mas também na fase inquisitiva, onde **por incrível que pareça, não há um banco de dados centralizado que possa fornecer esse número**. Além disso, ele não representaria a realidade, porque muitas vítimas não registram boletim de ocorrência.

Outrossim, cabe destacar que a intervenção judicial nas perseguições penais é lenta e prevê incontáveis possibilidades de recursos criminais que retardam decisões, estes recursos protelatórios têm um único objetivo o de alcançar algumas das diversas modalidades de prescrição penal existente no Brasil, descritas e reguladas nos artigos 109 a 118 do Código Penal elas se transformaram hoje em sinônimo de impunidade.

No que se refere aos recursos, segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referente ao período de 1º.01.2009 até 19.04.2016, foram apresentados 25.707 recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, o percentual de recursos acolhidos foi de 2,93%, abrangendo tanto os recursos providos em favor da defesa quanto da acusação (BARROSO, 2019, HC 152.752).

Quando se verifica o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, observa-se que o número cai para 1,12%, já o percentual de absolvições os números reduzem ainda mais levando um total de 0,035% dos casos. Vale dizer que em mais de 25 mil recursos extraordinários, houve tão

somente 9 (nove) casos de absolvição. Os outros casos de provimento se referiam à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa (o que é relevante, pois afeta a liberdade), mudança de regime, progressão de regime, dosimetria e prescrição. Então é notório que os institutos dos recursos no âmbito criminal se aproveitam da lentidão do poder judiciário a fim de que tarde a punição do estado, bem como a busca da prescrição do que é imputado (BARROSO, 2019, HC 152.752).

Além disso, o acúmulo de processos e às singularidades burocráticas de uma sociedade como a brasileira tem se tornado umas das causas desta morosidade. Hodiernamente é o próprio corpo jurídico, ou seja, os próprios prazos processuais e a quantidade de recursos existentes que contribuem para isso. Em qualquer doutrina, parecer, tratado, o ordenamento jurídico é posto como o vilão da situação, sendo exposto à crítica social através da mídia como o único contribuinte à morosidade.

Contudo, verifica-se que essa burocracia processual desperta um descrédito muito grande em relação ao Poder Judiciário. O desprestígio do Poder Judiciário é um mal que corrói qualquer Estado de direito e compromete desde a cidadania até os altos interesses econômicos do país. Por outro lado, é necessário observar que o excesso de trabalho na Justiça, antes de tudo, poderá estar relacionado à desproporção entre os meios materiais e humanos, em qualidade e quantidade e os níveis de litigiosidade que caracterizam o nosso tempo, em que o próprio Estado é o maior responsável por boa parte dessas querelas.

Desta feita, podemos observar como uma causa forte a falta de servidores no Poder Judiciário provocando a lentidão processual e conseqüentemente atrasando o direito do Estado em punir como guardião do direito positivado. Além desta hipótese há também a pouca estrutura para tal demanda, refletindo assim de forma direta no âmbito da pretensão punitiva de forma que retarde o processo o que gera a prescrição em diversos crimes no âmbito criminal. A desestrutura judiciária, a qual sem sombra de dúvida, é uns dos fatores que contribuem com a morosidade. A realidade dos órgãos judiciais, principalmente os de 1º grau é crítica e insustentável. Servidores, assessores e estagiários precisam de mais instrumentos, que são escassos, bem como se vêm à frente da inundação de processos, para cumprir prazos e cobranças.

Diante disso, há também outra causa, estão colocando ênfase na logística e esquecendo da parte administrativa, acabam que frustrando a eficiência daqueles que de forma constitucional pretendem fazer valer dos seus direitos e por motivo da ineficiência funcional e na demora nos julgamentos dos seus processos. Há, contudo, outras inúmeras causas, que levam esta morosidade, como por

exemplo: o papel do **juiz na condução do processo a fim que ele dê o trato rápido e necessário, a litigante de má-fé** por partes dos sujeitos do processo que muitas das vezes, com o intuito meramente protelatórios, encharcam o processo de manifestações entre outras causas.

3 O PRINCIPAL EFEITO DA MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO CRIMINAL

A morosidade da prestação jurisdicional no âmbito criminal tem frustrado o direito, dado descrédito ao Poder Judiciário e afrontado os indivíduos. A demasiada demora na punição como forma de garantia é certamente um dos maiores, senão o maior dos dissabores experimentados por aqueles que recorrem ao Judiciário. A morosidade na prestação da tutela jurisdicional acaba por aplicar as partes vários prejuízos que não se resumem aos materiais, eis que por muitas vezes acabam por experimentar também os prejuízos psicológicos.

Não há dúvidas que o maior efeito, inclusive catastrófico, dessa morosidade é a impunidade. No qual devido a esta mora o instituto da prescrição atingi vários crimes. No Brasil a prescrição penal prevista no Código Penal brasileiro[1] subdivide-se basicamente em prescrição da pretensão punitiva e da executória, estabelecendo um limite razoável entre o início do processo e o seu fim com a sentença e, posteriormente, após o trânsito em julgado, para então ser executada. Para que isso ocorra, é necessária que várias mudanças sejam feitas.

Não é justo para as vítimas e para a sociedade civil, que num sistema onde as partes utilizam os recursos processuais para conseguir a prescrição, nada seja feito. É um direito das vítimas e de seus familiares que as pessoas que lhes tenham prejudicado sejam levadas a um julgamento pelo Estado.

Atualmente os casos de prescrição em nosso país são alarmantes, no voto do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, no HC do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva[2]. Trouxe informações que, no período de dois anos recentes em que ele pesquisou os processos em seu gabinete, havia 830 ações penais que desaguaram em extinção da punibilidade por prescrição. No mais, em uma pesquisa artesanal que ele mesmo pediu que fosse feita no seu gabinete, via sistema de “e-decisão”, apurou pelo menos 116 casos de reconhecimento de prescrição, no julgamento de recursos extraordinários e agravos em recurso extraordinário, ou seja, num intervalo de 2 anos, quase mil casos prescreveram, depois de haverem movimentado por muitos anos o sistema de justiça. Não é preciso ser muito sagaz para constatar que os grandes beneficiários da prescrição são aqueles que têm

dinheiro para manipular o sistema com recursos procrastinatórios sem fim. (BARROSO, 2019, HC 152.752)

Apesar de implicar na esfera material, as consequências do instituto da prescrição, também atinge o sofrimento psicológico das vítimas e bem como a reputação do estado. Como se vê no caso de um conhecido jogador de futebol, que em dezembro de 1995, saindo da balada, dirigindo seu Jeep Cherokee a 120 Km por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio, provocou um acidente e a morte de 3 pessoas. Ele foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos, apenas no STJ. E outros tantos no STF. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. (BARROSO, 2019, HC 152.752)

As famílias das três jovens vítimas do crime podem assisti-lo livre e feliz como comentarista de jogos de futebol na televisão. Um sistema judicial que não funciona faz a vítima e seus entes queridos sofrerem a dor da perda cumulada com a impunidade. (BARROSO, 2019, HC 152.752)

Outro caso que também marcou pela impunidade e abalou os psicológicos das vítimas, foi o caso do jornalista que matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Foi julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, mas mesmo assim continuava em liberdade, a demora do judiciário foi imensa, que passados mais de dez anos do fato, o agressor continuava vivendo uma vida normal. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narrou que um dia ligou para a casa do assassino e disse que iria matá-lo igual ao um frango. Segundo suas palavras ele sonhava em fazer justiça por si mesmo.

Um sistema judicial que não funciona desperta os instintos de se realizar justiça pelas próprias mãos. Regrediríamos ao tempo da justiça privada. (BARROSO, 2019, HC 152.752). Por fim, a demora desta prestação jurisdicional ainda vai realizar muitos casos como esses, uma verdadeira falta de amor com os pagadores de impostos, o povo não pode ficar à mercê de um estado ineficiente e ausente no quesito soluções de conflitos.

Como vimos, as experiências prévias com a justiça, apesar de reforçar valores negativos, como a percepção da morosidade, afeta positivamente a tendência de buscar o judiciário em caso de crimes menos graves, ou seja, se essa morosidade continuar a crescer, pode despertar uma indignação tão grande que façam com que as pessoas não procurem mais o judiciário e resolvam virar justiceiros. (Gonçalves,2015).

4 REFORMA DO JUDICIÁRIO

É verdade que a morosidade desta prestação jurisdicional criminal não fica somente a cabo do poder judiciário, mas dentre os autores, ele é o principal órgão que atribuímos esta culpa. No ano de 2010 o IBGE divulgou um resultado da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) que mostrou uma mudança significativa na utilização da justiça nas últimas duas décadas (Gonçalves,2015).

O Judiciário está em crise, fazendo-se desacreditado pela sua exagerada morosidade, cujo sinônimo é a sensação de impunidade, que estimula a transgressão das leis, a violência, o descumprimento das obrigações, o que faz aumentar a quantidade de litígios e produz mais morosidade. É um círculo vicioso perverso, aparentemente sem solução. Aliado a isso, aponta-se também a imprevisibilidade das decisões, tudo a produzir o descrédito na justiça oficial e inibir investimentos estrangeiros (ALEXANDRE,2008).

Algumas medidas devem ser tomadas, pois como supramencionado o judiciário está desacreditado e as pessoas cada vez menos estão à sua procura. A reforma processual é necessária, especialmente no que se refere aos recursos criminais (o Poder Público é um dos maiores recorrentes) a racionalização do julgamento de questões repetitivas tanto que vários Projetos de Lei já foram encaminhados ao Legislativo. O aumento da quantidade de juízes (e dos recursos materiais) também é necessário, em face do crescimento da população (e dos litígios), se comparada com a de outros países, apesar da absoluta inconfiabilidade dos dados.

O judiciário passou a ser um ator relevante no processo de efetivação dos direitos sociais ao incorporar um sentido prospectivo nas suas decisões, passou a partilhar da formulação de políticas públicas ao lado do Executivo e do Legislativo. A atividade de interpretação das normas tornou-se mais complexa por envolver, além da coerência interna das normas, a realização de princípios defendidos na constituição, mas ainda não institucionalizado. O juiz passa, então, de intérprete, cego da lei a legislador implícito (DIMOULIS, 2008). Desta feita, vemos que a judicialização da política também tem sido uns dos fatos da morosidade da justiça, uma vez que o juiz passa a virar um verdadeiro legislador dando fins sociais as leis que sentencia. Algo precisa ser feito nesta esfera.

Essa discussão não é de agora, a emenda constitucional 45 foi aprovado no senado em 07 de julho de 2004, tendo como pontos principais a criação do CNJ, a adoção da Súmula vinculante e da repercussão geral dos recursos, a extinção dos tribunal de alçada, o deslocamento de competência para a Justiça Federal das Graves violações de direitos humanos, a autonomia administrativa e financeiras da

administração das defensorias públicas. Este foram os pontos em que a secretaria da reforma do judiciário conseguiu consenso entre a lideranças do congresso e da justiça (Gonçalves,2015).

Embora a reforma do judiciário tenha demonstrado a necessidade e a possibilidade de mudanças, muitos a veem como tímida, insuficiente, conservadora e até pouco eficaz. Para que haja uma aplicação justa e imparcial da lei (princípio fundamento do Estado Democrático de Direito), é necessário a existência de um sistema judicial legítimo, que goze de independência, seja eficiente e eficaz, isso é, um sistema que tenha desempenho coerente com suas justificativas normativas, cumprindo as exigências e expectativas em relação ao seu papel. Ser capaz de avaliar o desempenho do sistema judicial de um país é, portanto, a tarefa essencial para avaliar a qualidade de sua democracia. (Gonçalves,2015).

Apesar de ser importante para a área criminal a reforma do judiciário não pode ficar apenas no papel, ou se concentrar em pequenos mecanismos, devendo tal reforma se revestir na prática. O poder judiciário tem o dever de recuperar seu prestígio com a devida celeridade de suas decisões. Não se pode viver em uma sociedade, onde as injustiças não são respondidas à altura.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tarefa de dar mais celeridade na prestação jurisdicional, não é uma tarefa simples, mas árdua, vimos que apesar de o estado ser o titular dos instrumentos, a culpa não é somente dele, apesar de ter a maior parte de contribuição. A problemática da morosidade na prestação jurisdicional, vai muito além da falta de funcionários ou na demora de uma investigação policial, o problema vai desde a formação das leis até um contexto histórico. Porém, medidas devem ser tomadas ao longo do tempo para que de modo crescente possa dar mais rapidez as punições e garantir o direito das vítimas. Há diversos crimes que ficam impunes devido a lentidão do judiciário, afetando de forma direta o direito que o Estado tem de punir como guardião do estado de direito. Desta feita, vimos que devido à grande lentidão processual, as prescrições de crimes cada vez mais têm aumentado.

Com uma análise bem precisa do tema é possível identificar alguns dos possíveis motivos que acarretam a morosidade da pretensão jurisdicional no âmbito criminal, sendo eles a falta de servidor no Poder Judiciário que é uns dos provocadores desta mora e conseqüentemente atrasando o direito do Estado em punir como guardião do direito positivado. Além desta hipótese a também a pouca estrutura para tal demanda, refletindo assim de forma direta no âmbito da pretensão punitiva de forma que retarde o processo o que gera a prescrição em diversos crimes no âmbito criminal.

Apesar do marco que foi a reforma do Poder Judiciário, ela se tem mostrado um pouco tímida, e as vezes ineficaz. O poder judiciário está desacreditado pelos brasileiros, cada vez menos se tem buscado tal órgão, em virtude da fama que o percorre. É necessário que as ideias suplantadas no papel possam na prática dar mais celeridade ao processo e consequentemente a punição de criminoso.

Portanto, observa-se que há diversos fatores que afetam de forma significativa e direta no direito do estado em punir, direito este que pode ser prescrito, e que o increpado saia sem qualquer tipo de punição devido a morosidade da pretensão jurisdicional, levando até mesmo a indignação social.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Valter Mena. **A Reforma do Poder Judiciário, suas causas e as propostas para enfrentá-la**. 2008. Artigo. Editora Justiça e Cidadania. Disponível em <: [https://www.editorajc.com.br/a-reforma-do-poder-judiciario-suas-causas-e-as-proporsta s-para-emfrenta-la-2/](https://www.editorajc.com.br/a-reforma-do-poder-judiciario-suas-causas-e-as-proporsta-s-para-emfrenta-la-2/): > acesso em 03 de outubro de 2019.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Sumaré/Edusp/Fapesp, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em 25

de março de 2019.

GONÇALVES, Felipe Silva e RODRIGO, José Rodriguez. **Manual de Sociologia Jurídica**. 1ª ed. São Paulo. Editora Saraiva.

JUSTIÇA EM NÚMEROS, **Conselho Nacional de Justiça**, Disponível em: < <http://www.cnj.ju.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>: Acesso em 25 de março de 2019.

MEIRELLES, José Frederico. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª. edição. 1997.

MIRABETE Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, Vol. I, 11ª. Edição, 1998.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

PENSADOR.INFO. **Mahatma Gandhi**. Disponível em: < <http://pensador.uol.com/>>
Acesso em 25 de março de 2019.

REVISTA USP, **A Justiça no Tempo, O Tempo da Justiça**. Disponível em<:<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12550/14327>:> acesso em 15 de junho de 2019.

NOTAS:

[1] **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.**

[2] HC 152.752 ANOTAÇÕES PARA MANIFESTAÇÃO ORAL MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

LINDENBERGH SILVA DE OLIVEIRA FILHO:

Advogado, formado na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis-SP.

RESUMO: O presente artigo tem como o objetivo o estudo dos contratos de adesão nas relações de consumo, além disso será apresentado as principais cláusulas abusivas muitas vezes presentes, nestes contratos, que são tão comuns no cotidiano de todo cidadão brasileiro, bem como trará orientações de como evitar ser prejudicado por cláusulas abusivas presente em contratos de adesão.

Palavras-chave: Consumidor, Relações de Consumo, CDC, Código do Consumidor.

ABSTRACT: This article aims to study contracts of adhesion in consumer relations, in addition, the main abusive clauses often present in these contracts, which are só common in the daily life of every brazilian citizen, will be presented, as well as provide guidance on how to avoid being harme by unfair terms in membership contrats.

Keywords: Consumer, Consumer relations, CDC, Consumer Code.

Sumário: 1. Introdução, 2. Relações de Consumo, 3. Contratos de Adesão, 4. Como evitar as cláusulas abusivas nos contratos de adesão? 5. Compras de produtos e serviços pela internet, 6. Planos de Saúde, 7. Contratos de compra e venda de veículos usados, 8. Considerações Finais, Referencias.

1. Introdução

No cotidiano é comum que as pessoas celebrem diversos contratos de adesão, entre os principais exemplos, podem ser citados, contratos de empréstimos, planos de saúde, contratos de locação, compras de eletrodomésticos, e compras através de sites pela internet.

Pois bem, normalmente alguns contratos possuem cláusulas abusivas, que os consumidores acabam assinando, sem ter a consciência que estão sendo lesados, e isso ocorre com mais frequência do que se possa imaginar.

O problema é que os consumidores, não possuem conhecimento sobre os seus direitos, e muitas vezes acreditam que após assinado o que está no contrato tem plena validade, não podendo ser alterado, na maioria das vezes é verdade, exceto quando se trata de cláusulas abusivas, que estão em discordância com o ordenamento jurídico.

2. Relações de consumo

As relações de consumo são aquelas onde existem um fornecedor, um consumidor e um produto ou serviço.

O código do Consumidor nos artigos 2º e 3º conceitua cada um desses itens.

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. - Equipara-se a um consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os antes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e secreta, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista

Luiz Antonio Rizzato Nunes (RIZZATO NUNES, 2007, p.113), entende que o conceito de produto presente no Art. 3º §1º é universal.

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia de bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalista contemporâneas. É vantajoso o seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais

agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.)

Acerca de serviço os doutrinadores Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (TARTUCE, FLÁVIO, 2018, p. 118), ensinam que:

Apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista. Como primeiro exemplo, invoca-se o caso do estacionamento gratuito em lojas, *shoppings centers*, supermercados e afins, respondendo a empresa que é beneficiada pelo serviço, que serve como atrativo aos consumidores.

Além dos elementos, consumidor, fornecedor, produto ou serviço, é necessário destacar o requisito da habitualidade, para que alguém possa ser considerado fornecedor, como exemplifica José Fernando Simão (SIMÃO, 2003. p. 38).

O sujeito que, após anos de uso do carro, resolve vendê-lo, certamente não será fornecedor nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, se o mesmo sujeito tiver dezenas de carros em seu nome e habitualmente os vender ao público, estaremos diante de uma relação de consumo e ele será considerado fornecedor.

Deste modo é necessário que esteja presente todas essas características para ser considerada uma relação de consumo, caso esteja faltando algum item, essa relação será regida pelo código civil.

No exemplo da compra e venda de um veículo entre particulares, é necessário destacar que não existe um fornecedor, porque nesse tipo de negócio jurídico é possível perceber que o vendedor do veículo, é proprietário do carro, e não exerce uma atividade comercial, ou seja, o vendedor não possui habitualidade, o que acaba descaracterizando a relação de consumo, se aplicando assim a esse negócio jurídico o código civil.

3. Contrato de Adesão

O contrato de adesão é conhecido por ter cláusulas já pré estabelecidas, é muito usado por bancos e praticamente em todos os negócios jurídicos, celebrados com pessoas jurídicas.

Conforme leciona o doutrinador Fábio Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2018, p. 239):

“No contrato de adesão, as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, às quais a outra simplesmente adere. As partes não discutem amplamente as suas cláusulas, como acontece no tipo tradicional. Há uma espécie de preponderância da vontade de um dos contratantes”

O código do consumidor no seu art. 54 traz o conceito do Contrato de Adesão:

Art. 54 - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Como é possível perceber, a mera modificação de alguma cláusula do contrato que não altere o seu conteúdo de forma substancial, não altera a natureza do contrato, sendo que este continuará sendo um contrato de adesão, devendo este contrato está de acordo com todas as normas de proteção ao direito do consumidor presente na legislação, em especial ao código do consumidor.

4. Como evitar as cláusulas abusivas nos contratos de adesão?

É necessário muita atenção ao celebrar um negócio jurídico, para assim se evitar possíveis transtornos, as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, tema este discutido neste artigo, pode muitas vezes se facilmente identificada, basta o consumidor, ter um pouco de atenção.

Começando obviamente, pela linguagem, é necessário que o contrato esteja legível, em português, e com palavras de fácil compreensão, caso o consumidor não consiga compreender o que está escrito no contrato, que seja redigido um outro contrato, caso o contrário é melhor não assinar.

Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu

conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Em suma é importante o consumidor tentar identificar, se o vendedor está de alguma forma agindo de má-fé, devendo o consumidor, desconfiar de negócios que sejam, de alguma forma, surreais, como diz o ditado, "quando a migalha é demais o santo desconfia".

No CDC o art. 51 traz um rol exemplificativo de prováveis cláusulas abusivas, que serão comentadas abaixo:

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

Ou seja, as cláusulas contratuais consideradas abusivas, não surtiram efeitos jurídicos, deste modo, mesmo que o fornecedor utilizando se da má-fé coloque tais cláusulas no contrato, basta o consumidor procurar o Procon ou um advogado (particular ou a defensoria pública), e se for o caso recorrer ao judiciário.

I- impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor poderá ser limitada, em situações justificáveis;

O fornecedor não pode de forma alguma tentar se isentar da responsabilidade civil, através de cláusulas abusivas presentes no contrato, seja essa responsabilidade pelo fato ou vício do produto e do serviço.

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

Um bom exemplo é o art. 18§1 inciso II e III, que diz que o consumidor tem direito ao reembolso ou abatimento do preço, em razão de vício do produto ou serviço.

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

Obviamente, tanto o fornecedor, quanto o vendedor, não podem transferir a responsabilidade civil, para terceiros que não fazem, ou não serão atingidos, pela relação de consumo.

IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

O interessante desse inciso, é que ele abre várias possibilidades de aplicação, pois qualquer cláusula que deixe o consumidor em desvantagem exagerada, pode acaba sendo considerada abusiva.

V- (VETADO).

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

A inversão do ônus da prova é um direito do consumidor, por se considerada a parte mais frágil da relação de consumo, deste modo muitas vezes sem a inversão do ônus da prova, seria impossível a comprovação do dano sofrido.

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

O consumidor possui a faculdade de escolher, se preferi a arbitragem para a solução da lide, ou não. Pois muitas vezes os consumidores, optam por recorrer ao judiciário.

VIII- imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

Esse tipo de cláusula é prejudicial ao consumidor, pois terceiros poderiam fazer negócios que o prejudique sem o seu consentimento.

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

Mesmo sendo um contrato de adesão, tanto o consumidor, quanto o fornecedor deverá ter direitos e obrigações, não podendo essas obrigações serem apenas unilaterais.

X- permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

Obviamente que se o fornecedor pudesse, de forma unilateral, simplesmente, alterar os preços, iria se criar uma desvantagem, enorme para o consumidor, que sairia muito prejudicado, criando um desequilíbrio na relação de consumo.

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

Mesmo em contratos de adesão, esse tipo de cláusula é nula, pois como já foi dito, ambos devem ter os mesmos direitos e obrigações

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

É lícito a cláusula que obrigue o ressarcimento de cobrança, desde que seja uma via de mão dupla, ou seja, desde que seja válido para ambas as partes.

XIII- autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

Esse tipo de cláusula é nula, pois isso permitiria o consumidor, acrescentar novas obrigações, ou retirar cláusulas do contrato, o que deixaria o consumidor em desvantagem, além de ferir o princípio da boa-fé, e ser completamente contrário a qualquer tipo de lógica presente, em um negócio jurídico, seja ele o que for.

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

É de conhecimento de todos, que o Brasil é um país que possui uma legislação ambiental vigente, por se tratar de um país com uma grande fauna e flora, e principalmente nos dias atuais, a preocupação com o meio ambiente é cada vez mais constante, deste modo, os contratos de adesão devem estar de acordo com as regras ambientais.

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

Esse inciso, veio para deixar claro que essa lista é meramente, exemplificativa, pois caso ocorra de uma cláusula, não esteja prevista nesses incisos, mas acabe violando qualquer lei consumerista, estando ou não no CDC, essa será considerada abusiva, um bom exemplo, é a cláusula de "foro de eleição", afinal, imagine o consumidor assinar um contrato de adesão, ter que viajar quilômetros de distância de seu domicílio para resolver uma possível lide, isso seria uma afronta aos direitos do consumidor.

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Esse inciso pode ser considerado um tanto, controverso, pois bem caso o vendedor compre um carro, por exemplo, e faça uma benfeitoria necessária, esse tem direito a ser ressarcido, entretanto caso, uma pessoa alugue uma casa e faça benfeitorias necessárias, e lá esteja presente uma cláusula, dizendo que não haverá indenização por tais benfeitorias, essa cláusula é válida, em razão da súmula 335 do STJ que diz: "Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia a indenização das benfeitorias e ao direito de retenção".

Por isso, é importante que o locatário esteja, atento ao contrato de locação, caso seja, entre particulares, que peça para que essa cláusula, seja retirada do contrato, se for por intermédio de uma imobiliária, que olhe se está tudo bem com o imóvel, antes de assinar o contrato, deste modo se evita transtornos no futuro.

Por fim, é necessário destacar que uma cláusula abusiva, não necessariamente anulará o contrato em sua integralidade, como prova o art. 51§2º que diz: "A nulidade de uma cláusula contratual, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus, excessivo a qualquer das partes", ou seja, o contrato apenas deixará de existir, se em razão dessa cláusula abusiva, ele perder o seu objeto, ou seu propósito de existir ou acabe se tornando extremamente oneroso, para qualquer uma das partes.

5. Compras de produtos e serviços pela internet

Atualmente um dos meios mais populares de consumo, é através da internet, que, sem dúvida, facilita muito a vida do consumidor, além de muitas vezes ser bem mais vantajoso.

É comum encontrar um produto em um determinado site, por um preço e ao ser verificar na loja física, o mesmo produto está bem mais caro, obviamente isso ocorrer, pois existe uma diminuição de gastos, como, por exemplo, aluguel e menos funcionários, o que por si só já justifica a possibilidade de vender mais barato.

Além disso, é comum que as pessoas tenham medo, dos possíveis transtornos que uma compra pela internet, pode ocasionar, mas é necessário destacar que o consumidor que adquirir produtos pela internet, também possui as mesmas garantias de comprar em uma loja física, com algumas ressalvas.

Um bom exemplo, que pode ocorrer é quando o consumidor compra um produto em um site internacional (chinês, americano, alemão etc.), e esse não tem representante no Brasil, pois bem isso pode ocasionar em um imenso transtorno ao consumidor, pois não se aplica o CDC, ficando o consumidor vulnerável, as certas

situações como por exemplo, caso o produto provoque um acidente e o consumidor saia ferido.

Além disso, ainda existe a possibilidade de possíveis fraudes, e como se trataria de um site internacional, os custos de entrar com um processo, seria exorbitante em qualquer caso, o que acabaria não compensando o transtorno que o consumidor teria, sem garantia de êxito.

Mas retornando ao assunto, o consumidor muitas vezes ao fazer compras pela internet se depara com frases como “não fazemos devolução”, “em caso, de arrependimento, não fazemos trocas”, entre vários outros absurdos.

Pois bem , casos como esse claramente estão em desacordo com as normas do direito ao consumidor.

Art. 49 - O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio

Parágrafo único. - Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

O art. 49 do CDC contempla o chamado direito de arrependimento, afinal muitas vezes ao comprar ao na internet o consumidor possui certos níveis de expectativas, que muitas vezes não são correspondidas quando o produto chegar ao seu domicílio.

Tal artigo se aplica tanto a qualquer tipo de compra ou contratação de serviços desde que seja, feita fora do ambiente comercial, ou seja, na grande maioria das vezes, se trata de compras pela internet.

Por fim, caso o consumidor contrate um serviço pela internet, como, por exemplo, compre passagens aéreas, e ao verificar o contrato de adesão que muitas vezes pode ser enviado por e-mail, esteja uma cláusula, que limite esse direito ou

de alguma forma ludibriá-lo, essa cláusula será nula de pleno direito, pois se trata de uma cláusula abusiva, conforme o art. 51, inciso XV do CDC.

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

6. Planos de Saúde

Atualmente, em razão da precariedade do Sistema Único do Saúde (SUS), que possui falta de médicos e medicamentos, demora no atendimento, falta de humanização, entre vários outros problemas existentes, é comum que as pessoas, que possuem condições financeiras procurem planos de saúde, como uma forma de garantir, o bem-estar tanto seu, quanto de sua família.

O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento que deve ser aplicado o CDC, aos contratos dos planos de saúde, conforme a súmula 608.

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de Planos de Saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Deste modo, é importante para o consumidor, verificar se o seu contrato está de acordo com as normas do consumidor e da Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS).

ANS tem como finalidade criar normas e fiscalizar as empresas que oferecem planos de saúde, sendo que todos os planos de saúde devem estar de acordo com suas normas, caso o contrário estará de forma irregular, conforme o art. 3º da lei.9961/2000.

A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar a saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto as suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Deste modo, caso o consumidor acredite que está sendo prejudicado de alguma maneira é necessário verificar se todas as cláusulas estão de acordo com o CDC e ANS, caso não estejam de acordo, essas cláusulas são abusivas, e portanto, nulas de pleno direito.

7. Contratos de Compra e venda de veículos usados

Talvez o contrato mais popular que exista, seja o de compra e venda, é provável que todo brasileiro, tenha que celebrar um contrato destes, ao menos uma vez na vida.

Infelizmente, mesmo sendo um tipo de contrato tão comum, os consumidores ainda caem em certas cláusulas abusivas.

Como por exemplo a muito conhecida cláusula de “garantia de motor e câmbio”, das garagens de carros usados e seminovos.

Esse tipo de cláusula é abusiva, pois os vendedores estão tentando se isentar da responsabilidade pelo fato ou vício do produto, afinal, o carro é um produto durável e tem garantia mínima de 90 dias, mas um carro não é feito de apenas motor e câmbio, existe também outros componentes, como a parte elétrica, por exemplo.

Portanto, mesmo que exista uma cláusula como essa no contrato, é responsabilidade do vendedor, arcar com os custos de qualquer reparo, desde que esteja no prazo da garantia, lembrando que o prazo de 90 dias é a garantia legal, mas as partes podem estipular, uma duração maior para a garantia do veículo, mas nunca inferior a 90 dias.

Ainda deve se destacar que caso, exista um vício oculto a garantia começará a contar no momento em que o consumidor descobrir tal erro (art.26§3º do CDC).

8. Considerações Finais

Por fim, as cláusulas abusivas de um contrato não devem prosperar, mas para isso os consumidores precisam ficar atentos, principalmente nos seus direitos.

Chega a ser um absurdo que nos dias atuais com tanta informação, as pessoas ainda permaneçam tão desinformadas, em relação aos seus próprios direitos, é claro que as cláusulas abusivas, são nulas de pleno direito, mas todo um transtorno pode ser evitado, se o consumidor tiver conhecimento do que está assinando.

Afinal, o código do consumidor está vigente desde 1990, deste modo é possível perceber que se as pessoas tivessem uma melhor educação sobre os seus direitos, seja na escola ou em casa, elas se tornariam pessoas capazes de evitar certos aborrecimentos em sua vida.

Porém, é claro que a boa-fé deve sempre prevalecer, dito isso as empresas que incluem cláusulas abusivas em seus contratos, deveriam ser rigorosamente punidas, por se aproveitarem da fragilidade do consumidor, afinal é para isso que o código do consumidor existe, para resguardar os direitos dos consumidores.

Referencias:

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. *Código do Consumidor*.

BRASIL. LEI Nº 9.961 DE 28 DE JANEIRO DE 2000/*Agência Nacional de Saúde Suplementar*.

BRASIL. SUMULA. 608/335. STJ. *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 2 : esquematizado® : contratos em espécie, direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves*. – 6. ed. –Sao Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Colecao esquematizado® / coordenador Pedro Lenza). Pag. 239

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.113.

SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 38.

TARTUCE, FLÁVIO. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves*. –7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.p.118.

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: BREVES CONSIDERAÇÕES

LUCIANA CAVALCANTE PAIM MACHADO:

Formada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana, pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho e em Direito pela Escola de Magistrados da Bahia(EMAB). Assessora de Juiz do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

RESUMO: Este trabalho contém um breve estudo teórico sobre o recentemente criado regime diferenciado de contratações públicas em face da Lei Geral de Licitações, identificando limites e avanços nas contratações públicas brasileiras em uma nova modalidade de licitação. A intenção é de descobrir, por meio de pesquisa exploratória e processo de análise de conteúdo da legislação de regência, as mudanças ocorridas no cenário das contratações públicas, fazendo um paralelo entre o modelo tradicional de contratações públicas e o novo regime de contratação, enfatizando os reflexos da adoção do regime diferenciado na consolidação do processo licitatório no Brasil. Foi verificado o âmbito de aplicação, bem como os novos mecanismos mais relevantes como a contratação integrada, a inversão de fases do procedimento licitatório, o orçamento sigiloso, a remuneração variável. As inovações introduzidas no procedimento licitatório foram tratadas, como enfoque prático, para orientar a atuação dos gestores públicos e serem incorporadas à Lei Geral, em observância ao princípio da eficiência nas contratações realizadas pela Administração Pública.

PALAVRAS – CHAVE: Licitação. Lei Geral de Licitação. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Procedimento Licitatório. Novos Mecanismos. Eficiência.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. CONCEITO DE LICITAÇÃO; 2. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS; 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 2.2 PRINCÍPIOS; 2.3 MODALIDADES; 2.4 ETAPAS; 2.4.1 FASE INTERNA; 2.4.1.1 ATOS PREPARATÓRIOS; 2.4.1.2 COMISSÃO DE LICITAÇÃO; 2.4.1.3 CONVOCAÇÃO; 2.4.1.4 PUBLICAÇÃO; 2.4.2 FASE EXTERNA; 2.4.2.1 FORMAS DE REALIZAÇÃO E DE DISPUTA DA LICITAÇÃO; 2.4.2.2 JULGAMENTO DAS PROPOSTAS; 2.4.2.3 HABILITAÇÃO E RECURSOS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi realizado com o objetivo geral de demonstrar que os instrumentos utilizados pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas não afronta a Lei Geral de Licitações nem mesmo a Constituição Federal, mas que estes devem ser incorporados à Lei nº 8.666/93 com o fim de conceder às contratações sob a sua égide características presentes no supracitado regime.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 foi criada com o intuito de estabelecer uma unificação no procedimento licitatório, criando instrumentos hábeis e atendendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade estatuídos na Constituição Federal de 1988, os quais foram condicionados à contratação com os entes públicos.

Em decorrência das mudanças geopolíticas e o crescimento econômico, a economia brasileira necessitava urgentemente de adequar-se à competição internacional com maior eficiência. Neste contexto, foi inserido no texto constitucional através da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, o princípio da eficiência; desburocratizando e instituindo mecanismos capazes de propiciar a prestação de serviços de qualidade, mais célere, satisfatórios e com menos gastos.

O RDC tem por objetivos ampliar a eficiência nas contratações públicas e a proporcionar a competitividade entre os licitantes, fomentando a troca de experiências e tecnologias com o intuito de escolher a proposta com a melhor relação entre custos e benefícios para o setor público. Além disso, visa a incentivar a inovação tecnológica e a assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Nesse aspecto, a busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública não está atrelada, necessariamente, à obtenção maior vantagem de natureza econômica, haja vista, no regime diferenciado, devem ser ponderados os custos diretos e indiretos da contratação, inclusive, os de natureza social e ambiental, as vantagens quanto à manutenção e o desfazimento dos bens e resíduos, bem como a depreciação econômica e outros fatores de igual relevância a que estiverem atrelados.

Ao analisar os limites e avanços no campo das contratações públicas brasileiras, ocorridos com a criação do RDC, buscou-se, em suma, demonstrar a necessidade de implementação das novas diretrizes à Lei Geral de Licitação, com o intuito de tornar mais eficiente o procedimento licitatório nos casos específicos trazidos pelo novo diploma.

1. CONCEITO DE LICITAÇÃO

É um processo seletivo em que os entes da administração pública através de normas e diretrizes tem a possibilidade de firmar contrato com os particulares interessados no desenvolvimento de uma atividade específica, através da proposta mais vantajosa à conveniência pública.

Para MEIRELLES (2003, p. 22):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. *Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes*, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

No mesmo pensamento MELLO (2004, p. 483):

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Na visão de MEDAUAR (2004, p. 205):

Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.

Da análise dos pensamentos acima expostos, nota-se que a licitação é um procedimento administrativo que envolve uma série de atos sucessivos, com finalidade específica de alcançar um resultado final e conclusivo.

É a reunião de instrumentos necessários na realização de contratos entre a Administração e particulares visando paridade de condições aos participantes, vinculando o contrato que dela possa advir, através da oferta de bens e serviços ao Poder Público.

2.REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O crescente desenvolvimento econômico vivenciado pelo Brasil no Século XXI fez com que a Administração Pública adotasse medidas com o propósito de alavancar sua política externa, bem como sedimentar a sua projeção perante países de outras nações. Por conseguinte, além de atrair investimentos financeiros e industriais, o Brasil estaria se situando entre as potencias mundiais.

Nesta linha de pensamento, asseveram MOTTA e BICALHO (2012, p. 22):

É verdade que, ao lado dos aspectos políticos e sociais do empreendimento, desenha-se um cenário bastante provável de oportunidades econômicas, movimentação financeira, afluxo de capitais exógenos; e caso sejam de fato observados os requisitos da probidade administrativa e eficiência organizacional, todas as variáveis concorrem para a composição de um ambiente favorável a um novo impulso de crescimento econômico.

Depreende-se que em decorrência desse fenômeno de crescimento político e econômico, o Brasil tornou-se refém de si mesmo, haja vista o compromisso assumido de sediar eventos de tal magnitude em curto espaço de tempo.

Por óbvio, é de clareza solar que o Brasil não possuía no momento que assumiu tal compromisso a estrutura necessária para a realização adequada dos eventos. Como se não bastasse, o prazo para a realização dos eventos era outro fator questionado quanto a sua concretização.

Nesse sentido, Zockun (2012, p. 184), conceitua:

“(...) a realização desses eventos demandará a construção de um plexo de obras capazes de permitir a prática de variadas atividades desportivas. Além disto, outras benfeitorias deverão ser edificadas, reparadas e ampliadas para o desenvolvimento de atividades inerentes e indissociáveis a esses eventos, tais como: (i) acomodação para os atletas e equipes de apoio, (ii) alocação de mídia nacional e internacional e respectivos equipamentos, (iii) prestação de

serviços necessários ao desenvolvimento destes eventos; (iv) prestação de variada gama de serviços aos nacionais e estrangeiros que apreciarão, in loco, esses eventos, dentre outros.

Aforam isso, e como subproduto destes eventos, turistas de todos os quadrantes do mundo afluirão ao território nacional e aos locais de realização dessas competições. Isso demandará construção, ampliação ou melhoria de portos, aeroportos, rodoviárias, sistema viário, transporte público, acomodação pública e privada, dentre outras.

Praticamente desconhecido, contudo, é o fato de que o compromisso para a realização desses eventos desportivos decorre de um acordo assumido pelo Estado brasileiro como organizações internacionais não governamentais incumbidas de periodicamente assegurar-lhe a realização. É dizer, foi o Estado brasileiro que, no exercício de sua soberania, se dispôs e comprometeu a realizá-los. Trata-se de um ato jurídico de exclusiva iniciativa governamental.”

Denota-se que a Administração Pública não dispunha de aparato necessário para a realização das obras, haja vista necessitaria de uma carga funcional muito além de sua capacidade

Com o advento da realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 foi criada a Medida Provisória nº 527 de 2011, posteriormente convertida na Lei 12.462/11, que é o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A inclusão do Regime Diferenciado de Contratações Públicas no bojo de uma medida provisória que versava sobre matéria diversa gerou muitas controvérsias acerca da constitucionalidade formal da norma. Sendo, portanto, objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que questionavam sobre essa inclusão, tanto pelo Ministério Público Federal (ADIn nº 4655), bem como por Partidos Políticos – DEM, PSDB e PPS, (ADIn nº 4645)

Em ambas as ações se questionava a inclusão de emendas à Medida Provisória, conforme dispõe a Carta Magna, é indispensável a “afinidade lógica (relação de pertinência) entre a proposição original e as emendas apresentadas.

Contudo, a despeito da importância desta discussão, o presente trabalho tem como escopo a aplicabilidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas face ao Procedimento Licitatório da Lei 8.666/93. Nesta senda, passa-se ao exame da Lei.

O motivo essencial de sua criação deve-se preponderantemente a instituição de mecanismos mais céleres, econômicos e eficientes de contratação pública, destinando-se especificamente a atender obras infraestruturais de grandioso vulto, as quais representam a consolidação de uma política nacional.

O art. 3º do referido diploma ratifica a presença do princípio da eficiência nas contratações realizadas sob a sua égide:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, **da eficiência**, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. (*grifo nosso*)

Em contrapartida, este princípio, não foi colocado como basilar na Lei Geral de Licitação, especificamente no art. 3º, no âmbito das licitações realizadas sob seu regimento.

Nota-se, que o processo licitatório sob a égide da Lei. 12.462/11 tem como escopo tornar mais rápido o eficiente alguns mecanismos não contemplados pela Lei Geral de Licitação. Dentre os dispositivos do regime especial voltados à obtenção de um procedimento mais célere pode-se citar: o estímulo à informatização, o instituto da contratação integrada, o sigilo nos orçamentos, a inversão de fases de habilitação e julgamento das propostas.

Ressalta-se que a utilização desse novo regime tem seu âmbito mais restrito de aplicação, explicitando os princípios e diretrizes inerentes a este processo e a inovações mais relevantes por ele introduzidas, não se propondo a modificar a Lei Geral de Licitações.

Os casos específicos de aplicação do novo regime estão elencados no Art. 1º do referido diploma:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Inicialmente, a Autoridade Pública Olímpica irá definir quais as licitações e contratações necessárias deverão adotadas pelo RDC para a realização dos Jogos olímpicos de 2016. Por conseguinte, uma das atribuições da APO é assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelos entes federativos perante o Comitê Olímpico Internacional para esses fins.

Prevendo uma possível demora na definição da Carteira de Projetos Olímpicos, a Lei 12.462/11 possibilitou a contratação por meio de um regime diferenciado com o objetivo de serem cumpridas as obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico, desde que imprescindíveis para o cumprimento do acordado, bem como tenha sua necessidade fundamentada.

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o

cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

Ao analisar os mecanismos para tornar exequível a realização dos eventos utilizando esta norma como mandamental, verifica-se que a escolha por parte do Poder Executivo nas contratações torna mais célere tal procedimento. Por outro lado, se estas decisões ficassem a cargo do Poder Legislativo haveria uma demora para o início das licitações comprometendo as atividades e tornando a Lei inócua.

Por fim, ressalta-se que essa escolha feita pelo Poder Executivo não fere os dispositivos constitucionais (art. 37, caput e inciso XXI e art. 22, XXVII), tendo em vista o Regime Diferenciado de Contratações Públicas obedecem aos princípios da Administração Pública, já que os atos do processo licitatório estão previstos em Lei; não há margem para preferências; as licitações devem ser publicamente conhecidos por todos da sociedade.

2.1 PRINCÍPIOS

A Lei nº 12.462/11 em seu art. 3º disciplina quais são os princípios que deverão nortear as licitações e contratos quando da sua aplicação. Consequentemente percebe-se que este diploma utiliza além dos princípios adotados pelo regime geral, o da eficiência e da Economicidade.

No tocante ao princípio da eficiência, é o princípio mais novo que norteia a Administração Pública, de forma expressa pela CRFB/88, tendo em vista que o mesmo só foi incorporado à Carta Magna com o advento da Emenda Constitucional 19/98. Isso, todavia, não quer dizer que a eficiência não se constituía em princípio da administração antes disso.

O princípio da eficiência dispõe que a atividade do Estado deverá sempre visar obter os melhores resultados com o menor dispêndio de recursos possível. Reza o princípio que a administração pública deverá otimizar o uso de seus bens, da força de trabalho de seus agentes e os gastos realizados em sua atividade.

A atividade administrativa deve ser desempenhada de forma rápida, para atingir os seus propósitos com celeridade e dinamismo, de modo a afastar qualquer idéia de burocracia, por conseguinte deve ser perfeita, no sentido de satisfatória e completa.

Ademais, é imprescindível que seja rentável, pois ela deve atuar da forma menos onerosa possível, mas com a máxima produtividade, para alcançar

resultados ótimos. Assim, o princípio da eficiência deve observar dois aspectos importantes para a sua consecução, quais sejam, o modo de atuação do agente público para cumprir da melhor forma as suas atribuições, e, o modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados.

Assevera Gasparini (2011, p. 20), que o princípio da eficiência é conhecido entre os italianos como o dever de boa administração, e que:

“[...] o princípio da eficiência impõe a Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar as regras, a exemplo do princípio da legalidade”.

Conforme entendimento do autor, o administrador deve estar amparado por um suporte técnico composto de novos equipamentos e mecanismos capazes de proporcionar a execução dos atos da Administração Pública.

Silva (2006, p. 671) defende da mesma maneira o princípio da eficiência, enfatizando, “[...] numa idéia muito geral a eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio Medauar (2004, p 151) entende “[...] determina que a administração deva agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultado que satisfaça a necessidade da população”.

Diante do exposto, os doutrinadores entendem que o princípio da eficiência é de extrema relevância para a satisfação das necessidades da sociedade como um todo, tendo em vista que a administração deve ir de encontro com a lentidão, descaso e mesmo a omissão para que possa alcançar seus objetivos.

A economicidade, por seu turno, está associada ao atendimento das necessidades do Estado através da licitação ou contrato firmado com os licitantes para aquisição de bens ou serviços com a maior economia de gastos, por meio da proposta mais vantajosa à Administração de acordo com o objeto e os critérios estabelecidos no edital.

Ao discorrer sobre o princípio da economicidade Justen Filho (2009, p. 66) afirma: “(...) Não basta honestidade e boas intenções para validação de atos

administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos”.

Em observância aos princípios basilares da licitação, especialmente o da eficiência e economicidade em seu art. 4º, incisos III, IV e VI da Lei nº 12.462/11 trata a economia na escolha das propostas. Além disso, esses dispositivos buscam tornar esse processo mais célere e econômico para a Administração.

2.2 MODALIDADES

É de extrema relevância destacar que a Lei nº 12.462/11 não tem como objetivo reformar a Lei Geral de Licitação, mas retrata uma nova modalidade de contratação a ser utilizada pela Administração Pública em casos específicos. Desta forma, ao utilizar do Regime Diferenciado de Contratações Públicas deverá o administrador afastar as normas contidas na Lei nº 8.666/93, salvo os casos previstos naquela Lei.

Sendo assim, as licitações e contratações realizadas tendo como norteador o RDC possuem um rito próprio conforme previsto na Lei nº 12.462/11 e regulamentado pelo Decreto nº 7.581/11 com características parecidas com a Lei de Geral de Licitações, contudo traz elementos que o diferenciam desta norma.

2.3 ETAPAS

O procedimento adotado no Regime Diferenciado de Contratações Públicas para a realização de licitações, estruturalmente não difere do realizado pela Lei Geral de Licitações. Por conseguinte, ambos são muito semelhantes, com fases interna, segundo a qual serão traçados os atos que instruirão a licitação; já a fase externa, é o momento em que as propostas serão apresentadas pelos participantes e julgadas pela administração.

Contudo, ao considerar as peculiaridades das licitações sob o manto do RDC, como por exemplo, o incentivo à informatização, o termo de referências, a inversão de fases, entre outras, nota-se que as suas etapas apresentam algumas diferenças próprias, com o intuito de instrumentalizar essas modificações.

É notório que o objetivo do presente trabalho não é analisar todas as minúcias trazidas por esta Lei, desta forma, será objeto de estudo alguns dos mais importantes instrumentos que compõem a presente norma.

2.3.1 Fase interna

Essa fase tem sua disposição no art. 12 da Lei nº 12.462/11, sendo regulamentada através dos artigos 4º ao 12 do Decreto 7.581/11, em que

“administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame”

Percebe-se um tratamento especial nesta fase não observado na Lei Geral, haja vista a observância minuciosa das ações a serem seguidas pelo agente condutor da licitação. Por outro lado, a Lei Geral traz de forma esparsa os ditames, não declarando de forma clara os deveres da Administração concernentes na elaboração do certame.

Por fim, depreende-se que existem semelhanças entre as normas ao passo que seus atos preparatórios seguem uma ritualística, qual seja a definição dos objetos, a elaboração dos orçamentos, dos editais, bem como a observância das cláusulas que irão compor o contrato. Em contrapartida, a diferença entre as duas reside nas inovações trazidas pela Lei nº 12.462/11, as quais serão objeto de estudo do presente trabalho.

2.3.1.1 Atos preparatórios

A especialidade de que trata a licitação sob as regras do RDC não é aplicada a todas as contratações, mas apenas aquelas especificadas que a própria Lei (art. 1º da Lei nº 12.462/11). Logo, as regras dispostas na Lei Geral de Licitações serão afastadas, conseqüentemente aplicar-se-á somente o Regime Diferenciado. Ressalta-se, que esta decisão deverá necessariamente constar no instrumento convocatório, conforme disposto no § 2º do art. 1º.

Conforme disposto no Art. 4º, I, do Decreto nº 7.581/11, que regulamenta o regime diferenciado, é necessário que a Administração justifique a adoção do novo regime, sendo obrigada a demonstrar que o objeto da contratação se adéqua ao quanto estatuído no referido diploma.

A entidade que deseja contratar através do novo regime deve, além das justificativas, demonstrar através de uma série de definições, com o propósito de especificar todos os aspectos da licitação e do seu objeto. É imprescindível que estejam presentes dois dos instrumentos trazidos pela nova norma, o primeiro diz respeito a elaboração do procedimento licitatório em que deve constar a forma de execução de obras e serviços, o segundo por sua vez, refere-se ao seu modo de remuneração.

Esse novo regime permite adotar os mesmos modos de execução trazidos pela Lei Geral, sendo possível a execução da obra e serviço de forma indireta, chamada de contratação integrada.

Esta contratação integrada compreende a execução de todas as etapas da obra ou serviço de engenharia, a começar pela elaboração e desenvolvimento do projeto básico e executivo, a execução propriamente dita até a sua entrega conforme disposto no ato convocatório (art. 9º, I, da Lei nº 12.462/11).

Conforme o artigo supramencionado, há uma dispensa do projeto básico como elemento necessário do instrumento convocatório, tendo em vista que a sua elaboração ficará a cargo do contratado, posteriormente substituído por um projeto de engenharia com as informações e peculiaridades hábeis para demonstrar a caracterização do objeto contratual.

Nas licitações e contratos que envolvem obras e serviços de engenharia, essa contratação integrada ao ser escolhida pelo critério da forma de execução do contrato, deve haver a justificação técnica e econômica da sua utilização, não podendo olvidar que o critério de julgamento adotado será o de técnica e preço.

Destaca-se que a forma de execução de contrato nessa nova modalidade traz benefícios de grande monta, haja vista a celeridade no procedimento licitatório, que não precisa de um projeto básico para licitar, bem como a responsabilização perante o particular que irá executar a obra, minimizando a responsabilidade da Administração por falhas que porventura venham a acontecer na realização do projeto.

Outra novidade no regime diferenciado de contratações públicas está relacionada com a remuneração variável, disposta no art. 10 da Lei nº 12.462/11, em que a Administração remunera o contratado com valor variado, utilizando-se de metas, critérios de sustentabilidade ambiental, padrões e prazos que devem ser previamente instituídos tanto no instrumento convocatório quanto nos contratos.

O sistema de remuneração variável além de constitucional denota um excelente instrumento motivador para a execução dos contratos, pois a qualidade dos serviços estará relacionada diretamente com o valor a ser percebido pelo contratado.

Para a adoção da remuneração variável, esta deve atender ao interesse da Administração e ser útil, conforme assevera Rafael Wallbach Schwind (2011, p. 04), "a remuneração variável a ser estipulada pelo órgão público deve ser útil, relevante ao interesse público e estar devidamente fundamentada, seja na adoção do sistema, ou seja, na fixação dos critérios que influirão na remuneração variável".

Mercê do exposto, não se trata de tornar mais onerosa para uma das partes, mas encontrar um meio termo entre a relevância do benefício almejado e a contrapartida da remuneração a ser paga pelo trabalho realizado.

2.3.1.2 Comissão de licitação.

A comissão de licitação possui as mesmas características instituídas pela Lei nº 8.666/93, sendo que no novo regime esta comissão tem um rol de competências mais abrangente do que o disposto na Lei Geral.

No art. 34, § 1º da Lei nº 12.462/11 delega à Administração a incumbência de reger por meio de regulamento o funcionamento das comissões.

Como se não bastasse, o art. 7º do Decreto 7.581/11 regulamenta as atividades a serem exercidas pelos integrantes das comissões de licitação, é o que se vê:

Art. 7º São competências da comissão de licitação:

I - elaborar as minutas dos editais e contratos ou utilizar minuta padrão elaborada pela Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização, e submetê-las ao órgão jurídico;

II - processar licitações, receber e responder a pedidos de esclarecimentos, receber e decidir as impugnações contra o instrumento convocatório;

III - receber, examinar e julgar as propostas conforme requisitos e critérios estabelecidos no instrumento convocatório;

IV - desclassificar propostas nas hipóteses previstas no art. 40;

V - receber e examinar os documentos de habilitação, declarando habilitação ou inabilitação de acordo com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

VI - receber recursos, apreciar sua admissibilidade e, se não reconsiderar a decisão, encaminhá-los à autoridade competente;

VII - dar ciência aos interessados das decisões adotadas nos procedimentos;

VIII - encaminhar os autos da licitação à autoridade competente para adjudicar o objeto, homologar a licitação e convocar o vencedor para a assinatura do contrato;

IX - propor à autoridade competente a revogação ou a anulação da licitação; e

X - propor à autoridade competente a aplicação de sanções.

2.3.1.3 Convocação

No sistema jurídico-constitucional vigente, o edital é a lei interna da concorrência, cujo objetivo precípuo é delimitar o objeto da contratação, estabelecer os direitos e obrigações dos licitantes e do Poder Público, bem como delimitar os critérios utilizados na análise e julgamento das propostas, sem olvidar das cláusulas do futuro contrato.

A estrutura do ato convocatório no novo regime segue o quanto regulamentado no art. 8º do Decreto nº 7.581, o qual dispõe exemplificativamente acerca da estrutura do ato convocatório, elencando em seus incisos os elementos que devem estar previstos no instrumento quando da sua divulgação.

Em sua essência, o ato convocatório no regime diferenciado de contratações não difere do estatuído na Lei nº 8.666/93. A distinção, por sua vez, reside na necessidade de apresentação ou sigilo de alguns instrumentos trazidos no novo regime.

Dentre os novos instrumentos, o da eficiência no processo licitatório torna mais célere por meio da diminuição de prazos para apresentação das propostas, conforme previsto no Art. 15, I, da Lei nº 12.462/11:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

Um dos pontos de maior controvérsia no novo regime diz respeito ao sigilo do orçamento estimado, pois ele não integra o ato convocatório.

O art. 6º do diploma expõe que o orçamento estimado somente será público após o encerramento da licitação, sendo imediatamente após a adjudicação, assim disposto no art. 9º do Decreto nº 7.581/11.

Por outro lado, existe exceção ao sigilo nos casos em que o julgamento escolhido for maior desconto, melhor técnica ou conteúdo escolhido e maior oferta, os quais terão, respectivamente, seu orçamento, o valor do prêmio ou remuneração e o preço mínimo da arrematação incluídos no instrumento convocatório (art. 6, §§ 1º e 2º da Lei, e art. 9º, § 2º, III do Decreto).

Enfim, o sigilo do orçamento nas licitações no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas mostra-se muito eficaz, partindo da premissa de que cabe à Administração a escolha da Proposta mais vantajosa.

2.3.1.4 Publicação

No novo regime há duas mudanças concernente à última etapa da fase. A primeira diz respeito ao modo como a Administração está obrigada a veicular a divulgação não somente dos extratos dos editais nos Diários Oficiais e jornais de grande circulação, mas também no seu sítio eletrônico em um local específico para que sejam publicados todos os editais licitatórios. a segunda e mais polêmica está relacionada à dispensa da publicação dos extratos dos editais nos Diários Oficiais e jornais de grande circulação, no caso de licitações cujo valor “não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia” (art. 15, § 2º da Lei).

Diante do exposto, a publicação do edital apenas no site do órgão responsável pela licitação não ofende o princípio da publicidade, tendo em vista

que a ampla divulgação do processo licitatório pode ser feito somente no portal eletrônico da entidade, partindo do pressuposto que os licitantes interessados estão acompanhando as inovações tecnológicas, a exemplo do acesso à rede mundial de computadores.

2.3.2 Fase externa

A etapa externa denota que já publicado o edital, os interessados apresentam suas propostas e demonstram que preenchem os requisitos necessários para a realização da obra ou serviço.

Nesta fase não há diferenças entre os procedimentos utilizados na Lei geral de Licitação e o novo regime. Em ambas ocorrem a habilitação, o julgamento das propostas e dos recursos, a homologação e a adjudicação. Contudo, existe distinção entre essas normas no que se refere as formas de realização e disputa que a lei especial apresenta, bem como a inversão das fases de habilitação e julgamento como regra e a fase recursal única.

2.3.2.1 Formas de realização e de disputa da licitação

O art.13 do novo regime prevê declara “as licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial”.

Outra novidade pode ser constatada no art. 13, § 2º, do Decreto nº 7.581/11, em que pode ser utilizada a modalidade pregão por meio do sistema eletrônico, de que trata o Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005. Apesar desse procedimento não ser uma imposição do dispositivo traz reflexos importantes com a sua adoção. São eles: a obrigatoriedade: de credenciamento prévio dos interessados no processo licitatório (arts. 3 e 13 do Decreto nº 5.450/05); da comprovação de atendimento das condições de habilitação (art. 21, § 2º, do Decreto nº 5.450/05 e o art. 16 do Decreto 7.581/11); da atribuição do pregoeiro em decidir de forma isolada e imediata.

Destarte, ao utilizar do procedimento na forma eletrônica nas licitações conduzidas por meio do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, constata-se a relevância dessa modalidade na medida em que contribui diretamente para a celeridade econômica de todo o procedimento.

2.3.2.2 Julgamento das propostas

Na mesma linha da Lei geral de Licitações, nesse novo regime é possibilitado à Administração a partir do objeto a ser licitado escolher os critérios de julgamento.

Neste item, é importante mencionar que ocorreram algumas mudanças de pouco impacto, bem como a criação de dois novos tipos. A primeira está relacionada ao percentual limite de 70% (setenta por cento) ao fator de ponderação mais relevante quando o critério utilizado for técnica e preço. A outra diz respeito a seleção pela melhor técnica, que também será usada quando o objeto for o melhor conteúdo artístico.

Nesse contexto, o art. 32 do Decreto nº7.581 adiciona disposição relevante quando as licitações realizadas utilizarem o critério de melhor conteúdo artístico. Estatui que, em casos específicos como o explicitado acima, a comissão de licitação terá um auxílio de uma comissão especial composta de pelo menos três pessoas de ilibada reputação e notório conhecimento da matéria sob exame, que podem inclusive ser servidores públicos.

Outras duas mudanças foram criadas pela Lei nº 12.462/11 nas licitações; uma quando tiver como objetivo a escolha das prestações menos dispendiosas, que será adotado o critério de julgamento de maior desconto. Através desse critério será declarada vencedora a proposta com maior desconto ao valor estimado e publicado juntamente com o instrumento convocatório.

Para que seja adotado esse critério nas obras ou serviços de engenharia é necessário observar que o desconto deve incidir linearmente sobre o preço de todos os itens mencionados no edital para evitar “jogo de preços” ou “jogo de planilhas”, conforme entendimento de Nester (2012, p. 234):

“situação em que o licitante se aproveita de eventuais defeitos nos projetos que embasam a licitação por preço global, identificando itens com quantitativos muito baixos (para os quais oferece preços elevados) e itens com quantitativos muito altos (para os quais oferece preços reduzidos ou irrelevantes). Isso possibilita que, na média, o preço global da proposta se apresente reduzido, garantindo a vitória do licitante no certame, com posterior readequação durante a execução do contrato, por aditamento”.

Por fim, o último critério de julgamento presta-se para as hipóteses em que o objeto licitado será adotado mediante contrato de eficiência. Tal inovação refere-se ao maior retorno econômico previsto nos arts. 18, VI, e art. 23 da Lei nº 12.462/11.

A título de esclarecimento, o ofertante deverá apresentar a proposta contendo o prazo de entrega, e a economia que será gerada devidamente expressa

em unidade de medida e monetária, bem como a proposta de preço correspondente a um percentual de economia durante um certo período em unidade monetária (art. 37 do Decreto nº 7.581/11).

Quando utilizado, a remuneração do particular contratado é estipulada com base em percentual da economia gerada para a Administração contratante. Em caso de a vantagem não for alcançada a meta prevista no contrato, fixada com base na proposta vencedora, o particular estará sujeito à multas do art. 23, § 3º da Lei:

A previsão no instrumento convocatório (art. 36, § 3º do Decreto) delimitará os parâmetros objetivos da economia gerada com a execução do contrato no tocante às vantagens almejadas pelo contratante. Por sua vez, a classificação das propostas estará atrelada à economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida do preço (art. 36, § 4º do Decreto).

Por fim, a última inovação adotada pelo novo regime está prevista no seu art. 26, *caput*. "definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado".

Diante do apresentado, para que a Administração possa contratar com a proposta mais vantajosa, um ótimo instrumento a ser adotado é a negociação. Contudo, esta deve ser praticada com parcimônia, a fim de não atentar contra o princípio da isonomia.

2.3.2.3 Habilitação e recursos

No novo regime existe outra peculiaridade que é a modificação da ordem das fases da licitação contrariando o quanto disposto na Lei Geral de Licitação.

Nesse diploma, a fase de habilitação ocorre após o julgamento das propostas, conforme prevê o art. 14,II, da Lei nº 12.462/11, *in verbis*:

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

(...)

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;

Esta inversão vai de encontro a Lei Geral, pois a mesma exige como requisito para apresentação da proposta a prévia habilitação.

Entretanto, não há efetivamente grandes diferenças entre as normas, pois o art. 14, caput, do novo regime faz menção ao disposto nos art. 27 a 33 da Lei Geral como exigência dos documentos para habilitação. Como se não bastasse, o art. 46, § 1º do Decreto possibilita a substituição dos documentos quer seja parcial ou total por certificado cadastral e certificado de pré-qualificação, do mesmo modo é utilizado no art. 32, § 3º da Lei nº 8.666/93.

É de suma relevância destacar duas novidades trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Uma refere-se à postergação da verificação dos documentos referentes à regularidade fiscal do licitante mais bem qualificado (art. 14, IV). A outra, por sua vez, está prevista no art. 48 do Decreto 7.581/11 nos seguintes termos:

Art. 48. Quando utilizado o critério de julgamento pela maior oferta de preço, nas licitações destinadas à alienação, a qualquer título, dos bens e direitos da administração pública, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira poderão ser dispensados, se substituídos pela comprovação do recolhimento de quantia como garantia, limitada a cinco por cento do valor mínimo de arrematação.

Parágrafo único. O disposto no caput não dispensa os licitantes da apresentação dos demais documentos exigidos para a habilitação.

Por outro lado, caso a Administração entenda mais conveniente o quanto disposto na Lei Geral de Licitação poderá manter o quanto disposto naquela norma, basta que o ato seja motivado e conste no instrumento convocatório. Ao utilizar daquele procedimento somente os previamente habilitados terão suas propostas analisadas (art. 14, III, da Lei).

Essa inversão de fases já ocorre em outros diplomas no ordenamento jurídico pátrio, como por exemplo a Lei nº 10.520/02 – Lei do Pregão e a Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11079/04.

Sendo assim, a modificação na ordem das fases da etapa externa da licitação proporciona um benefício de grande monta para a Administração, haja vista o

processo licitatório tornar-se-á mais célere e barato, pois ocorrerá a análise da documentação da habilitação apenas de um ofertante.

Em decorrência dessa modificação ocorrerá a existência de uma fase recursal única; diferentemente da Lei Geral de Licitações que prevê dois momentos para a interposição de recursos: após a habilitação e após o julgamento. Nota-se que aquele método gera uma morosidade ímpar, na medida em que enquanto não forem julgados todos os recursos os lances não podem ser concedidos. Na mesma linha de raciocínio aplica-se à homologação do certame, pois a mesma só pode ocorrer após o julgamento de todos os recursos da fase de julgamento.

CONCLUSÃO

A licitação é o conjunto de procedimentos capaz de moralizar as compras ou serviços contratados pelos entes federativos. Identificada como uma cadeia de atos com finalidade específica com o objetivo de um resultado final e conclusivo, com características específicas tem a natureza jurídica de procedimento administrativo, segundo o qual obedece tanto a legislação quanto às diretrizes estabelecidas pela Administração pré-estabelecidas no edital.

Ao considerar a escolha do Brasil para sediar a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, este fato possibilitou a adoção de um tipo de licitação diverso do já regulamentado na Lei nº 8.666/93 em face ao exíguo tempo para adequação de uma infraestrutura e a lentidão nos processos licitatórios norteados por esse diploma.

Dessa forma, foi criada a Medida Provisória 527/11, a qual foi convertida na Lei nº 12.462/11 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, segundo o qual foram estabelecidos diversos instrumentos com o propósito de tronar o processo licitatório mais célere e econômico, o que, está comprovado pelo estudo realizado no presente trabalho.

Os aspectos fundamentais trazidos à tona com a sistemática procedimental, criada pelo regime diferenciado de contratações públicas, trouxeram inovações e aperfeiçoamentos no processo de contratação pública que denotam o comprometimento do Estado com a celeridade e a eficiência no procedimento de contratação de obras ou serviços entre as partes envolvidas. Tais estratégias buscaram superar algumas disfunções do modelo tradicional de contratação que, inevitavelmente, marcam de ineficácia e lentidão no procedimento de contratação pública no Estado brasileiro.

Tendo em vista tratar-se de uma nova modalidade licitatória para o Estado brasileiro, em fase implementação no ordenamento jurídico, espera-se que sejam

afastadas as distorções do regime seja legislação ou pela jurisprudência. Após a superação dessas questões pontuais, o regime diferenciado que, a princípio, apresentou-se de forma casuística, para atender a uma demanda contingencial do Estado, poderá se consolidar de forma permanente, promovendo avanços e mudanças desejáveis no campo das contratações públicas brasileiras.

Diante do exposto, os instrumentos analisados cuidadosamente neste breve estudo ratificam a importância de suas incorporações à Lei Geral de Licitação, com o objetivo de serem adotados por aquele diploma as características presentes no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Edgar Carlos de. **Lições de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 2. ed.: São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu, Aspectos jurídicos da licitação. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direito administrativo moderno**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contratos Administrativo*. 13. ed. atualizada por Eurico de Andrade e Azevedo e Maria Lucia Mazzei de Alencar. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho, BICALHO. Alécia Paolucci Nogueira. RDC: Contratações para Copa e Jogos Olímpicos Lei 12.462/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no regime diferenciado de contratações públicas. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 58, dezembro de 2011, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>, acesso em 07/10/2014.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual Prático das Licitações*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/3509/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 18/10/2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZOCKUN, Maurício. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas –RDC*. 2ª Ed. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2012.

O CREDENCIAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A VIABILIDADE DE CONVOCAÇÃO DE ENTIDADES FINANCEIRAS PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS VIA CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO

DANILLO AUGUSTO GOMES DE MOURA E SILVA:

Procurador Municipal, Advogado, Pós-graduado em Direito Público pela Anhaguera Uniderp.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo avaliar o instituto do credenciamento no âmbito da Administração Pública e sua potencial utilização para convocação de entidades financeiras para a prestação do serviço de pagamento de tributos via cartão de crédito e de débito, sem qualquer ônus ou encargo ao Poder Público, sob as luzes dos posicionamentos da jurisprudência, dos entendimentos do Tribunal de Contas da União e com base em experiências já executadas.

PALAVRAS-CHAVES: Licitação. Inexigibilidade. Credenciamento. Pagamento de tributos. Cartão de crédito e débito.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE LICITAÇÃO; 3. O CREDENCIAMENTO. 4. A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS VIA CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. 5. EXPERIÊNCIAS DE CREDENCIAMENTO. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Uma das noções básicas de república, desde os tempos romanos, diz respeito à consideração da *res publicae* (coisa pública), no sentido de que o Estado, formado a partir do agrupamento social, é constituído por elementos pertencentes aos membros daquela comunidade, e não de sujeitos específicos. Ainda, outra noção cara a este conceito, é a de que o Estado atua em prol da coletividade, e não em função de interesses pessoais de determinados sujeitos, além de que os governantes são responsabilizados por seus atos.

Nesta temática, traz-se à baila a lição de Bernardo Gonçalves Fernandes:

O princípio republicano é responsável por fixar a forma de Governo do Estado, estabelecendo a relação entre governantes e governados. A *res publica* (ou a coisa pública) se caracteriza pelo fato do povo, em todo ou em parte, possuir o poder soberano, ao passo que na monarquia, tem-se apenas um governante, marcando uma oposição, principalmente, contra a tradição do Absolutismo. Tal forma

de governo tem por base a defesa da igualdade formal entre as pessoas, de modo que o poder político será exercido eletivamente por mandato representativo, temporário. Destaca-se, ainda, uma característica importante na forma republicana, que é a responsabilidade: o governantes são responsáveis por seus atos, seja com sanções políticas (impeachment), seja com ações penais e civis[1].

Transportando-se estes vetores para os tempos atuais, especialmente sob a égide da Constituição Federal de 1988, tem-se que um corolário da noção de república é o dever de licitar. O Texto Constitucional, no seu art. 37, XXI, é expresso nesse sentido, impondo ao agente público, em regra, a realização do procedimento licitatório[2].

Assim, dentro da teoria tridimensional realiana, de pronto se percebe a vocação do instituto do certame licitatório para salvaguarda do valor republicano.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE LICITAÇÃO

É privativa da União a competência para legislar sobre licitações, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal[3]. Mas, os Estados-membros e o Distrito Federal podem legislar para tratar de assuntos regionais, desde que não afrontem a legislação federal.

Outro não é o entendimento jurisprudencial, bem expresso na seguinte ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”.

Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido. (STF - RE: 423560 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 29/05/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)[4]

Em nível infraconstitucional, a licitação é regrada na Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), e, ainda, encontra regramento em outras leis específicas, a exemplo da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratação); e da Lei nº 13.303/2006 (Lei das Estatais), que tem disposições legais aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Ilustrando esta competência legislativa concorrente, o Estado de Pernambuco dispõe de sua própria Lei de Licitações (Lei Estadual nº 12.986, de 17 de março de 2006), que disciplina no as licitações executadas pela Administração Pública estadual, obviamente em adição às normas da Lei Geral de Licitações.

Nesse cenário, tem-se que, como dito, a regra geral é a realização da licitação nas contratações por parte do Poder Público, nos moldes do já citado art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Ocorre que, há situações concretas vivenciadas pela Administração Pública em geral em que não é curial a realização do certame licitatório, seja porque o objeto contratual não é disputável pelos interessados, seja porque ao administrador público foi dada a opção de realiza-lo, ou não, seja, por fim, por deliberação do próprio legislador, que não enxergou o interesse público na realização deste procedimento.

Esses três casos acima listados constituem a exceção ao dever de licitar, de tal forma que a Administração Pública pode proceder à contratação direta do objeto tencionado. E isto, inclusive, com assento constitucional expresso no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que ressalva o certame nos casos definidos em lei.

Ainda, a doutrina especializada denomina essas três possibilidades de ressalva ao dever de licitar como hipóteses de licitação inexigível, dispensável e dispensada, respectivamente.

É de bom alvitre registrar o seguinte escólio:

A distinção entre a inexigibilidade e a dispensa de licitação está relacionada à possibilidade ou não de competição. Na inexigibilidade, a competição é inviável porque só existe uma pessoa ou um objeto que atende às necessidades da Administração, razão pela qual não é possível realizar a licitação. É o que ocorre, por exemplo, no caso da contratação de artistas consagrados, diretamente ou por meio de empresário exclusivo. Na dispensa, ao contrário, embora exista a possibilidade de competição, a licitação não é realizada por razões de interesse público. Alguns autores costumam diferenciar as hipóteses de dispensa fazendo a distinção entre licitação dispensada e licitação dispensável. Na licitação dispensada, embora seja possível a competição, a própria lei, de forma vinculante, determina que o certame não se realize. Já na dispensável, embora também seja possível a competição, a lei autoriza que o agente público competente, de forma discricionária, decida se realiza ou não o procedimento licitatório. Em outras palavras, nas hipóteses de licitação dispensável a realização do certame é facultativa. Se optar por não realizá-lo, a Administração efetuará a dispensa antes da contratação[5].

Analisando a Lei nº 8.666/1993, tem-se que a licitação inexigível é prevista no seu art. 25; a dispensável, no art. 24; e a dispensada, no art. 17, I e II. Há outras

hipóteses de contratação direta previstas em outras normas, como, *v.g.*, na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), art. 24. Porém para os fins deste articulado, limitar-se-á à problematização com base na Lei Geral de Licitações.

Pois bem.

Se a regra geral é a realização da licitação, para que esta seja superada é necessário observar o disposto no art. 26[6], da Lei nº 8.666/1993, assim gizado:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados[7].

Volvendo aos casos que autorizam a contratação direta, especificamente a inexigibilidade de licitação, esta é configurada quando inexistir a viabilidade de competição entre os potenciais interessados. É interessante o teor do art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, pois o legislador previu uma no início do dispositivo o rol aberto de situações suscetíveis de concretizarem a inexigibilidade e, mais à frente, nos seus incisos, trouxe três exemplos destes casos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis[8].

Trata-se de relevante medida porque é humanamente impossível o legislador antever todas as situações concretas, de forma exaustiva, que teriam o condão de inviabilizar a competição, sob pena de travar a própria atividade administrativa, acaso eventual hipótese fenomênica não se subsumisse ao programa normativo.

A essência do instituto é louvável, notadamente em uma sociedade líquida atualmente vivenciada[9], caracterizada pela cada vez mais agilidade no processo de mutação das relações sociais (em todos os campos: política, economia, comércio,

tecnologia, acesso a informações, etc.). As eventuais deturpações nele verificadas não têm nada a ver com a sua essência e finalidade.

A gênese do próprio art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, deixa transparecer que existem causas supralegais contratação direta via inexigibilidade de licitação.

E uma destas hipóteses é justamente o chamado credenciamento, trabalhado no tópico a seguir.

3. O CREDENCIAMENTO COMO HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

E para atender a este desiderato exsurge a figura do credenciamento, que é o procedimento administrativo decorrente da inexigibilidade de licitação, pela ausência de competição entre os interessados, destinado a formar a maior rede possível de prestadores de determinado serviço de interesse da Administração Pública. Nesse sentido, eis as palavras de Rafael Rezende de Oliveira:

O credenciamento é uma hipótese de inexigibilidade de licitação que tem por fundamento o *caput* do art. 25 da Lei 8.666/1993. O sistema de credenciamento permite a seleção de potenciais interessados para posterior contratação, quando houver interesse na prestação do serviço pelo maior número possível de pessoas. A partir de condições previamente estipuladas por regulamento do Poder Público para o exercício de determinada atividade, todos os interessados que preencherem as respectivas condições serão credenciados e poderão prestar os serviços. Não há, portanto, competição entre interessados para a escolha de um único vencedor, mas, sim, a disponibilização universal do serviço para todos os interessados que preencherem as exigências previamente estabelecidas pelo Poder Público (ex.: credenciamento para prestação de serviço pelas autoescolas e outras entidades destinadas à formação de condutores e às exigências necessárias para o exercício das atividades de instrutor e examinador, conforme o regulamento expedido pelo CONTRAN, na forma do art. 156 do Código de Trânsito Brasileiro)[10].

Não se pode olvidar, ainda, que esta temática de contratação direta pelos entes públicos já foi apreciada pelo Tribunal de Contas da União, que, de fato,

reputa como legítimo este procedimento, reconhecendo-o como hipótese de inexigibilidade para situações não previstas expressamente na Lei nº 8.666/1993:

É regular a utilização do credenciamento em casos cujas particularidades do objeto a ser contratado indiquem a inviabilidade de competição, ao mesmo tempo em que se admite a possibilidade de contratação de todos os interessados em oferecer o mesmo tipo de serviço à Administração Pública (Acórdão nº 1545/2017- Plenário, de 19.07.2017)

O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados[11].

Ainda assim, em que pese possibilitar a contratação direta, o próprio Tribunal de Contas da União fixou três condicionantes básicos a orientar o procedimento de credenciamento, como se extrai do enunciado do Acórdão nº 2504/2017- Primeira Câmara, *verbis*.

O credenciamento pode ser considerado como hipótese de inviabilidade de competição quando observados requisitos como: i) contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; ii) garantia de igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; iii) demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma[12].

Destarte, essas três balizas fixadas pela Corte de Contas da União são de observância obrigatória em caso de adoção desse instituto pelo ente público.

Ainda, a jurisprudência pátria igualmente reconhece a legitimidade do credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação. Seguem precisas ementas de julgados bem ilustrando a problemática:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE. CREDENCIAMENTO DE EMPRESAS DE AVIAÇÃO PARA O FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS À ADMINISTRAÇÃO SEM O INTERMÉDIO DAS AGÊNCIAS DE VIAGENS E TURISMO. POSSIBILIDADE. I - O credenciamento público é uma ferramenta utilizada pela Administração Pública para a contratação direta que consiste no chamamento de todos os interessados de um determinado setor para o fornecimento de bens e serviços, revelando-se como uma hipótese de inexigibilidade de licitação, estando amparado pelo art. 25 da Lei de Licitações, ante a inviabilidade de competição. II - O sistema de credenciamento público para a compra de passagens aéreas, sem o intermédio das agências de viagens e turismo, guarda afinidade com as diretrizes postas na Lei de Licitações, uma vez que proporciona substancial agilidade e economia para os cofres públicos. III - Não há norma que obrigue a Administração a contratar agências de viagens para a aquisição de passagens aéreas, de modo que cabe ao administrador, no exercício do seu poder discricionário, o dever de aferir a forma mais eficaz e menos onerosa de realizar as aquisições e contratar os serviços a serem prestados. IV - Apelação desprovida. Sentença confirmada[13].

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. CONTRATO DE CREDENCIAMENTO. RESILIÇÃO. DIREITO A VERBAS TRABALHISTAS, PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DURANTE PERÍODO GESTACIONAL E LICENÇA MATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA EXCEPCIONAL DO VÍNCULO ADMINISTRATIVO. HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO (ART. 25 DA LEI 8.666/93). DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. I - O contrato de credenciamento é uma espécie de contratação por inexigibilidade de licitação, com supedâneo no artigo 25 da Lei nº 8.666/93, resultante da inviabilidade de competição, que tem como peculiaridades o preço pré-fixado e uma demanda superior à capacidade de oferta pelo Poder Público, quando há o interesse da Administração em contratar todos os prestadores de serviços que atendam aos requisitos do edital de chamamento[14].

Diante deste panorama fático e jurídico, tem-se pela viabilidade da realização do procedimento de credenciamento das instituições interessadas para a execução de determinadas atividades, desprovida da nota de competitividade nesta vinculação inicial.

E um das hipóteses fáticas que vem sendo reconhecida como atividade deste jaez é a disponibilização do pagamento dos tributos ao ente público via cartão de crédito e de débito, sem qualquer encargo ou ônus para o Fisco interessado, o que será detalhado no próximo tópico.

4. A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS VIA CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO

O art. 97, VI, do Código Tributário Nacional, determina que só a lei pode estabelecer as causas de extinção do crédito tributário. Assim, deve-se observar a legislação de cada ente, especificamente para identificar se há autorização, por lei, para a disciplina do recolhimento dos tributos por meio de pagamento via cartão de crédito ou de débito através de decreto ou ato do Executivo, como, por exemplo, portaria do órgão fiscal, ou se, em caso contrário, será necessária a edição de lei neste sentido.

Estabelecido o meio normativo adequado, é possível proceder à edição do ato autorizando esta forma especial de pagamento de créditos fiscais. A bem da verdade, trata-se de medida que atende ao princípio da praticidade de tributação, já que promove facilitação nas formas de pagamento das exações através de operações por meio de cartão de crédito e de débito, de tal forma que o Poder Público, de um lado, passa a receber imediata e integralmente o valor do crédito tributário, sem qualquer prejuízo ou ônus na operação, e, de outro, o contribuinte passa a dispor da possibilidade de quitar seus débitos perante o Fisco com a contratação do serviço junto à instituição bancária como lhe convier.

A Lei nº 12.865/2013, que, dentre outros assuntos, trata sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB, também serve de base normativa para tanto (arts. 7º a 15).

5. EXPERIÊNCIAS DE CREDENCIAMENTO

Alguns entes públicos já disponibilizam o serviço de recolhimento de tributos por meio de cartão de crédito ou de débito, inclusive com a seleção das entidades financeiras responsáveis por executar esta atividade por meio do sistema prévio credenciamento, como acima consignado.

Por exemplo, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte foi editado o Decreto nº 29.218, de 14 de outubro de 2019, com a disciplina do pagamento via cartão de crédito e de débito para os tributos estaduais. De relevante, registre-se o teor do art. 5º do referido Decreto:

Art. 5º O recolhimento dos créditos fiscais do Rio Grande do Norte será feito exclusivamente no valor integral do boleto gerado em favor do Tesouro Estadual.

§ 1º Para fins do recolhimento referido no caput, o contribuinte poderá, opcionalmente, sem prejuízo da utilização das demais formas previstas na legislação, utilizar os meios oferecidos pelas empresas credenciadas, para pagamento mediante o uso de cartão de crédito ou débito, à vista ou em parcelas, dos boletos gerados pelos sistemas da Secretaria de Estado da Tributação (SET) e da Procuradoria-Geral do Estado (PGE).

§ 2º Na hipótese de utilização de cartão de crédito ou débito:

I – o recolhimento perante o agente arrecadador, correspondente ao pagamento do boleto gerado pelos sistemas da Secretaria de Estado da Tributação (SET) ou da Procuradoria-Geral do Estado (PGE), será realizado no mesmo dia em que for efetivada a operação financeira relativa ao cartão de crédito ou débito, assegurando-se o recebimento do valor integral pelos cofres públicos;

II – os encargos e eventuais diferenças de valores a serem cobrados por conta da utilização do cartão de crédito ou débito ficam exclusivamente a cargo do devedor que optar por esse meio de pagamento;

III – a operação será realizada por conta e risco das instituições integrantes do Sistema de Pagamento Brasileiro (SPB), de modo que eventual inadimplemento por parte do titular do cartão em relação à respectiva fatura não produzirá qualquer efeito em relação ao valor recolhido aos cofres públicos, nem gerará ônus ao Estado;

IV – a quitação decorrente da operação de pagamento processada pela empresa credenciada favorece o sujeito passivo do débito a que se referir o boleto utilizado na operação, mesmo que ele não seja o titular do cartão de crédito ou débito.

§ 3º A mera apresentação de recibo da operação financeira realizada entre o titular do cartão de crédito ou débito e a operadora do respectivo cartão não comprova a quitação do débito do sujeito passivo com o Estado.

§ 4º A quitação do débito fiscal de que trata este Decreto só será reconhecida depois de processado o pagamento do boleto gerado[15].

Como se vê, segundo este Decreto, o Estado do Rio Grande do Norte recebe seu crédito na mesma data em que processada a operação perante a instituição financeira e isto sem qualquer ônus ou encargo para si. Os juros remuneratórios devidos por esta operação serão de responsabilidade do contribuinte em face da instituição financeira, não influenciando em qualquer aspecto no crédito fiscal.

Outro exemplo de consagração deste sistema é a Portaria nº 1.1738, de 09 de agosto de 2019, da Secretaria da Fazenda do Estado de Alagoas, que igualmente impõe o dever de repasse ao ente público dos valores alvo do pagamento por meio de cartão de crédito ou débito:

Art. 14. A empresa credenciada tem o dever de realizar o pagamento ao Estado de Alagoas, objeto da contratação do Arranjo de Pagamento junto ao contribuinte, no mesmo dia da referida contratação[16].

Essas normas, portanto, exemplificam importante instrumento posto à disposição dos contribuintes, que passam a ter mais uma forma de quitar seus débitos perante o Fisco e, ainda, serve como medida de otimização da arrecadação fiscal.

6. CONCLUSÃO

A impossibilidade de antevisão do legislador de todas as situações concretas que podem gerar a ausência de competição entre interessados é situação legitimadora da consagração do instituto do credenciamento pela Administração Pública, amplamente assim aceito pela doutrina, jurisprudência e pelo Tribunal de Contas da União.

Também é viável sua utilização para convocação de entidades interessadas em possibilitar o pagamento de créditos fiscais por meio de cartão de crédito ou débito, medida esta que representa vantagem para o Poder Público, que recebe seu crédito integralmente no ato da operação, e para o contribuinte, que passa a contar com mais uma possibilidade de honrar o pagamento do débito fiscal correlato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DE DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3º Ed. São Paulo: Método, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. ESTADO DE ALAGOAS. PORTARIA SEF Nº 1679 DE 08 DE AGOSTO DE 2019. Disponível em: <http://gcs.sefaz.al.gov.br/documentos/visualizarDocumento.action?key=PxcKpf4Kf%2Bk%3D> . Acesso em: 23 de dez. de 2019.

_____. ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. DECRETO Nº 29.218, DE 14 DE OUTUBRO DE 2019. Disponível em: http://diariooficial.rn.gov.br/dei/dorn3/docview.aspx?id_jor=00000001&data=20191015&id_doc=662239 Acesso em: 23 de dez. de 2019.

_____. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 23 de dez. de 2019.

_____. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 23 de dez. de 2019.

_____. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 23 de dez. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 423560/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 29.05.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 23 de dez. de 2019.

____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 423560/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 29.05.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 23 de dez. de 2019.

____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3567/2014, Plenário, julgado em 09.12.2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação nº 00506966920158090137, relator: CARLOS ROBERTO FAVARO, Data de Julgamento: 13/06/2019. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/721773240/apelacao-apl-506966920158090137?ref=serp>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 00155710620154013400, 0015571-06.2015.4.01.3400, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, Data de Julgamento: 21/02/2018. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604464280/apelacao-civel-ac-155710620154013400-0015571-0620154013400?ref=serp>. Acesso em: 23 de dez. de 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4º Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9º Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33º Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Rezende de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2018.

____. **Licitações e Contratos Administrativos**. 8º Ed. São Paulo: Método, 2019.

NOTAS:

[1] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9º Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 297.

[2] "O legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilecividade do patrimônio público determinou no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a regra da obrigatoriedade da licitação." MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33º Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 273.

[3] CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 442.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 423560/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 29.05.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 23 de dez. de 2019.

[5] ALEXANDRE, Ricardo; DE DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3º Ed. São Paulo: Método, 2017, p. 281.

[6] OLIVEIRA, Rafael Rezende de. **Licitações e Contratos Administrativos**. 8º Ed. São Paulo: Método, 2019, p. 59.

[7] BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[8] BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[9] Sobre o tema, vide BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

[10] OLIVEIRA, Rafael Rezende de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2018, p. 475.

[11] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3567/2014, Plenário, julgado em 09.12.2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[12] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2504/2017, 1ª Câmara, julgado em 02.05.2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em 23 de dez. de 2019

[13] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 00155710620154013400, 0015571-06.2015.4.01.3400, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, Data de Julgamento: 21/02/2018. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604464280/apelacao-civel-ac-155710620154013400-0015571-0620154013400?ref=serp>. Acesso em: 23 de dez. de 2019.

[14] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação nº 00506966920158090137, relator : CARLOS ROBERTO FAVARO, Data de Julgamento: 13/06/2019. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/721773240/apelacao-apl-506966920158090137?ref=serp>. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[15] BRASIL. ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. DECRETO Nº 29.218, DE 14 DE OUTUBRO DE 2019. Disponível em: http://diariooficial.rn.gov.br/dei/dorn3/docview.aspx?id_jor=00000001&data=20191015&id_doc=662239 Acesso em: 23 de dez. de 2019.

[16] BRASIL. ESTADO DE ALAGOAS. PORTARIA SEF Nº 1679 DE 08 DE AGOSTO DE 2019. Disponível em: <http://gcs.sefaz.al.gov.br/documentos/visualizarDocumento.action?key=PxcKPf4Kf%2Bk%3D> . Acesso em: 23 de dez. de 2019.

O REGIME SUCESSÓRIO DE CÔNJUGES E COMPANHEIROS: INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

CAIO NUNES DE BARROS: Pós graduado em Direito Constitucional pela universidade Anhanguera-Uniderp.

SUMÁRIO: O presente artigo busca abordar as diferenças entre os regimes sucessórios de cônjuges e companheiros previsto no texto original do Código Civil de 2002, bem como a posterior declaração de inconstitucionalidade do at 1790 do mesmo diploma legal.

Palavras-chave: Cônjuge. Companheiro. Direito das Sucessões. Direito de Família.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REGIME SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 3. REGIME SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO ANTES DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL. 4. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CC. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O Direito das Sucessões está inevitavelmente ligado ao Direito Constitucional e ao Direito de família em um processo de evolução conjunta. O artigo 226 da Constituição de 1988 representa a ligação entre os três ramos do direito, uma norma de teor programático e principiológico cujas definições elegeram o caminho a ser trilhado pelo posterior Código Civil de 2002[1]. Eis a redação do dispositivo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita 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. (Decisão do STF que estende os dispositivos relativos à união estável entre homem e mulher àquelas homoafetivas, notadamente entre casais do mesmo sexo)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.[2]

A CF elencou novos paradigmas para o direito de família, pois nem sempre as famílias foram reguladas por critérios de afetividade, solidariedade, livre planejamento familiar e, principalmente, dignidade da pessoa humana. Tais mudanças estruturais acabaram repercutindo na histórica configuração das sucessões de cônjuges e companheiros.

É bastante perceptível, a priori, da análise do referido artigo, que o constituinte de 1988, deliberadamente, optou por um conceito amplo de família para não apenas incluir diferentes formas de organização familiar, mas também colocá-las em patamar equânime. Ao longo do século XX, inúmeras foram as transformações no Direito de Família decorrentes do aprofundamento doutrinário e, sobretudo, da emancipação frente aos preceitos religiosos em torno da matéria (no caso do Brasil, a tradição judaico-cristã). As mudanças só foram possíveis através separação instrumental entre e os conceitos jurídicos e religiosos.

Pelas disposições originais do Código Civil de 1916[3], o casamento era a única forma de constituir família regulada pelo direito e, ainda assim, bastante diferente do que temos atualmente sobre a união conjugal. Àquele tempo, ainda seguindo o dogma do direito canônico, o casamento era união indissolúvel, sendo apenas possível desvincular-se quando algum dos cônjuges viesse a falecer. Tratava-se, portanto, de uma visão sacramental do casamento.

Foi apenas na década de 1970 que a separação judicial seguida pelo divórcio foi contemplada pelo direito brasileiro, ainda sob forte oposição de líderes religiosos. Nesse sentido, nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro dos Santos Guerra:

[...] com as mudanças sociais advindas no decorrer do século XX, tal visão estaria fadada a mudar. A longevidade, a emancipação feminina, a perda de força do cristianismo, a liberação sexual, o impacto dos meios de comunicação de massa, o desenvolvimento científico com as perícias genéticas e descobertas no campo da biogenética, a diminuição das famílias com o aperfeiçoamento e difusão dos meios contraceptivos, tudo isso atingiu fortemente a configuração familiar.[...][4]

A evolução, todavia, não se deu apenas em relação à tradicional visão do casamento. A União Estável também surgiu das práticas consagradas no costume e que aos poucos foi sendo regulada pelo direito. Com efeito, a União Estável nasceu em contexto de total desprestígio, vista sob o viés da completa inferioridade frente ao casamento. A figura inicial dos concubinos, tanto puros quanto impuros, pelo que o próprio nome demonstra, deflagrou uma longo processo de equiparação e de reconhecimento como forma digna de constituir-se em família.

Conforme lição de Lôbo e Matos:

“Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.”[5]

2. REGIME SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A História do Direito das Sucessões foi marcada, durante muito tempo, por uma grande disparidade de tratamento entre cônjuges e companheiros. Entretanto, esse quadro tem se modificado conforme se modifica também o conceito de família

para o Direito. Em relação ao direito das sucessões tanto os cônjuges quanto os companheiros foram ganhando espaço na sua relação como herdeiros.

No Código Civil de 1916 o cônjuge ocupava o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. O cônjuge, ademais, não estava arrolado entre os herdeiros necessários (art.1.721). Isto significa dizer que o *de cujus* podia afastá-lo livremente da sucessão, apenas dispondo de todos os seus bens em favor de terceiros em testamento.

Atualmente, com a vigência do Código Civil de 2002, o entendimento é diverso. A primeira alteração importante foi a colocação do cônjuge como herdeiro também nas duas primeiras classes preferenciais, em concorrência, portanto, com os descendentes e os ascendentes. É o que teor do art. 1.829:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge

sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime

da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens

(art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão

parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

O Código Civil de 2002 manteve a ordem de vocação hereditária do Código Civil anterior, com algumas modificações: o cônjuge passou a poder concorrer com os descendentes, dependendo do regime de bens em que fora casado com o *de cujus* e também com os ascendentes, independentemente do regime de bens adotado. Não havendo descendentes e nem ascendentes, o cônjuge é chamado sozinho. É apenas na sua ausência que os colaterais serão chamados, até o quarto

grau. Entre todas, no entanto, a alteração mais relevante foi tornar o cônjuge herdeiro necessário (art. 1845 do CC).

O cônjuge tem precedência sobre os colaterais, ou seja, não havendo parentes em linha reta, herdará tudo sozinho, desde que não esteja separado judicialmente, nem de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa sua.

Pela nova disposição legal, o cônjuge herda juntamente com os descendentes, salvo se for casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Ou seja, herda o cônjuge se for casado com regime de separação absoluta de bens, participação final nos aquestos ou, quando houver bens particulares na comunhão parcial de bens.

Não havendo descendentes nem ascendentes, o cônjuge não concorre com os colaterais (art. 1829, III). Prevalece em relação a estes, independentemente do regime de bens. Isto porque o cônjuge teve com o *de cuius* maior afinidade e contribuiu muito mais para a construção do patrimônio do que os colaterais, sendo merecedor, portanto, da totalidade da herança (art. 1838 do CC). Apenas se não houver cônjuge sobrevivente nos termos do art. 1830 é que serão chamados a suceder os colaterais até o 4º grau (art. 1839 do CC).

Mantém o Código Civil de 2002 o direito real de habitação no art. 1.831, estendendo-o a qualquer regime de bens. Não repetiu o novo Código a expressão "enquanto viver e permanecer viúvo". Obviamente o direito só existe enquanto viver o cônjuge, não sendo transmissível com sua morte. Quanto à exigência de que permaneça viúvo, não mais prevalece, o único requisito constante na lei é que o imóvel seja o único daquela natureza a inventariar.

O novo Código acresce também uma restrição para o cônjuge no art. 1.830: seu direito sucessório se encerra não apenas com a dissolução da sociedade conjugal, como no Código anterior (art. 1.611, *caput*), mas também com a separação judicial ou de fato por mais de dois anos. A regra não se aplica apenas cônjuge sobrevivente comprovar que a convivência se tornou impossível sem culpa sua.

Um dado curioso é que, embora o cônjuge agora seja considerado herdeiro necessário, não cuidou o Código Civil de 2002 de hipóteses para a sua deserdação. O art. 1.961 apenas menciona a possibilidade de deserdação de herdeiros necessários, porém, os dois artigos seguintes tratam, respectivamente, das causas

de deserdação dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes por seus descendentes, não há no novo Código qualquer dispositivo que preveja as causas de deserdação do cônjuge. Portanto, não sendo possível a aplicação da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas não seriam aplicáveis aos cônjuges.

3. REGIME SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO ANTES DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL.

O Código Civil de 1916 era absolutamente omissivo quanto ao tratamento da União Estável, ou seja, não reconhecia a comunhão de vida informal como entidade familiar. Posteriormente foi disciplinado por lei os antigos institutos do concubinato puro e impuro que culminaram com decisões favoráveis ao direito sucessório após a morte de um dos companheiros.

As constantes demandas judiciais em matéria sucessória das uniões que não se enquadravam na tradicional instituição do casamento, deram origem, em 1967, à Súmula 380 do STF[6] com a seguinte redação: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Dada a omissão legislativa, o STF deu o primeiro passo quanto ao regime sucessório das uniões estáveis.

Com o Código Civil de 2002, veio a consagração do modelo sucessório das uniões estáveis, previsto no art. 1790:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

A primeira crítica que se fez, antes mesmo de iniciar o dispositivo legal, diz respeito à sua localização no Código, posto que deveria estar no Título II referente à sucessão legítima, assim como o cônjuge. Embora pareça mera questão organizacional da Código, a diferença topográfica dos dispositivos imprime de forma desnecessária e absolutamente injustificada um sentido de disparidade no tratamento da matéria.

No exame do artigo 1790 do CC, já no caput, percebe-se a grave impropriedade do legislador ao estabelecer que o companheiro, unido sob o regime de comunhão parcial de bens, não tem acesso aos bens particulares do companheiro falecido, mas apenas aos adquiridos de forma onerosa na constância da união. O problema torna-se perceptível quando o dispositivo é colocado em confronto com o artigo 1829 da mesma lei que trata da sucessão do cônjuge, pois, para este, haverá concorrência na sucessão com os herdeiros necessários apenas para os bens particulares do *de cuius*.

Essa primeira distinção não encontrava qualquer justificativa plausível e demonstrava de forma clara a confusão feita pelo legislador entre meação e sucessão. A falta de propriedade já no caput do artigo traduz uma grande margem para injustiças no regime sucessório, tanto para prejudicar o companheiro quanto para favorecê-lo, a depender do caso concreto. A título de exemplo, basta analisar a possibilidade dos bens particulares no caso da morte de um dos companheiros serem considerados vacantes na ausência de herdeiros sucessíveis. Nesse caso, mesmo sem herdeiros, o companheiro não teria direito aos bens particulares que seriam destinados à Fazenda Pública.

As falhas, todavia, restavam também presentes nos incisos que se seguem no artigo. Pelo inciso I, o companheiro concorre com filhos comuns (seria mais apropriado utilizar o conceito de descendentes, diga-se) e tem direito a uma cota equivalente à de cada um deles. De acordo com o inciso II, se concorrer com descendentes só do autor da herança, restará ao companheiro a metade do que coube àqueles. É perceptível, nesse sentido, os problemas que tais determinações podem causar a iniciar pela possível existência de filhos comuns e não comuns e a confusão do cálculo da quota parte de cada um dos filhos, somada a do companheiro. Ademais, para os companheiros, ao contrário do regime sucessório dos cônjuges, não importava o regime de bens adotado na união estável, todos importavam em uma mesma solução legal.

O inciso III, por fim, era considerado o mais absurdo de todos, pois trazia para a sucessão, em concorrência com o companheiro, os parentes até 4º grau. Para

esses últimos, que muitas vezes sequer conheciam o *de cujus*, caberia 2/3 da herança e mais a totalidade dos bens particulares. Ao companheiro, em absoluta afronta ao princípio da afetividade e dignidade da pessoa humana, ignorando completamente a noção de família instrumental, tocava 1/3 da herança, somente.

4. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CC.

O Código de 2002, embora relativamente recente sob o ponto de vista histórico, já nasceu com diversos equívocos e impropriedades notadamente no que concerne à questão sucessória. Diante disso, coube aos Tribunais a adequação dos regimes sucessórios à Constituição de 1988 e aos princípios que regem as relações familiares.

Diversas decisões judiciais já vinham afastando a incidência do art. 1790 do Código Civil, porém sem uma definição precisa das cortes superiores, tudo dependeria do entendimento adotados pelos juízes e Tribunais estaduais. Sem segurança jurídica, a matéria estava à mercê de conflitantes entendimentos jurisprudenciais adotados no Brasil.

SUCESSÃO – UNIÃO ESTÁVEL – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CC DIANTE O TRATAMENTO PARITÁRIO ENTRE A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO POR FORÇA DO ART. 226 DA CF.

(...) as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. (TJ/RS, Ac. Unân. 8ª Câm. Cív., AgInstr.70009524612, rel. Des. Rui Portanova, j.18.11.04).

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. RECONHECIMENTO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE COMO HERDEIRO, EM CONCORRÊNCIA COM O DESCENDENTE. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 1.790, II, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO COMPANHEIRO E AO CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE.

1. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório.

2. Reconhecimento do companheiro supérstite como herdeiro dos bens deixados por sua companheira que se impõe, em concorrência com o descendente da falecida.

3. Escritura Pública de Inventário e Adjudicação que deve ser anulada. Recurso provido.

(Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70029885456, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Data de julgamento: 22 de julho de 2009.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. UNIÃO ESTÁVEL E PETIÇÃO DE HERANÇA. DIREITO SUCESSÓRIO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Uma das conseqüências do reconhecimento da união estável é a aquisição de direitos pelo companheiro sobrevivente sobre a herança deixada pelo outro.

2. Reconhecida a união estável, existe o direito sucessório.

3. O art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe que a lei nova que estabeleça normas gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. 4. Em decorrência do princípio da especialidade mencionado, a Lei nº 8.971, de 1994, que contém normas especiais sobre o direito dos companheiros à sucessão, prevalece sobre o Código Civil, que é lei geral, ainda que posterior.

5. A companheira sobrevivente, na falta de descendentes e ascendentes, ainda que não tenha contribuído para a aquisição onerosa de bens durante a união estável, tem direito à totalidade da herança.

6. Apelação cível conhecida e provida para reformar em parte a sentença e reconhecer o direito da apelante à totalidade da herança do ex-companheiro. (TJMG, Ac. Proc. 1.0209.04.040904-4/001(1). Rel. Ministro Caetano Levi Lopes, j. 22/09/2009, DJ 07/10/2009)

Foi em 10 de maio de 2017 que o Supremo Tribunal Federal finalmente encerrou o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Conforme consta da publicação inserida no *Informativo* n. 864 da Corte, "o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996). O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso".

Ficou destacado, ainda, com a finalidade de preservar a segurança jurídica, a modulação dos efeitos da decisão devendo ser aplicado apenas aos inventários judiciais em que a sentença de partilha não tivesse transitado em julgado e às partilhas extrajudiciais em que ainda não houvesse escritura pública.

A tese final firmada, estabeleceu-se nos seguintes termos: "no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil".

A decisão seguiu aquilo que já havia sido amplamente consolidado na doutrina do direito sucessório e do direito de família, isto é, da não compatibilização do art. 1790 com a Constituição Federal de 1988. No entanto, ainda permanecem algumas questões importantes a serem definidas, pendentes no julgamento do STF, como a inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário no art. 1.845 do Código Civil, outra tormentosa questão relativa ao Direito das Sucessões.

5. CONCLUSÃO

A conclusão a que chegou o STF sobre a inconstitucionalidade do art. 1790 representa, por si só, a evolução natural das matérias relativas a costumes sociais e padrões de comportamento. No Brasil essas mudanças têm-se demonstrado lentas e sempre marcadas pela contraposição de visões de mundo muitas vezes antagônicas. As concepções tradicionais de família e casamento permeiam as normas jurídicas do direito civil brasileiro e muitas vezes entram em confronto com as práticas sociais em pleno vigor. Cabe ao STF e ao Congresso Nacional a adaptação dos institutos jurídicos às práticas do seu tempo, atentos às transformações sociais e às alterações de paradigmas. No caso, a própria Constituição de 1988, tida pelos seus princípios e definição ampla de família, deixava claro a impropriedade da diferenciação sucessória entre cônjuges e companheiros, de modo que o judiciário cumpriu seu papel de garantidor da supremacia do texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **Função**

Social da Família. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 8, n. 39, p. 154-169, Dez./Jan., 2007, p. 155.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, v.7. Direito das Sucessões 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 63

LÓBO, Paulo Luiz Netto. **“Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus”**, cit., p.46

Código Civil de 2002: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

Constituição

Federal: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Código Civil de 1916: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm

Súmula

380

STF: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm

NOTAS:

[1] Código Civil de 2002: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

[2] Constituição Federal: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

[3] Código Civil de 1916: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm

[4] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **Função Social da Família**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 8, n. 39, p. 154-169, Dez./Jan., 2007, p. 155.

[5] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **“Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus”**, cit., p.46

[6] Súmula 380 STF: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm

AS CARTAS DO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL

MARCUS VINICIUS BALBINO DE OLIVEIRA:

Curso Superior - Cursando Curso de Direito
FADAP/FAP - Faculdade de Direito da Alta Paulista

RESUMO: O novo Código de Processo Civil ampliou as cartas como instrumentos utilizados para a comunicação dos atos processuais entre os órgãos do Poder Judiciário, de modo a dar mais eficácia e celeridade à prática de tais atos. As modalidades de cartas são: de ordem, rogatória, precatória, arbitral e são utilizadas sempre que um ato processual deva ser praticado fora da sede do juízo (situações comuns no mundo jurídico). E diante dessa ausência de competência do juízo para a realização desses atos, faz-se necessária a figura da carta, amplamente utilizada no processo civil. A carta arbitral é uma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, muito devido ao seu intento de solução amigável dos conflitos. A importância e requisitos de tais cartas foram minuciosamente descritas pelo legislador no texto legal.

Palavras-chave: Cartas; Civil; Comunicação; Judiciário; Processo.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CARTA DE ORDEM. 3 CARTA ROGATÓRIA. 4 CARTA PRECATÓRIA. 5 CARTA ARBITRAL. 6 REQUISITOS. 7 CARÁTER ITINERANTE. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, no art. 237 trouxe previstas 4 modalidades de cartas para ajuda ao juízo: a) carta de ordem; b) carta rogatória; c) carta precatória; d) carta arbitral. Essas cartas são meios de comunicação dos atos processuais.

Em todos os tipos de cartas, os atos processuais praticados são: de comunicação, de instrução e de constrição. Como exemplos de atos de comunicação podem ser citados: a citação, a intimação e a notificação. Como exemplos de atos de instrução podem ser citados: a produção de prova em geral, como realização de perícia, oitiva de testemunha, etc. E como exemplos de atos de constrição podem ser citados: o depósito e a penhora (NEVES, 2016).

Em linhas gerais, a carta de ordem é expedida por tribunal, para delegar a outro tribunal, hierarquicamente subordinado, a realização de atividade jurisdicional. A carta rogatória é expedida para que a autoridade judiciária brasileira requeira à autoridade judiciária estrangeira a prática de certo ato processual, que não poderia ser realizado pelo juízo nacional, devido a não se tratar de território em que exerça

sua jurisdição. A carta precatória é expedida por um juízo de primeiro grau para outro juízo de primeiro grau, requerendo a realização de ato que deva ser praticado fora da área de sua competência territorial. A carta arbitral é expedida para que o Poder Judiciário homologue a decisão proferida por árbitro, isto é, trata-se de uma cooperação entre o juízo estatal e o arbitral, na medida em que o último solicita ao primeiro a efetivação do que foi decidido no processo arbitral (BRAGA, 2017).

Após essa breve introdução, será detalhadamente exposto abaixo os elementos e singularidades de cada tipo de carta do processo civil.

2. CARTA DE ORDEM

O parágrafo 2 do art. 236 do CPC permite que o tribunal expeça, para juízo a ele vinculado, a chamada “carta de ordem”.

Como bem ensina o doutrinador Daniel Amorim Assunção Neves, deve ser feita uma interpretação precisa do dispositivo legal para que não incorra em erros, pois o tribunal só pode expedir carta de ordem para juízo a ele vinculado. Ou seja, O Tribunal Regional Federal não pode expedir carta de ordem para a vara do trabalho, apesar do primeiro ser tribunal superior e o último ser juízo de primeiro grau. Isso porque, a vara do trabalho está subordinada ao Tribunal Regional do Trabalho e não ao TRF, portanto o TRF não tem competência para expedir carta de ordem para a vara do trabalho cumprir. Assim sendo, o TRF deveria realizar a expedição de carta de ordem para o juízo federal de primeiro grau, pois este juízo está a ele vinculado (NEVES, 2016).

3. CARTA ROGATÓRIA

A carta rogatória é dirigida à autoridade judiciária estrangeira. É necessário que o Presidente do Superior Tribunal de Justiça conceda o *exequatur* para o cumprimento da carta rogatória, que neste caso vinculará o juiz inferior (rogado), conforme determina a Constituição Federal, art. 105, inc. I, “i” e a Resolução/STJ nº 9, de 04.05.2005, art. 2º.

As disposições na convenção internacional existente entre o Brasil e o país destinatário devem ser seguidos pela carta rogatória, tanto o seu modo de cumprimento quanto sua admissibilidade.

A razão para a existência das cartas rogatórias é o princípio da territorialidade da jurisdição, que direciona ao entendimento de que cada Estado tem sua soberania dentro de seus limites territoriais, mas não no território de outro Estado. Portanto, é necessária a carta rogatória para a cooperação internacional entre os Estados. (JÚNIOR, 2016).

4. CARTA PRECATÓRIA

Quando um juízo precisa de auxílio de outro juízo de mesmo grau jurisdicional para a prática de determinado ato, é expedida carta precatória. O juízo que expede é deprecante e o que cumpre é o deprecado. Ou seja, é utilizada entre juízos que não tem relação de subordinação entre si. Apesar disso, o juízo deprecado é obrigado a cumprir o requerimento da carta precatória, salvo nas hipóteses do art. 267 do CPC.

Deve-se lembrar que não é necessária a expedição da carta precatória nas hipóteses em que for possível realizar o ato processual por intermédio dos recursos elencados no art. 236, parágrafo 3º do CPC, que é quando o ato processual pode ser realizado através de videoconferência ou outra forma de transmissão de som e imagem em tempo real.

5. CARTA ARBITRAL

Segundo o art. 237, inc. IV do CPC, é possível que o árbitro ou tribunal arbitral expeçam carta arbitral para que o Poder Judiciário, em sua área de competência territorial, pratique ou determine o cumprimento do ato solicitado pelo árbitro, inclusive aqueles que importem em efetivação de tutela provisória deferida no processo arbitral.

A Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) estabelece, no parágrafo único do art. 22-C, que será observado o segredo de justiça no cumprimento da carta arbitral, exceto se não for provada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

O art. 260, parágrafo 3º do CPC estabelece que a carta arbitral seguirá, no que couber, os requisitos estabelecidos no *caput*, ou seja, aos requisitos comuns às demais cartas existentes (rogatória, de ordem e precatória). Portanto, para a expedição da carta arbitral devem ser observados os requisitos gerais do art. 261 do CPC adaptados no que couber, além de ser instruída com a convenção de arbitragem, a prova da nomeação do árbitro e da aceitação da função (AMARAL, 2015).

Vale lembrar que a carta arbitral não era prevista no revogado Código Processual Civil de 1973, sendo uma novidade introduzida pelo Novo Código Processual Civil de 2015.

6. REQUISITOS

O art. 260 do CPC elenca os requisitos gerais para as cartas rogatória, precatória e de ordem (devendo a carta arbitral seguir, no que couber, tais requisitos). São eles:

- I) indicar os juízes de origem e de realização do ato;
- II) conter a integralidade do teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato confiado ao advogado, sendo que a juntada da petição é desnecessária caso o ato seja determinado de ofício pelo juízo;
- III) mencionar o ato processual objeto da carta;
- IV) conter o encerramento com a assinatura do magistrado. Lembrando que, apesar disso, quem é o responsável pela expedição da carta é o chefe de secretaria ou o escrivão e não o juiz (BRASIL, 2012)

Alguns doutrinadores defendem que o descumprimento de alguns dos requisitos formais devem ser considerados segundo o princípio da instrumentalidade das formas, contido no art. 188 do CPC (NEVES, 2016).

Caso seja necessário, o magistrado deve transladar para a carta outras peças e instruí-la com outros elementos, quando esses elementos forem objeto de diligência, conforme enunciado do art. 260, parágrafo 1º do CPC. Quando o objeto da carta for exame pericial sobre documento, permanecerá nos autos uma reprodução fotográfica deste documento e o original será enviado para a perícia, conforme art. 260, parágrafo 2º.

O caput do art. 261 estabelece que o prazo para o cumprimento das cartas deve ser fixado levando em consideração a natureza do ato a ser praticado e a facilidade das comunicações.

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 261 prevê que as partes, que serão cientificadas da expedição da carta, acompanharão a sua execução ante o juízo a que se destina, incumbindo ao interessado na diligência cooperar para observância do prazo do *caput*.

O art. 263 estabelece que as cartas devem ser expedidas, preferencialmente, por meio eletrônico e o juiz também assinará eletronicamente. No caso de expedição da carta por telefone, se observará o que estabelece o art. 265.

O art. 266 estabelece que as despesas referentes aos atos serão depositadas no juízo que expede a carta, pela parte interessada.

É possível a recusa do cumprimento da carta nas hipóteses elencadas no art. 267, que são elas:

- I) quando a carta não contiver os requisitos legais;
- II) quando o juízo não tiver competência em razão da matéria ou da hierarquia. Porém, é possível que o juízo incompetente enviar a carta ao juízo ou ao tribunal competente, conforme o parágrafo único do art. 267;
- III) quando o juiz possui dúvidas sobre a autenticidade da carta.

O art. 268 estabelece que quando houver o cumprimento da carta, será ela devolvida ao juízo deprecante no prazo de dez dias, independente de traslado, arcando a parte com as custas.

7. CARÁTER ITINERANTE

Uma das características das cartas é que elas são itinerantes, pois é admitido que elas sejam encaminhadas para juízo distinto do que consta nela, conforme estabelece o art. 262 do CPC. Tal característica tem por finalidade consagrar os princípios da economia processual e da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal e no art. 4º do CPC.

O doutrinador Daniel Amorim Assunção Neves ensina sobre algumas circunstâncias nas quais será justificada o caráter itinerante das cartas:

Há três situações que justificam o caráter itinerante das cartas:

- (i) eventual erro de endereçamento em decorrência de confusão ou modificação das regras de estrutura judiciária;
- (ii) correção de vício quanto a competência do juízo deprecado, que poderá reconhecer sua incompetência e encaminhar a carta para o juízo competente, salvo se tratar-se de incompetência absoluta, quando poderá, a depender do ato a ser praticado, devolver a carta sem cumprimento nos termos do art. 267, II, do Novo CPC;
- (iii) o rápido deslocamento de pessoas ou coisas, por vezes inclusive com o fito de frustrar a prática do ato, devendo a carta ser encaminhada para o local em que deva ser praticado o ato (NEVES, 2016).

O art. 262, parágrafo único do CPC informa que as partes serão intimadas imediatamente pelo órgão expedidor, quando ocorrer o encaminhamento da carta a outro juízo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, é interessante visualizar a importância e alcance das cartas do novo Código de Processo Civil, que funcionam como ferramenta de comunicação dos atos processuais. Comunicação essa que não mais ocorre apenas entre juízos estatais, mas também entre o juízo estatal e o arbitral, revelando a evolução crítica do novo Código de Processo Civil, que se adaptou e trouxe circunstâncias atuais e que servem para facilitar a efetivação da justiça (TARTUCE, 2015).

Com isso, foi obtido êxito em legar o conhecimento acerca dos aspectos das cartas, requisitos, peculiaridades, bem como a novidade da carta arbitral, introduzida pelo novo Código de Processo Civil.

A adequação do Código Processual de 2015 à tecnologia é importante também para a questão dos estudos, haja vista que atualmente há a determinação de que as cartas sejam expedidas por meio eletrônico, de preferência. Isso demonstra a inclinação do novo legislador ao novo tempo, deixando de lado o sistema anacrônico, que só conservar-se-á como uma anamnese de passado distante.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

BRAGA, Paulo Sarno. **Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil**. vol. 18. São Paulo: Editora Juspodivm, 2017. 5. ed.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. 2. ed. São Paulo: Editora Manole, 2016.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, REsp 1.282.776/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 7.2.2012, DJe 14.2.2012

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. 56. ed.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil - Volume único**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. 8. ed.

TARTUCE, Flávio. **Impactos do Novo CPC no Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2015.

PODER CONSTITUINTE: CLÁUSULAS PÉTREAS E DEMOCRACIA

ATOS HENRIQUE FERNANDES:

Estudante de Direito no Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte e conciliador no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O presente artigo objetiva uma investigação acerca da compatibilidade da petrificação de cláusulas constitucionais com a Soberania Popular, bem como dos limites e da natureza do Poder Constituinte através de uma pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS CHAVES: Poder Constituinte, Soberania Popular, Democracia, Cláusulas Pétreas.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 SOBERANIA POPULAR. 3 PODER CONSTITUINTE: ORIGINÁRIO E DERIVADO. 4 PODER CONSTITUINTE, CLÁUSULAS PÉTREAS E SOBERANIA POPULAR. 5 CLÁUSULAS PÉTREAS E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1.INTRODUÇÃO

O Brasil é um país com uma história conturbada, sempre há novos desafios diante dos brasileiros, tais desafios muitas das vezes são criados ou potencializados pelos políticos, seja por inabilidade, seja por negligência ou são frutos de nossos aspectos culturais. Atualmente, o país se encontra numa encruzilhada diante do problema da criminalidade, onde em 2017 foi batido o recorde de 63.880 mortes violentas segundo o Anuário Brasileiro de Segurança pública. Há uma sensação generalizada de insegurança que insufla o debate entre garantismo e punitivismo. Além dos crimes violentos, o Brasil também enfrenta o problema da corrupção, A Operação Lava Jato, força tarefa que objetivou o desmantelamento de sistemas de corrupção em estatais brasileiras, em especial na Petrobrás, resultou até o presente ano em 242 condenações e uma estimativa de 13 bilhões de reais recuperados por meio de acordos de leniência, conforme divulgado pelo Ministério Público Federal do Paraná.

A maior parte dos brasileiros acreditam que penas brandas são o principal fator responsável pelos níveis de criminalidade no país. Segundo o instituto de pesquisa IBOPE feita no ano de 2011 cerca de 79% dos entrevistados acreditam que penas mais rigorosas podem reduzir a criminalidade, 46% defendem a adoção da pena de morte, 69% defendem a adoção de prisão perpétua e 75% são favoráveis

a redução da maioria penal para 16 anos. Já em pesquisa Datafolha feita em 2017, cerca de 57% da população concorda com a pena capital. Em muitos países, números como esses, somados aos recortes de homicídios já seriam suficientes para uma ampla reforma penal, mas no Brasil não é assim graças a um dispositivo constitucional chamado Cláusulas Pétreas. A Constituição da República de 1988 (BRASIL,1988) conforme dispõe o artigo 60, § 4º.

Art.60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Diante da problemática acima apresentada, esse artigo objetiva refletir acerca da compatibilidade de Cláusulas Pétreas com um Estado Democrático de Direito, dos limites e atribuições do Poder Constituinte originário e derivado e da natureza e alcance do princípio da soberania popular. Não há pretensão de se esgotar o tema e nem de dar uma resposta taxativa, mas de contribuir com a fixação de mais sólidas raízes democráticas num país que já experimentou sucessivos golpes de estado e que vive, atualmente, uma aprofundada polarização em temas de caráter social.

2.SOBERANIA POPULAR

Durante a Idade Média, onde o poder estatal se concentrava na figura dos monarcas a legitimidade dos atos do Estado não se relacionavam com o povo, mas vinham do caráter divino da monarquia, o Rei não respondia a ninguém se não ao próprio Deus, não era eleito, recebendo o poder após a contagem de votos, mas era coroado numa igreja pelos sacerdotes do divino na tradição cristã (REPOLÊS, 2008). A morte à ideia do direito divino dos reis veio sobretudo pelas mãos da burguesia, que acumulava dinheiro e bens, sustentado com empregos os mais pobres e com impostos o Estado, a coroa e nobreza. Mas, apesar disso estavam de fora do processo político, submetidos às vontades e interesses dos reis. A tensão dessa situação culminou nas chamadas revoluções liberais que marcaram a passagem das Monarquias Absolutistas para Monarquias Constitucionais, onde nas palavras de Repolês:

A forma da Monarquia constitucional demonstra as mudanças advindas da ruptura moderna de maneira mais clara do que a

forma da Monarquia Absolutista. Naquela, a distinção entre esfera pública e privada já está pressuposta no juramento de fidelidade e vassalagem, de maneira que a vontade do Rei não pode mais ser entendida como a execução de uma vontade particular sobre o corpo ou a propriedade dos súditos. Ao contrário, o corpo e a propriedade são limites do exercício do poder real e, em consequência, prerrogativas dos súditos. (REPOLÊS, 2008, p.40)

A Monarquia Constitucional delimitou o poder real à apenas a função executiva do Estado. Cabendo agora ao parlamento a função legislativa, mas o aprofundamento da democracia não parou por aí e, passado algum tempo e tendo havido alguns conflitos, como por exemplo na Inglaterra onde o poder real acabou por avançar suas atribuições constitucionais e tentou retroagir ao Antigo Regime, passou-se a transição para a Monarquia Parlamentarista na qual o Rei passa a ser um símbolo vivo do Estado e da unidade nacional:

Auxiliado por essa idéia de sociedade de cidadãos proprietários, a Inglaterra supera a concepção de Monarquia Constitucional em favor do sistema de governo da Monarquia Parlamentar, no qual o Rei deixa de ter qualquer posição política independente. Assim, deixa de ser co-participante na soberania para exercer funções latentes. (REPOLÊS, 2008, p.41)

Com a figura do direito divino de governar fora dos eixos de poder, entra em vigor uma nova forma de se legitimar as leis, o governo e o Estado, baseado nas ideias dos contratualistas, sobretudo John Locke, as Monarquias Parlamentaristas e as Repúblicas agora são sustentadas pela vontade do povo, que na condição de donos do poder são elevados ao status de cidadãos.

3.PODER CONSTITUINTE: ORIGINARIO E DERIVADO

Nas constituições escritas e promulgadas, isto é, democráticas, existe a figura do poder constituinte do povo. Tal conceito, hoje em dia, é, em regra, compreendido como a base legítima de um estado constitucional e democrático, mas sua natureza e fundamento na realidade fática tem um caráter mais complexo e sombrio:

O "poder constituinte do povo" não "é", à maneira da ontologia, uma substância ou essência: também não, de forma assim dizer ontológica, algo efetivamente existente,

como e.g. "poder/violência", "força" ou "vontade". Se, por um lado, "o Conselho Federal" ou "órgãos especiais da legislação, do Poder Executivo e do Judiciário" baseiam-se em prescrições constitucionais, e se, por outro lado, também revelam possuir um lado material, uma realidade física e social, já o poder constituinte carece de tal materialização. A única afirmação que se pode fazer dele com bons argumentos é a seguinte: ele é uma expressão de linguagem e, como expressão nos diplomas constitucionais, um texto escrito. (MÜLLER, 2004, p.19)

Na visão do renomado jurista alemão Friedrich Müller, o termo poder constituinte do povo, presente em diversas constituições democráticas e até mesmo não democráticas mundo a fora, pode muitas das vezes não passar de um fragmento, sendo na verdade uma figura de linguagem, feita para legitimar o poder da classe governante de um determinado Estado, pois na realidade fática, há tradições que freiam a soberania popular:

Também tomado como *texto de Estado de Direito* (em vez de texto ideológico), o "poder constituinte do povo" ainda não pode desfazer-se das relações de propriedade herdadas da tradição: apesar de ser propriedade do povo, enchem a boca com ele somente os que justificam assim o *seu* Estado. O "poder constituinte do povo" ainda continua sendo um texto dos dominantes; ainda continua sendo seu conceito finalista; e ainda não é texto do povo, com o fim de permitir a este organizar-se a si mesmo. (MÜLLER, 2004, p. 139)

Levando em consideração a ideia de Müller, agora analisaremos o que é um poder constituinte originário propriamente dito.

O poder constituinte originário seria o poder de o povo, soberanamente, organizar politicamente o Estado e limitar seu poder frente aos indivíduos (MORAES, 2009). Isso é feito através da confecção de uma constituição, documento legal máximo ao qual se submetem todos os diplomas legais infraconstitucionais, conforme lição de Jorge Miranda:

A parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros

e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza. (MIRANDA, 1990 apud MORAES, 2009)

Já poder constituinte derivado vem da necessidade, frente a ao carácter mutável de condições da vida humana, seja na forma privada ou em sociedade, de se fazer mudanças no texto constitucional de determinado país, ele é também legitimado pelo conceito de soberania popular, além do respeito ao devido processo previamente e constitucionalmente estabelecido para se realizar reformas constitucionais, nesse sentido qualquer emenda à constituição precisa respeitar o espírito da mesma, esse âmago constitucional se revela sobretudo nos princípios constitucionais o que torna tais emendas sujeitas ao controle de constitucionalidade (MORAES, 2009).

4. PODER CONSTITUINTE, CLÁUSULAS PÉTREAS E SOBERANIA POPULAR

Soberania popular é sinônimo de soberania do povo, sendo assim faz-se necessário um estudo acerca do que é o povo e para isso vou recorrer aos ensinamentos do renomado jurista Friedrich Müller.

Segundo Müller (1998) deve-se salientar que dentro de um país soberano, mesmo naquelas sociedades bastante homogêneas, sempre haverá vários tipos de povos em relação ao Estado. Tem-se os seguintes conceitos de povo: (a) ativo, que são aqueles com capacidade de fazer valer seus direitos políticos, participando dos processos de tomada de decisão estatal; (b) povo como instância global de atribuição de legitimidade, são aqueles que, representados pelos governantes, dão a esses legitimidade para estarem exercendo o poder, desde que dentro dos limites legais estabelecidos; (c) povo ícone, ocorre quando não há mais vínculo jurídico entre os cidadãos e os governantes, mas esses governantes continuam a se utilizar da ideia de povo soberano para fins de manipulação ideológica e (d) povo como destinatário das ações civilizatórias do Estado, que são aqueles que vão ser atingidos pelas decisões e ações do Estado.

Diante dos conceitos acima apresentados, pode-se perguntar que povo concede a legitimidade para uma assembleia nacional constituinte, em representação dos cidadãos, redigir uma Magna Carta para um país e que povo concede legitimidade para um Congresso Nacional emendar e legislar infra constitucionalmente. O poder para um indivíduo se tornar membro de uma assembleia nacional constituinte ou de um parlamento num contexto democrático vem do povo ativo (MÜLLER, 1998), ou seja, daquele cidadão que vota para eleger

seu representante. Quando ocorre a confecção de uma carta política para um país democrático fala o povo, mas o povo de uma determinada época, é o povo da época em que houve a eleição que detém o poder constituinte originário e isso vai significar que o documento a ser promulgado virá carregado de aspectos históricos imediatos, buscando primordialmente dar uma resposta aos problemas que se apresentam diante dos cidadão naquele momento da vida.

O poder constituinte derivado, é a capacidade do povo de cada geração compatibilizar aspectos pertinentes da Lei Maior aos problemas vivenciados naquele momento histórico. Claro que aqui tem-se em mente constituições que, a exemplo da brasileira, são de caráter dirigista, isto é, vão regulamentar diversos aspectos da vida pública e vão positivar metas e diretrizes para o Poder Público executar ao longo dos anos (MORAES, 2009), uma vez que no caso de constituições sintéticas, como a Norte-americana, que positivam apenas direitos fundamentais e organização estatal (MORAES, 2009) o poder constituinte derivado não será tão relevante para compatibilidade da Lei Maior com o contexto histórico social. Sendo assim, toda vez que o poder constituinte originário positiva cláusulas pétreas, ele anula a capacidade de adaptação da norma constitucional a realidade social, arriscando sua eficácia.

5. CLÁUSULAS PÉTREAS E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, insta definir o que significa a expressão direitos humanos, de acordo com a Organização das Nações Unidas, direitos humanos são:

Os direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza. Os direitos humanos são garantidos legalmente pela lei de direitos humanos, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana. **Estão expressos em tratados**, no direito internacional consuetudinário, conjuntos de princípios e outras modalidades do Direito. A legislação de direitos humanos obriga os Estados a agir de uma determinada maneira e proíbe os Estados de se envolverem em atividades específicas. No entanto, a legislação não estabelece os direitos humanos. Os direitos humanos são direitos inerentes a cada pessoa simplesmente por ela ser um humano. Tratados

e outras modalidades do Direito costumam servir para proteger formalmente os direitos de indivíduos ou grupos contra ações ou abandono dos governos, que interferem no desfrute de seus direitos humanos. (ONU, 1948).

Constitui o maior argumento a favor da existência de cláusulas pétreas a que esse instituto protege os direitos fundamentais e a democracia de avanços totalitários como o que ocorreu na Alemanha nazista. No Brasil de 1988 o motivo pode ser explicado da seguinte forma:

Uma das razões para a existência das Cláusulas Pétreas na CF de 1988 é que a sociedade brasileira despertava de um período em que seus direitos fundamentais mais básicos foram postergados, suspensos, em nome de um regime ditatorial, pautado pela intolerância e pelo desrespeito aos valores democráticos. Após esse período, a sociedade, representada pela assembleia nacional constituinte, cuidou de registrar no texto constitucional, ora confeccionado, alguns valores básicos e inelimináveis, tentando se resguardar, através das cláusulas de imutabilidades, pois temendo um novo golpe, sentiam-se inseguros em relação à possibilidade da ingerência do poder executivo nos outros poderes. (MOREIRA, PONTES, 2014, p.13)

O problema foi que positivaram cláusulas pétreas que vão muito além dos contidos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, por exemplo, indo muito além dos direitos civis e políticos e, fizeram isso, em resposta a aflições e visões típicas daquele momento histórico, a saber a Guerra Fria, polarização global entre Estados Unidos da América (capitalismo) e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (socialismo) que resultará em ditaduras militares na América Latina a qual o Brasil acabará de superar, a preocupação com a inclusão de todos os cidadãos no processo político nacional em detrimento do histórico oligárquica que sempre imperou no país, a proteção contra possíveis novas investidas totalitárias, uma desconcentração do poder que até então esteve nas mãos do executivo federal, a constituição de corte suprema mais atuante, a universalização dos serviços prestados pelo Estado e a eliminação da fome e miséria que assolava grande parte da população (NETO, TASINAFO, 2007).

No Brasil do século XXI, as instituições democráticas amadureceram de forma nunca antes vista na história desse país, a pobreza diminuiu e a fome endêmica foi

controlada, a participação popular na política se aprofundou a ponto de disputas políticas terem se tornado motivo até mesmo de desavenças familiares. Porém, novos desafios surgiram como, altos índices de criminalidade, os maiores escândalos de corrupção da história, desequilíbrio fiscal dos entes federativos, baixos índices de crescimento econômico, desequilíbrio entre os poderes da república, ativismo judicial. A solução desses problemas passa pelo conteúdo de cláusulas pétreas, mas quando a assembleia nacional constituinte de 1987 optou por revestir de imutabilidade normas que extrapolam os direitos humanos então passou-se a vigorar uma ditadura intergeracional, onde o povo brasileiro de 1988 passa a impor sua vontade e paradigmas a todas as gerações futuras.

6. CONCLUSÃO

A partir da pesquisa bibliográfica feita para se compreender como cláusulas pétreas se relacionam com a soberania popular e a legitimidade do poder constituinte em suas duas modalidades, originária e derivada, constata-se que o alcance da máxima “todo poder emana do povo” ainda não foi esgotada e que o simples termo povo pode ter inúmeros significados e cada um desses significados tem um desdobramento para a legitimidade de uma constituição.

Conclui-se que cláusulas pétreas não são, em si, uma ideia incompatível com a democracia, afinal democracia vai muito além da vitória da maioria num processo decisório. Porém, chega-se a um conceito a ser observado, que é o conceito de povo no momento histórico, significando que em termos de poder constituinte, o poder para uma assembleia nacional constituinte redigir e promulgar uma nova Carta Magna vem do povo, mas de um povo em um dado momento histórico.

O conceito de povo de um momento histórico tem uma relevância ímpar ao se optar por redigir uma constituição de caráter dirigista para um Estado, pois as metas e métodos presentes no texto vão se vincular às perspectivas históricas, morais, filosóficas, políticas e de visão de futuro daquela geração que é seio do povo ativo que constituiu por meio de voto a assembleia responsável pela confecção da nova Carta Política. Sendo assim, quando se cria uma norma constitucional revestida de imutabilidade que não verse sobre direito humano, que é imutável em razão da imutabilidade da dignidade da pessoa humana, então passa a configurar uma ditadura intergeracional, por meio da qual a geração da constituinte passa a impor sua visão de país às gerações posteriores, eliminando parte importante de seu poder constituinte derivado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACAYABA, Cíntia; PAULO, Paula Paiva. Brasil bate novo recorde e tem maior nº de assassinatos da história com 7 mortes por hora em 2017; estupro aumentam 8%.

in G1, São Paulo, agosto de 2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/09/brasil-bate-novo-recorde-e-tem-maior-no-de-assassinatos-da-historia-em-2017.ghtml> > Acesso em: 13 outubro 2019.

ALCÂNTARA, Diogo. CNI/Ibope: 46% da população é a favor da pena de morte. in Terra, Brasília, outubro de 2011. Disponível em: < <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/policia/cniibope-46-da-populacao-e-a-favor-da-pena-de-morte,0d88a6bfcef1b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html> >. Acesso em: 13 outubro 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 18 outubro 2019.

COSTA, Gilberto. Lava Jato completa cinco anos com 155 pessoas condenadas. in Agencia Brasil, Brasília, março de 2019. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas> >. Acesso em: 13 outubro de 2019.

FREITAS NETO, José Alves de; TASINAFO, Célio Ricardo. História Geral e do Brasil. – São Paulo: HARBRA, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24. ed. 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Marcos Onete Fontenele; PONTES, Ysmênia de Aguiar. A DUPLA INCONSISTÊNCIA TEÓRICA DAS CLÁUSULAS PÉTREAS: DOS PONTOS DE VISTA DEMOCRÁTICO E JUSFILOSÓFICO. in Publica Direito, João Pessoa, novembro de 2014. Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c611c3bb714aa29e> >. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. Tradução de Peter Naumann. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia. Tradução de Peter Naumann – São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

GLOBO O. Datafolha: apoio a pena de morte no Brasil sobe para 57%. in O Globo, Rio de Janeiro, janeiro de 2018. Disponível em:

< <https://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-apoio-pena-de-morte-no-brasil-sobe-para-57-22264931> >. Acesso em 13 de outubro de 2019.

ONU, Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos. in Nações Unidas, Rio de Janeiro, janeiro de 2009. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> >. Acesso em 19 de outubro de 2019.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. Quem Deve Ser o Guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

A IMPORTÂNCIA DA AGRICULTURA FAMILIAR, ENQUANTO PRODUTORA DE ALIMENTOS E O RECONHECIMENTO FORMAL DA CATEGORIA NO MUNDO DO TRABALHO

AMÉLIA MARIA MOTTA DA HORA:

Advogada inscrita nos quadros da OAB/DF. Assistente Administrativa. Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

"Agricultura familiar, as mãos que alimentam a nação"

A agricultura familiar é de suma importância para assegurar a segurança alimentar e nutricional da população brasileira, uma vez que é responsável por 70% dos alimentos consumidos no país. Destaca-se ainda na luta global contra a fome que atinge "mais de 800 milhões de pessoas no mundo, que não têm acesso a alimentação saudável e nutricional"[1], como reconhece a própria ONU.

Cabe ainda destacar a sustentabilidade da produção e manejo dos alimentos pela agricultura familiar, que respeita a biodiversidade e os recursos naturais, é livre do uso de agrotóxicos e disponibiliza uma produção mais diversificada e de maior qualidade. E ainda promove o fortalecimento das comunidades ao formar teias solidárias e agroecológicas de produção, que garantem o abastecimento dos mercados locais, além de distribuir renda dentro do próprio segmento.

O fortalecimento da agricultura familiar e sua inserção nos mercados têm forte relação com a instituição e efetivação de políticas públicas inclusivas, como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que incentivaram a produção e a comercialização e valorizaram o agricultor familiar, ao proporcionar o aumento da renda familiar.

Em 90% dos municípios brasileiros com até 20 mil habitantes a agricultura familiar é a principal base econômica, como revela o censo agropecuário realizado em 2017[2]. Responde por uma diversificada produção de grãos, proteínas animal e vegetal, frutas, verduras e legumes, o que a coloca como a oitava maior produtora de alimentos no mundo.

Sem sombra de dúvida, o PRONAF foi um divisor de águas na agricultura familiar brasileira. Além do incentivo econômico proporcionou o fortalecimento da

organização dos trabalhadores do ramo e seu reconhecimento político e social, como sum setor de grande importância para desenvolvimento do país.

Esta posição conquistada pela agricultura familiar a fez ser reconhecida como profissão no mundo do trabalho, por meio da lei 11.326/2006, o que fortaleceu as características do trabalho familiar e estabeleceu os limites da exploração da atividade rural desenvolvida nas pequenas propriedades, a posteriori regulamentadas pelo Decreto 9.064/17.

Desse modo, o enquadramento como agricultor familiar está assim estabelecido na lei 11.326/2006:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais;

II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento;

III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo; (Inciso com redação dada pela Lei nº 12.512, de 14/10/2011)

IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.

Em linhas gerais, o legislador procurou distinguir o agricultor familiar dos demais produtores do campo, estabelecendo desta forma uma definição legal para a categoria.

Corroborando com o entendimento acima, a Confederação Nacional dos Trabalhadores e Trabalhadoras na Agricultura Familiar do Brasil (CONTRAF BRASIL) reconhece que, por meio da lei 11.326/2006, a agricultura familiar “avançou na consolidação de políticas específicas para o setor, bem como passou a ser reconhecida pela sociedade brasileira, como uma esfera estratégica para o

desenvolvimento social e econômico, já que é responsável por 70% da produção de alimentos que compõe a cesta básica dos brasileiros”.

A Contraf Brasil destaca ainda, nas palavras de Rochinski, que referida norma representou relevante conquista para a afirmação política da Agricultura Familiar, por ser uma lei específica que a tornou visível e a caracterizou de forma distinta das demais categorias, como o agronegócio e o trabalhador rural[3].

Destarte a agricultura familiar ocupou em 2014 na América Latina e no Caribe cerca de 70% do emprego agrícola. Nos países do Mercosul, o setor empregou diretamente cerca de 10 milhões de pessoas, segundo dados da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), que considerou aquele ano como sendo Ano Internacional da Agricultura Familiar (AIAF 2014)[4].

Cabe ainda salientar que foi aprovada na 72ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas foi declarado a década a Agricultura Familiar,(2019 -2028) e afirmou que “este Decênio servirá como marco para promover melhores políticas públicas para a Agricultura Familiar e oferecer uma oportunidade única para contribuir com o fim da fome e da pobreza e alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS”[5].

Desta forma, fica claro que a produção dos alimentos que chegam à mesa da população brasileira, nas mais diversas regiões do país, tem sua origem no regime de economia familiar. Razão pela qual, valorizar e incentivar esse ramo são formas de construir a sustentabilidade da economia local; de assegurar mais alimentos limpos e saudáveis na mesa dos consumidores; de promover o manejo sustentável para um melhor aproveitamento do solo e dos recursos naturais; e de combater a insegurança alimentar e nutricional que assola o mundo.

NOTAS:

[1] <https://nacoesunidas.org/fao-fome-aumenta-no-mundo-e-afeta-821-milhoes-de-pessoas/> acesso em 07 de novembro de 2019 as 15:40h.

[2] <https://www.brasil247.com/blog/agricultura-familiar-brasileira-e-a-8-maior-produtora-de-alimentos-do-mundo> acesso em 07 de novembro de 2019 as 16:05h

[3] CONTRAF BRASIL - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS NA AGRICULTURA FAMILIAR DO BRASIL. Assessoria de comunicação da Contraf Brasil. 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.contrafbrasil.org.br> Acesso em: 19 out. 2019 as 16:55

[4] <https://nacoesunidas.org/fao-anuncia-que-2014-sera-o-ano-internacional-da-agricultura-familiar/> acesso em 20 de novembro de 2019 as 16:00h

[5] <http://redesans.com.br/onu-declara-2019-2028-o-decenio-da-agricultura-familiar/> acesso em 20 de Novembro de 2019 as 16:29 .