

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1187

(Ano XVI)

(27/01/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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

QR Code do Volume 1187



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1187 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 260 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O conteúdo e alcance do art. 146 do CTN

Kiyoshi Harada, 08.

ARTIGOS

O instituto processual da curadoria especial: uma análise sobre o seu caráter protetivo

Monique Alves Marques, 13.

A reforma trabalhista e seus impactos nas relações de trabalho

Flavia Carolina Valerio, 60.

A transação e o parcelamento tributários

Monica Matsuno de Magalhaes, 76.

A atividade investigatória criminal preliminar à luz da jurisprudência e da doutrina pátrias: a independência técnico-jurídica do delegado de polícia como corolário do garantismo penal

Ramon Cezar da Cunha Teixeira, 99.

A contribuição do sindicato na garantia de direitos trabalhistas

Lucia de Fatima da Silva Parente, 147.

A inconstitucionalidade do artigo 12, III, da Lei 8.429/93

Victor Cypriano Correa, 155.

Pensamentos sobre as ideologias políticas e econômicas de governo e seu papel decisivo na ruptura do Estado paradigma por meio das revoluções oportunista

Jeff David Mac Donald da Silveira Carneiro e Osman Nasser Antunes Aguiar, 161.

Aspectos conceituais da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro

Alexandre Orion Reginato, 169.

A (in)constitucionalidade do regime inicial fechado da pena

Victor Cypriano Correa, 182.

Impactos econômicos da limitação dos juros do rotativo do cartão de crédito a partir de janeiro de 2024.

Heitor José Fidelis Almeida de Souza, 188.

Os direitos humanos como justificativa para criação de um tribunal penal internacional

Valdinei Cordeiro Coimbra, 192.

Recuperação de pasto e o arrendamento rural

Otávio Goetten, 206.

Aspectos da desconsideração da personalidade jurídica no tratamento jurídico do direito estadunidense e a aplicação do instituto no contexto da União Europeia

Alexandre Orion Reginato, 210.

A Escola de Salamanca: uma viagem pela história do aprendizado

Benigno Núñez Novo, 223.

Ética na administração pública e democracia

Bruno da Silva Amorim, Victor Hugo Mouchet Silva Alfaya e Vitória Medeiros Dias, 238.

Desapropriação e Precatórios: Uma Análise do Pagamento de Indenizações Segundo o Supremo Tribunal Federal

Mario Cesar Oliveira Cavalcanti de Arruda, 242.

O CONTEÚDO E ALCANCE DO ART. 146 DO CTN

KIYOSHI HARADA: advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro¹.

Dispõe o art. 146 do CTN:

“A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

O dispositivo sob comento firma como regra a imodificabilidade do lançamento após sua notificação ao sujeito passivo.

Realmente, se o fisco pudesse, após notificação do lançamento, reanalisar o caso e proceder à sua modificação para conferir maior vantagem ao erário estaríamos diante de uma situação idêntica à mudança de critério jurídico então adotado pela autoridade no exercício do lançamento. A reinterpretação do texto normativo que ensejou o lançamento só poderá ser feita em relação ao mesmo contribuinte quanto ao fato gerador ocorrido posteriormente à mudança de critério interpretativo. Essa mudança tem o mesmo sentido de alteração legislativa que não pode retroagir. Na eventualidade de o agente administrativo competente ter lançado um valor menor do que resulta da lei, depois de notificado o sujeito passivo, não é dado ao fisco alterar o lançamento. O princípio da vinculação da administração a seus próprios atos impede essa revisão, pois esse princípio vincula a administração até mesmo no erro. Ressalva-se a hipótese de erro aritmético na soma de valores, caso em que o lançamento poderá ser retificado, devolvendo-se o prazo de impugnação ao sujeito passivo.

¹ Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site: www.haradaadvogados.com.br. E-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br

Dessa forma, o dispositivo sob comento tem embasamento no princípio da legalidade que propicia a previsibilidade e a segurança jurídica que dela decorre.

Entretanto, o art. 149 do CTN abre exceções à revisão do lançamento nas hipóteses mencionadas:

“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I – quando a lei assim o determine;

II – quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III – quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV – quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V – quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI – quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII – quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX – quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade essencial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública”.

Convém assinalar, desde logo, que de conformidade como o parágrafo único do art. 149 a revisão só poderá ter início enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública pela superveniência da decadência.

Examinemos a hipótese do inciso VIII que é a mais freqüente e muito mal interpretado pelo fisco.

Esse inciso permite a revisão do lançamento se ocorre fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento. Aqui o que fundamenta a revisão de ofício em qualquer modalidade de lançamento é tão somente por erro de fato, o desconhecimento da situação fática existente por ocasião do lançamento primitivo, ou não provada ao tempo do lançamento. Como antes examinada há aparente contradição da jurisprudência, ora autorizando a revisão com efeito retroativo, ora vedando essa revisão. Na realidade, não há conflito de jurisprudência ante os acórdãos divergentes, porque dependente de verificação em cada caso concreto se a autoridade administrativa que efetuou o lançamento tinha ou não conhecimento da situação fática. É comum o fisco municipal de São Paulo proceder ao desenquadramento do contribuinte sob o regime de SUP sob o fundamento de que a sociedade uniprofissional ostenta a palavra “Ltda” em seu contrato social, o que descaracterizaria a sociedade como prestadora de serviço em caráter pessoal. Se a autoridade administrativa já tinha conhecimento dessa situação e vinha aceitando o regime de SUP não pode ao depois promover seu desenquadramento retroativo a pretexto de que a aludida expressão está a demonstrar natureza comercial da sociedade uniprofissional. A revisão do lançamento nesse caso importa no reconhecimento de alteração no critério jurídico no exercício do lançamento e como tal vedada a sua aplicação retroativa.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná há acórdãos acolhendo o lançamento retroativo e outros rejeitando esse lançamento retroativo em aparente contradição. Pela *possibilidade de retroação* de efeitos no ato de desenquadramento podem ser citados os seguintes Acórdãos: Ap. Civ. nº 1050019-43.2014.8.26.0053, Relator Des. Fortes Muniz, 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, DJ 07-02-2019; AI nº 2170408-34.2016.8.26.0000, Relator Eurípedes Faim, 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, DJ 27-01-2017; Ap. Civ. nº 1482869-0, Relator Sergio Roberto Nobrega Rolanski, 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, DJ 08-11-2016. E pela *impossibilidade de retroação* podem ser citados os seguintes acórdãos: Ap. Civ. nº 1014686-88.2018.8.26.0053, Relator Des. Ricardo Chimenti, 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, DJ 21-02-2019; Ap. Civ. nº 1.427.696-9, Relator Des. Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral, 3ª Câmara Cível do

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, DJ 08-03/2016; AI nº 2244754-19.2017.8.26.0000, Relator Des. Ricardo Chimenti, 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, DJ 17-07-2018; Ap. Civ. nº 1.200.788-4. Relator Des. J.J. Guimarães da Costa, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, DJ 04-11-2014; Ap. Civ. nº 0012954-36.2011.8.26.0053, Relatora Des. Monica Serrano, 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, DJ 09-12-2014.

Para bem ilustrar a questão “do fato conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior” a que alude o inciso VIII, do art. 149 do CTN transcreve-se trechos de dois acórdãos relatados por um mesmo julgador em sentidos apostos:

[...]

“Pelo que se depreende dos autos, houve alteração, de ofício, do critério jurídico do lançamento sobre o fato já conhecido.

Na verdade, mesmo sabendo que se tratava de sociedade constituída sob a forma de responsabilidade limitada dos sócios, a agravada não obistou o recolhimento do ISS pelo valor fixo.

Somente em 2016 houve o desenquadramento da agravante do regime especial, com efeitos retroativos a partir de 11.03.2004, data que teria passado a adotar a forma sociedade limitada, circunstância que, todavia, já era plenamente conhecida da agravada, conforme referido acima.

Daí, não se justifica, a princípio, a retroatividade do novo enquadramento para atingir fatos pretéritos ...” (AI nº 2167841-59.2018.8.26.0000, Rel. Des. João Alberto Pezarini, J. em 28-02-2019).

[...]

“Por outro lado, não se verifica qualquer irregularidade na cobrança retroativa do ISS.

Com efeito, pelo que se depreende da petição inicial, a apelante fora cadastrada perante a Prefeitura em 30.08.2004.

Inobstante, já no exercício de 2005, instaurou-se processo administrativo (nº 2005-0.067.435-0), por conta de fiscalização realizada pela Municipalidade em 21.12.2004 (fls. 362), que culminou com o desenquadramento de ofício da condição de sociedade sujeita

ao regime especial de recolhimento desde 30.08.2004, conforme decisão administrativa proferida em agosto de 2009.

Nesse contexto, posto que a sua condição de sociedade uniprofissional estava sendo discutida administrativamente desde 2004, não se pode cogitar da constituição do crédito tributário segundo critérios anteriormente adotados, o que autoriza a aplicação retroativa do novo entendimento.

Por consequência, correta a aplicação das multas pela não apresentação de registros contábeis, tendo em vista o descumprimento de obrigação acessória.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.” (Ap. nº 0012954-36.2011.8.26.0053, Relator designado Des. João Alberto Pezarini, J. em 6-11-2014).

Verifica-se dos trechos de dois Acórdãos relatados pelo mesmo Desembargador João Alberto Pezarini, em sentidos opostos há uma aparente contradição.

Na realidade houve correta aplicação do texto do art. 146 do CTN em ambos os casos. No primeiro caso o fundamento do desenquadramento motivado pela existência de expressão “Limitada” no contrato social da empresa era de pleno conhecimento desde o ano de 2004. Dessa forma incabível o desenquadramento levado a efeito em 2016 com efeito retroativo para exigir a diferença do imposto ressalvados os impostos sob decadência.

No segundo caso havia pendência de processo administrativo instaurado em 2005, por conta da fiscalização efetuada pela Prefeitura que lavrou o AIIM em 30.08.2004. Ao ser decidido pelo desenquadramento seus efeitos retroagiram a 2004. Não há que se cogitar, neste caso, em mudança de critério jurídico no ato do lançamento.

O INSTITUTO PROCESSUAL DA CURADORIA ESPECIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O SEU CARÁTER PROTETIVO

MONIQUE ALVES MARQUES: Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Conciliadora do Tribunal de Justiça da Bahia².

RESUMO: O presente trabalho consiste na análise ordenada do instituto processual da curadoria especial, para isso, buscou-se traçar um panorama focado no seu caráter protetivo. Foi apresentado, inicialmente, um enfoque conceitual da curadoria especial, bem como as teorias que buscam qualificar a natureza jurídica do instituto. E em um segundo momento foi realizado um exame pormenorizado das previsões legais e das particularidades da atuação curador especial na busca de garantir o direito do contraditório, da ampla defesa e da isonomia ao vulneral processual. Por fim, foi exposto um estudo sobre atribuição da Defensoria Pública no exercício da curadoria especial, nessa linha analisou-se abrangência do termo “necessitado”, utilizado na redação do art. 134 da Constituição Federal, bem como os conceitos trazidos na doutrina de função típica e atípica da Defensoria Pública. No trabalho foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, tendo por referencial teórico obras doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais. Destaca-se que o presente estudo tem por objetivo, demonstrar a importância do instituto processual da curadoria especial para efetivação de valores direcionadores do Estado Constitucional de Direito.

Palavras-chave: curador especial. Defensoria Pública. vulnerabilidade processual.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CURADORIA ESPECIAL: ENFOQUE CONCEITUAL. 2.1 Natureza Jurídica do Instituto da Curadoria Especial. 2.1.1 Teoria da Representação. 2.1.2 Teoria Da Substituição. 2.1.3 Teoria Distintiva. 3. PREVISÕES LEGAIS DE ATUAÇÃO DA CURADORIA ESPECIAL. 3.1 Nomeação de Curador Especial aos Incapazes. 3.1.1 Incapaz que concorre com seu representante na partilha quando houver colisão de interesses. 3.2 Curador Especial do réu preso revel. 3.3 Curador Especial do réu citado fictamente. 3.4 Curador Especial na Execução e na Ação Monitória. 3.5 Nomeação de Curador Especial ao ausente nos processos de Inventário e Partilha. 3.6 Nomeação de Curador Especial na ação de interdição. 4. CURADORIA ESPECIAL COMO FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. 4.1 O Ministério Público na atuação da Curadoria Especial. 4.2 Funções da

² E-mail: monique_dirufba@hotmail.com

Defensoria Pública. 4.2.1 Conceito Jurídico de Necessitado: Sentido Estrito e Sentido Amplo. 4.2.2 Funções Típicas e Atípicas. 4.3 Da investidura legal do exercício da curatela pelo Defensor Público: impropriedade do termo “nomeação” judicial. 5. CONCLUSÕES. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil apresenta em seu art. 72 a previsão da Curadoria Especial, dispondo que o juiz nomeará curador especial ao incapaz, se este não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com o daquele, bem como disciplina que será nomeado curador especial ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto este não tiver constituído advogado.

Indo além da previsão das hipóteses de cabimento o Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 72, em inovação legislativa acentuada, traz a previsão expressa da atribuição da Defensoria Pública na curadoria especial.

Apesar do art. 72 do NCCPC representar o dispositivo legal mais marcante direcionado a figura do curador especial, o código processual em dispositivos esparsos também prevê a figura do curador especial, como, por exemplo, no capítulo do Inventário e da Partilha, que no art. 671 dispõe que o juiz nomeará curador especial "ao ausente, se não o tiver" e ao incapaz, se concorrer na partilha com o seu representante. Ademais, no procedimento especial da interdição o art. 752 prevê a nomeação de curador especial ao interditando, caso este deixe de constituir advogado.

Não obstante as previsões legais sobre as hipóteses de cabimento e da atribuição da Defensoria Pública como detentora exercício da curadoria especial, o tema é cercado de debates doutrinários, bem como de jurisprudências, uma vez que dele emanam questões práticas que abarca desde o problema em determinar o verdadeiro alcance da função da Curadoria Especial no que toca ao conceito de vulnerabilidade no processo, até a polêmica em torno do termo “nomeação” de Defensor Público por juiz, perpassando pela questão de ser ou não função típica ou atípica da Defensoria o múnus da curadoria especial.

Desse modo, o tema do presente trabalho volta-se para a análise do instituto processual da curadoria especial tomando como embasamento seu motivo de existência e a sua função no processo cível. A escolha do tema deve-se a importância de se pensar e discutir esse instituto jurídico que, a despeito das disposições legislativas, ainda representa para alguns uma incompreensível figura processual.

2. CURADORIA ESPECIAL: ENFOQUE CONCEITUAL

Partindo de uma visão neoconstitucionalista do processo ou do neoprocessualismo[1], que impõe ao intérprete da norma processual uma leitura dos institutos processuais à luz das normas constitucionais, o atual modelo processual deve ser visto como instrumento de efetivação do direito material cujo vértice normativo axiológico é a Constituição.

É notável que o CPC de 2015 foi delineado sob a ótica neoprocessualista, uma vez que, além dos diversos dispositivos espalhados pelo Código que prestigiam valores constitucionais, o seu art. 1º expressamente prega que as normas processuais devem ser interpretadas conforme os valores e princípios constitucionais[2]. É partindo dessa visão neoprocessualista que o conceito do instituto da curadoria especial deve ser forjado.

Em primeiro lugar, é forçoso ter em mente, para entender a conceituação do instituto, que um processo lastreado por valores constitucionais é procedimento estruturado nos princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa. Em segundo lugar, é necessário ter por entendido que a todos deve ser garantido o direito de escolher um defensor de sua confiança quando seus interesses estão em jogo dentro do processo, esse direito encontra amparo nos princípios da isonomia, contraditório e da ampla defesa.

Todavia, existem situações em que a pessoa se encontra em tamanha situação de vulnerabilidade que sequer possui defensor constituído para resguardar seus interesses jurídicos. Acontece que, no atual modelo neoprocessualista, é inaceitável que aqueles que se encontram em determinadas situações de vulnerabilidade não tenham um defensor para resguardar seus direitos em juízo, o que infringiria os princípios supracitados.

Foi para esses casos que a lei processual instituiu a figura do curador especial, que tem como escopo proteger os interesses de certas pessoas que, por se enquadrarem em determinadas situações legalmente previstas, são consideradas vulneráveis processuais.

Na atual sistemática processual a principal previsão do instituto da Curadoria Especial está insculpida no art. 72 do Código de Processo Civil, vejamos:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

- I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;
- II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.[3]

Dá análise do artigo supramencionado é possível verificar que a curadoria especial visa o balanceamento do processo em que uma das partes está em situação de presumível vulnerabilidade processual. Importante compreender que o art. 72 abaliza casos nos quais a vulnerabilidade processual está ligada a uma integração da capacidade processual e, neste ponto, é oportuno diferenciar a capacidade material de capacidade processual.

A capacidade material compreende a concepção da capacidade civil plena que é dividida em Capacidade de Direito que é a aptidão para a titularidade de direitos e deveres que todas as pessoas humanas possuem, e a Capacidade de Fato ou de exercício que é a aptidão para exercer pessoalmente atos da vida civil com efeitos jurídicos.

Já a Capacidade Processual também chamada de capacidade de estar em juízo é a aptidão para praticar atos processuais pessoalmente, ou seja, independentemente de assistência ou representação[4].

A capacidade processual está ligada com a capacidade de exercícios para os atos da vida civil, contudo a relação não é absoluta. Nesse sentido, doutrina Araken de Assis “a pessoa dotada de capacidade de exercício tem, necessariamente, capacidade de direito ou personalidade processual. No entanto, a personalidade processual revela-se mais extensa que a capacidade de direito” [5].

O professor Fredie Didier explica que existe uma apertada relação entre a capacidade processual e a capacidade material (capacidade civil plena). Entretanto, são capacidades distintas podendo o sujeito ser processualmente capaz e materialmente incapaz ou processualmente incapaz e materialmente capaz[6].

A previsão de nomeação de curador especial nos casos do art. 72, inciso I do CPC contempla hipótese de incapacidade processual cuja origem está na incapacidade material, uma vez que o dispositivo prevê a determinação de nomeação de curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade.

Por outro lado, é possível visualizar na hipótese do inciso II do art. 72 cuja determinação do dispositivo legal é a nomeação de curador especial ao réu preso e ao revel citado por edital ou por citação com hora certa, enquanto não for constituído advogado, uma incapacidade puramente processual, já que o curador vem representar em juízo sujeito capaz materialmente, mas incapaz processualmente.

No inciso II o fundamento da curatela especial é a ausência do réu revel, seja porque foi citado fictamente, seja porque está preso. O legislador considerou que aqui o demandado está em posição de fragilidade para defender-se em juízo.

Pelo fio do raciocínio, vê-se que o ordenamento jurídico concebeu que determinadas pessoas são prejudicadas no seu exercício de direitos enquanto posicionadas em situações caracterizadoras de incapacidade processual como, por exemplo, a incapacidade civil, a incapacidade processual do réu preso e do citado de forma ficta.

Importante frisar, que as hipóteses legais do art. 72 do CPC não são as únicas previstas na legislação pátria para atuação do curador especial, veremos no decorrer do trabalho os demais casos que demandam a aplicação do instituto.

Partindo da compreensão dos pontos abalizados, podemos conceituar a curatela especial como instituto de direito processual cujo escopo é a tutela do sujeito que está em uma condição de vulnerabilidade processual prevista na lei[7], assegurando a este a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais e permitindo a sua participação real e equilibrada no processo civil.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA CURADORIA ESPECIAL

Não é pacífica, na doutrina, a questão pertinente à determinação da natureza jurídica do instituto da curadoria especial. Os textos doutrinários sobre o tema apresentam diferentes posicionamentos quando da qualificação e justificação da existência do instituto.

O cerne da discussão gira em torno dos conceitos de *legitimidade ad causam*, representação processual e legitimidade extraordinária, também denominada de substituição processual, e qual posição o curador especial encontra-se no processo.

Não obstante há, majoritariamente, três teorias distintas que buscam qualificar a curadoria especial tendo por base a sua atuação no processo: Teoria da representação, Teoria da substituição processual e Teoria distintiva[8]. Pois bem, analisaremos as três teorias com acuidade para melhor compreender o instituto.

2.1.1 TEORIA DA REPRESENTAÇÃO

De início, cabe esclarecer que o instituto da representação judicial acontece quando um indivíduo está em juízo em nome alheio com escopo de defender interesse alheio.[9].

Aqui é importante lembrar certos conceitos processuais para que o tema seja bem compreendido. Em primeiro lugar, é cogente ter em mente que o nosso novo Código de Processo Civil elegeu como condições da ação a *legitimidade ad causam* e o interesse de agir, vejamos: “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”[10].

Em relação à legitimidade o art. 18 do NCPC foi categórico quando dispôs que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Pelo fio do raciocínio, em regra, as pessoas somente podem estar em juízo na condição de partes, ou seja, demandando e defendendo direitos que afirmam ser próprios. Essa legitimidade é denominada de ordinária[11].

Pelo conceito de dado a representação judicial constata-se que o representante judicial não é legitimado ordinário, uma vez que, como já mencionado, ele está em juízo em nome alheio com escopo de defender interesse alheio. Assim, o representante judicial é uma exceção ao art. 18 do NCPC. Diante disso, indaga-se: o que é o representante judicial?

O instituto da representação processual está ligado à integração da capacidade processual, em outras palavras, surgirá à figura do representante judicial quando uma parte carente de capacidade processual estiver em juízo[12].

O art. 70 do CPC[13] que dispõe que “toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade de estar em juízo”. Mais adiante o art. 71 traz a solução para os casos de incapacidade material em juízo, aquela que compreende a concepção da falta de capacidade de fato ou de exercício, determinando que o incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.

Para a teoria da representação o art. 72 do CPC, que dispõe sobre a curatela especial, apresenta uma hipótese de integração de capacidade processual onde o curador especial é representante judicial do incapaz processual, devendo este ser entendido como sujeito vulnerável processualmente, seja por não ter capacidade civil plena e não ter sido essa carência suprida por um representante legal, como na hipótese do inciso I do art. 72, seja por não possuir capacidade puramente processual, hipótese do inciso II do art. 72.

Desse modo, para os defensores da teoria da representação o curador especial é representante judicial ad hoc nomeado pelo magistrado, com o objetivo de cuidar dos interesses do incapaz processual. Nessa sintonia, leciona o prof. Fredie Didier:

“O curador especial é representante judicial, e não material; sua atuação se restringe aos limites do processo: encaixa-se a figura na teoria da representação. Trata-se de um representante ad hoc nomeado pelo magistrado, com o objetivo de cuidar dos interesses do incapaz processual durante o processo, e somente durante o processo”.

No dizer de Araken de Assis, quando da conceituação do instituto da curatela especial: “chama-se de curador especial a pessoa designada pelo juiz para representar a

parte em juízo, suprindo-lhe déficit presumível na atuação (...) o curador assume seu papel por ato do juiz da causa. Logo, a figura do curador distingue-se, completamente da parte”.[14]

Para a adequada percepção da teoria da representação deve-se compreender a incapacidade em sentido processual, relacionada com a vulnerabilidade processual do sujeito no processo. Assim, para os adeptos dessa teoria o curador especial não é parte no processo, mas apenas surge para suprimento da capacidade processual da parte. Parte é o representado, incapaz processualmente, cuja incapacidade foi suprida com a nomeação do curador especial.

Pelo fio do raciocínio, vê-se que, para os simpatizantes da teoria da representação, a falta do curador especial nos casos em que a lei prevê a sua atuação está ligada a carência de requisito subjetivo de validade do processo, qual seja a capacidade processual[15].

Desse modo, a atuação do curador especial estaria limitada a certos atos processuais atrelados a funções defensivas, não podendo ele, por exemplos, propor reconvenção[16], pedido contraposto ou mesmo denunciar a lide nos casos de evicção, uma vez que são demandas.

Na mesma linha de raciocínio a teoria da representação defende que não será válido ao curador especial praticar ações de disposição do direito, como reconhecer a procedência do pleito, renunciar, confessar ou transigir. Ademais, nem mesmo o poder de desistência pertenceria ao curador especial.

Como bem doutrina o Prof. Fredie Didier, adepto da teoria da representação, não poderia o autor desistir da lide sem o consentimento do réu representado pelo curador especial “a defesa apresentada pelo curador faz o réu presente em juízo, razão pela qual é imprescindível o consentimento do réu, representado pelo curador especial, à proposta de revogação da demanda feita pelo autor.”[17]

Nessa sintonia, Cristiano Chaves elucida sobre a invalidade de o curador especial praticar atos de disposição no processo:

“a anuência ao pedido formulado pelo autor, eventualmente manifestada pelo curador especial implica, iniludivelmente, em absoluta nulidade do processo, por cercear a defesa daquele cujos interesses lhe incumbia preservar e garantir. Esse o modo criado por lei para garantir a efetividade do contraditório e da ampla defesa,

não podendo o curador praticar atos de disposição do direito que é disputado no processo”[18].

Apresentada a teoria que coloca o curador especial na posição de representante judicial do curatelado, passaremos para abordagem da próxima corrente doutrinária.

2.1.2 TEORIA DA SUBSTITUIÇÃO

A teoria da substituição processual defende que o legislador atribuiu ao curador especial à chamada legitimidade extraordinária para atuar em juízo. A doutrina de forma majoritária utiliza o termo legitimidade extraordinária como sinônimo de substituição processual.

Recorde-se, por oportuno, que a regra consiste nas pessoas estarem em juízo na condição de partes, ou seja, demandando e defendendo direitos que afirmam ser próprios, vimos que essa legitimidade é denominada de ordinária.

O art. 18 do CPC é explícito quanto à regra geral, bem como adverte a possibilidade do ordenamento jurídico permitir hipóteses em que determinada pessoa poderá ser autorizada a figurar em juízo em nome próprio na defesa de interesses alheios. Vejamos o texto do artigo 18: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”[19].

Pois bem, entende-se por legitimidade extraordinária ou substituição processual a autorização legal para se postular em juízo direito alheio em nome próprio. No dizer de Leonardo Greco, quando da elucidação sobre a legitimidade extraordinária, “muitas vezes a lei reconhece que o próprio titular da relação jurídica de direito material pode não estar em condições de concretamente exercer a sua postulação ou defesa em juízo. Nesses casos, confere a algum outro sujeito a legitimação extraordinária para figurar como sujeito do processo. São os casos de substituição processual”[20].

O conceito usual empregado pela doutrina brasileira para substituição processual foi retirado dos estudos do doutrinador italiano Giuseppe Chiovenda e é determinado como postular em nome próprio direito alheio[21]. Tal conceito é utilizado pelo Código de Processo Civil Italiano no seu art. 81[22], que cuida da substituição processual, tendo servido de inspiração para o art. 18 do Código de Processo Civil brasileiro.

A substituição processual ou legitimidade extraordinária constitui exceção ao princípio de que apenas o titular da lide pode deduzi-la em juízo, mediante o exercício do direito fundamental de ação previsto no art. 5º, inc. XXXV da CF. Para a teoria da substituição o curador especial seria um substituto processual do curatelado[23], em outras palavras, seria aquele autorizado por lei para defender em nome próprio direito alheio.

Nas palavras doutrinárias da prof. Tereza Arruda Alvim “quando atua na função de curador especial (art. 72), o defensor público age em nome próprio na defesa de interesse alheio, podendo propor ações ou procedimentos inerentes ao pleno exercício dessa função”[24].

Colocado na posição de substituto processual o curador especial seria parte no processo, do outro lado, o curatelado, titular do direito discutido, não seria parte. Ademais, para configurar a substituição processual é necessário que o ordenamento jurídico atribua a alguém o direito de defender interesse de outrem em juízo.

Barbosa Moreira doutrinou com maestria quando escreveu sobre legitimação extraordinária. Para o autor nem sempre legitimação extraordinária será sinônimo de substituição processual. Para elucidar o tema, Moreira, decompôs a legitimação extraordinária em legitimação extraordinária autônoma, legitimação extraordinária subordinada e legitimação extraordinária concorrente. Nas palavras do autor:

“É variável a extensão da legitimação extraordinária. Já se registrou que, às vezes, fica o seu titular autorizado a propor ou a contestar demandas pertinentes à situação jurídica alheia, e noutras hipóteses tão-somente a intervir em processo já instaurado pelo (ou em face do) legitimado ordinário, pura: deduzi-la junto com este. Por esse prisma contrapõem-se, de um lado, a legitimação extraordinária autônoma., e de outro a legitimação extraordinária subordinada”[25].

Na lição de Barbosa Moreira somente ocorrerá verdadeira substituição processual nos casos em que a legitimação extraordinária for autônoma e exclusiva. Em outras palavras, só terá caráter de substituição processual quando o titular do direito material não quiser ou não puder agir no processo[26].

A crítica feita à teoria da substituição processual encontra-se, exatamente, no sentido de que a substituição processual seria forma extraordinária de legitimação, ocorrendo apenas quando a parte titular do direito material estiver ausente na lide. Contudo, em relação à curadoria especial, o curatelado continua presente na lide na hipótese do inciso I do art. 72 do CPC, apenas sem capacidade de estar em juízo sozinho.

2.1.3 TEORIA DISTINTIVA

Para os adeptos da teoria distintiva a natureza jurídica da curadoria especial apresenta variação conforme a hipótese legal de atuação. Nesta linha de inteligência, no caso de atuação em prol do interesse de incapazes, teria natureza jurídica de representação processual.

Por outro lado, nos casos de atuação em benefício de réu preso ou citado fictivamente, ou mesmo, o réu ausente, a natureza jurídica da curadoria especial seria de parte extraordinariamente legitimada, substituindo, assim, o curatelado no processo. Sobre o curador especial apresentar diferentes naturezas discorre o prof. Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

“O art. 72, do CPC, enumera quais são essas funções, que têm diferentes naturezas. Algumas vezes, o curador especial atuará como representante legal do incapaz que esteja provisoriamente privado de um representante definitivo. Outras, a sua função não será propriamente a de representar ou assistir o incapaz, mas assegurar o direito de defesa ao réu preso ou àquele que foi citado fictivamente”[27].

Assim sendo, no primeiro caso do inciso I do art. 72, a curadoria especial estaria no processo como representante judicial com a função de suprir a capacidade processual do curatelado, não sendo o curador especial parte no processo. A parte na relação jurídico processual seria o indivíduo incapacitado.

Para a teoria distintiva o incapaz não seria substituído com a nomeação do curador especial, na realidade, haveria uma soma no processo entre o curador especial, integrando uma incapacidade processual, e o indivíduo incapacitado, parte na lide, formando um binômio representante/representado[28].

Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva apresentam hipóteses em que a curadoria especial teria natureza jurídica de representação:

“(i) incapaz sem representante legal (art. 72, I, 1ª parte, do CPC/2015 e art. 142, parágrafo único, 2ª parte, do ECA); (ii) incapaz cuja representação restar com prometida pela colidência de interesses (art. 72, I, 2ª parte, do CPC/2015 e art. 142, parágrafo único, 1ª parte, do ECA);(iii) citando impossibilitado de receber citação (art. 245 do CPC/2015); (iv) incapaz quando concorrer na partilha com o seu representante legal (art. 671, II, do CPC/2015); e (v) interdição (art. 752, § 2º, do CPC/2015)[29]”.

Diferentemente, nas hipóteses de atuação em benefício de réu preso ou citado fictivamente, adotaria a curadoria especial natureza jurídica de substituto processual.

Dessume-se, desse modo, por conta da típica vulnerabilidade processual desses sujeitos, que a legislação teria concedido ao curador especial legitimção extraordinária

para proteger, em nome próprio, os direitos do réu ausente ou réu preso, como forma de suprir a potencial carência do direito de defesa.

Assim, na possível ausência do réu citado fictamente e do distanciamento processual do réu preso, incidirá a figura curador especial para agir como parte extraordinariamente legitimada, substituindo o curatelado na lide.

Lembra o prof. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, que nomeado curador especial ao réu preso ou ao réu citado fictamente, "ele atuará inexoravelmente no polo passivo, em favor do réu preso, mas não como seu representante legal (...) sua função é de assegurar-lhe o direito de defesa".[30]

Outra não é a orientação de Diogo Esteves e Franklyn Roger ao apontar o art. 72, II do novo CPC como exemplo de hipótese de substituição processual, ponderando que: "se adotarmos a teoria distintiva podemos tomar como exemplo a hipótese de Curadoria Especial com fundamento no art. 72, II do novo CPC (...) como hipótese de substituição processual, realizando uma definição da natureza jurídica com maior apuro"[31].

Por fim, para os adeptos da teoria distintiva a curadoria especial possui natureza jurídica de substituto processual nos seguintes casos: "(i) réu preso (art. 72,II, 1ª parte, do CPC/2015); O réu revel citado por edital ou com hora certa (art. 72, II, 2ª parte, do CPC/2015); e (III) ausente (art. 671 ,I, do CPC/2015) [32]".

3.PREVISÕES LEGAIS DE ATUAÇÃO DA CURADORIA ESPECIAL

Realizada a explanação sobre os aspectos introdutórios sobre a curadoria especial, como o conceito e natureza jurídica do instituto, cumpre analisar as situações em que a lei elenca a nomeação de curador especial.

Do exame das hipóteses legais será possível verificar quais os casos em que o legislador constatou caracterizada a vulnerabilidade processual dos sujeitos envolvidos em uma demanda judicial, bem como a conseqüente necessidade de nomeação de curador especial a fim de garantir a participação de forma equânime desses sujeitos no processo.

Importante destacar, logo de início, que além das hipóteses espalhadas pelo Código de Processual Civil existem também determinação de nomeação de curador especial em legislações especiais. Dito isto, passaremos a apreciação de cada situação elencada.

3.1 NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AOS INCAPAZES

Como visto, na parte do enfoque conceitual, a capacidade processual também chamada de capacidade de estar em juízo é a aptidão para praticar atos processuais pessoalmente, ou seja, independentemente de assistência ou representação. Essa capacidade processual é pressuposto de validade do processo.

Igualmente foi visto que, em certos casos, a capacidade processual está ligada com a capacidade de exercícios para os atos da vida civil, chamada capacidade material, entretanto a relação não é absoluta[33].

A incapacidade material, por disposição da lei civil (art. 3º e 4º do Código Civil[34]) é suprida por um representante legal (pais, tutor ou curador, como determina o art. 71 do CPC[35]), contudo, às vezes, durante algum tempo, o incapaz fica privado de representante legal, seja porque o anterior faleceu e não houve tempo hábil para nomear outro, seja por qualquer outro motivo. Assim, se houver necessidade desse incapaz participar de um processo será nomeado um curador especial.

Decorre, então, como imposição legal que mesmo quando o incapaz não tiver representante legal, seus interesses jurídicos estarão a amparado, tendo em vista que a lei definiu que lhe seja nomeado curador especial, especialmente por conta da consequente nulidade ou anulabilidade dos atos praticados pelo incapaz não representado ou assistido.

A previsão de nomeação de curador especial para incapazes nos casos do art. 72, inciso I do CPC contempla hipótese de incapacidade processual cuja procedência está na incapacidade material, uma vez que o dispositivo prevê a determinação de nomeação de curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade. Vejamos a hipótese:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade[36];

Na hipótese da 1ª parte do inciso I do art. 72 (incapaz, se não tiver representante legal) constata-se que o curador especial não será o representante definitivo do incapaz, uma vez que sua atuação se limitará a ação em que foi nomeado, até que haja a definitiva nomeação de novo representante[37].

Já na 2ª parte do inciso I do art. 72, que versa sobre o conflito de interesses entre o incapaz e o seu representante legal, a norma prevê a nomeação de curador especial no processo cujo conflito for verificado, não obstante nos demais atos da vida civil o representante legal continuará sendo o da previsão do art. 71 do CPC.[38]

Pontes de Miranda conceitua conflito de interesses entre o incapaz e o seu representante legal como sendo “qualquer situação em que o ganho de causa por parte do incapaz diminuiria, direta ou indiretamente, qualquer interesse econômico ou moral do pai, tutor ou curador”[39].

Nesse sentido Marcus Vinicius Rios expõe exemplo para a nomeação de curador especial na hipótese da 2ª parte do inciso I do art. 72. Observemos:

“uma mulher mantém com um homem uma relação prolongada, da qual nasce um filho, reconhecido pelo pai. Posteriormente, ela tem um segundo filho, não reconhecido, razão pela qual decide ajuizar ação de investigação de paternidade. Imagine-se que antes do ajuizamento o suposto pai faleça. A ação ainda será possível e deverá ser aforada pelo segundo filho em face do herdeiro do suposto pai que, no caso, é o filho mais velho, por ele reconhecido. Tanto um quanto o outro terão de ser representados pela mãe. Mas é impossível que ela figure como representante legal tanto do autor como do réu, dado o manifesto conflito de interesses. Para evitá-lo, ao réu será dado curador especial”.

Sobre nomeação de curador especial ante conflito de interesses entre pais e filho, ensina Teresa Arruda Alvim: “o juiz deverá nomear curador especial mediante requerimento do filho ou do Ministério Público. Por se tratar, contudo, de uma imposição legal na defesa dos interesses do incapaz, a nomeação deve ser admitida até mesmo de ofício”. [40]

Ademais, o art. 142 do ECA também prevê a nomeação de curador especial para os incapazes sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual[41].

Destaca-se, por fim, que o art. 178 do NCPC[42] dispõe que o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica nas nos processos que envolvam interesse de incapaz. Já o § 4º do art. 162 do ECA destaca que quando o procedimento de destituição de poder familiar for iniciado pelo Ministério Público não haverá necessidade de nomeação de curador especial em favor da criança ou do adolescente. Essa é, inclusive, a posição adotada pelo STJ no REsp 1177622/RJ[43]:

Pela leitura dos dispositivos, conclui-se que, mesmo diante do conflito de interesses entre pais e filhos na ação de destituição do poder familiar, não será nomeado

curador especial aos incapazes, entendendo-se por resguardados os interesses desses diante da presença do Ministério Público na ação.

Portanto, para o STJ não existe lesão processual a criança ou adolescente apta a justificar a nomeação de curador especial, considerando que a proteção deles é uma das funções institucionais do Ministério Público, devendo ser o *parquet* o órgão competente para promover e acompanhar a ação de destituição do poder familiar [44].

3.1.1 INCAPAZ QUE CONCORRE COM SEU REPRESENTANTE NA PARTILHA QUANDO HOVER COLISÃO DE INTERESSES

O art. 671 do NCPC prevê a nomeação de curador especial ao incapaz quando, concorrendo na partilha com o seu representante, houver conflito de interesses entre eles.

Art. 671. O juiz nomeará curador especial:

II - ao incapaz, se concorrer na partilha com o seu representante, desde que exista colisão de interesses[45].

Todavia, não é em todos os casos de inventário e partilha que haverá colisão de interesses entre incapaz e seu representante, tão somente haverá nomeação de curador especial na ocorrência de evidenciada colisão de interesses.

Aponta a prof. Teresa Arruda Alvim que “o NCPC teve o cuidado de apontar situação que já estava sedimentada na doutrina: a mera concorrência na partilha é insuficiente para que o representante seja afastado de suas funções e seja nomeado um curador especial ao incapaz”. [46]

Assim sendo, a atuação do curador especial apenas se dará na ausência de representação legítima, ou seja, quando comprovado o conflito de interesses. Não havendo esse conflito o incapaz seguirá sendo representado por seu representante legal, cabendo ao Ministério Público o múnus de fiscalizar os interesses dos incapazes nas ações de partilha.

3.2 CURADOR ESPECIAL DO RÉU PRESO REVEL

Como forma de garantir a plenitude do contraditório e o devido processo legal [47], a lei processual civil determina que seja nomeado curador especial ao preso revel que atuará no polo passivo da demanda.[48].

Decorre, então, da preocupação do legislador de que o réu preso, em razão da prisão, não tenha condições de se proteger de forma adequada, uma vez que, encarcerado,

possa não ter meios de contratar advogado, ou mesmo esforçar-se para obter os meios para a defesa de seus interesses.

Importante esclarecer que se o réu preso contratar advogado e apresentar defesa, não existirá necessidade de nomeação do curador especial. Nessa sintonia Marcus Vinicius Rios: “O CPC atual afasta a dúvida que pairava na lei antiga: só será nomeado curador especial ao réu preso revel. Se o réu, apesar de preso, constituir advogado e apresentar defesa, não haverá necessidade de nomeação do curador”[49].

No mesmo sentir, Fredie Didier Jr, asseverando que para designação de curador especial ao réu revel preso “não basta estar preso; é preciso que o réu tenha sido revel - inova-se em relação ao CPC-1973, que não exigia a revelia do réu preso para a nomeação do curador especial”[50].

Outra questão, pertinente ao tema, é sobre a modalidade de prisão que o art. 72 do NCPC estaria se referindo, já que o dispositivo não cita qual a espécie de prisão. Para o prof. Marcus Vinicius Rios não existirá necessidade de nomeação de curador especial se o réu cumprir pena em regime de prisão que não traga barreira ao seu direito de defesa, como a prisão do regime aberto ou domiciliar. Contudo, o autor faz uma reserva, quando mesmo nesses casos ficar provado lesão na defesa, a nomeação do curador far-se-á indispensável[51].

Vê-se que a nomeação de curador especial ao réu preso se dará, qualquer que seja a modalidade de prisão, desde que exista efetivo cerceamento da liberdade.

Ademais, a simples nomeação do curador especial, em prol do réu preso que não apresenta defesa, afasta os efeitos da revelia. Em outras palavras, a nomeação de curador especial, ainda que não apresente a contestação, dando apenas ciência ao réu preso revel, controverte os fatos alegados pelo autor na inicial, arredando-se os efeitos da revelia[52].

3.3 CURADOR ESPECIAL DO RÉU CITADO FICTAMENTE

A bilateralidade da audiência, entendida como sendo a possibilidade de permitir que tanto autor, quanto réu deduzam argumentos em juízo e tenham a oportunidade de provar a veracidade do que alegam, levou o legislador a impor a nomeação de curador especial nas hipóteses de citação ficta (citação editalícia ou por hora certa)[53].

Buscou-se, dessa forma, a efetivação do contraditório, resguardando os interesses daquele réu revel, já que, por ter sido ele citado fictamente, não se tem confiança

se a revelia provém dele não querer se defender, ou de não ter tido conhecimento do processo. [54].

Em explicação simples, a citação por edital é uma modalidade de citação ficta, ou seja, presume-se que o destinatário tenha tomado conhecimento do conteúdo desta pela publicação do edital. Já a citação com hora certa, por sua vez, será realizada quando o Oficial de Justiça, tendo procurado por duas vezes o citando em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, suspeita que ele esteja se ocultando para não receber a citação[55].

Explica o prof. Marcus Vinicius Rios que para nomear curador especial “quando a citação é ficta, o juiz deve aguardar o prazo de resposta, dada a possibilidade de que o réu tenha sabido do processo e constitua advogado, apresentando defesa”[56].

Dessa forma, o réu citado fictamente não aparece em juízo por inatividade involuntária, já que não teve ciência da citação, atuando em seu benefício o curador especial que terá a função de defendê-lo, apresentando contestação. A peça de defesa deverá ser oferecida depois de já ter se encerrado o prazo originário de contestação[57].

Importante não confundir essa hipótese de nomeação de curador especial ao réu citado fictamente com a simples revelia do réu citado pessoalmente que por inatividade voluntária, não contesta a ação. Nesse sentido esclarece os doutrinadores Diogo Esteves e Franklyn Roger:

“Caso o réu responda à citação ficta e apresente defesa nos autos do processo, não haverá necessidade de intervenção da curadoria. Do mesmo modo, em havendo o comparecimento espontâneo do curatelado no curso do processo, ou sendo comprovada sua ciência inequívoca sobre a demanda, cessa imediatamente a intervenção da curadoria especial, assumindo o réu o feito no estado em que se encontra. A atuação do curador especial ocorrerá apenas de forma subsidiária, quando for necessário garantir o equilíbrio do contraditório ante a ausência do réu citado fictamente”[58].

A apresentação da defesa pelo curador especial é cogente e o prazo é impróprio. Dessa forma, se não cumprir o encargo poderá trocado e até sofrer sanções no âmbito administrativas, porém não haverá preclusão do ato[59].

Nesse sentido, o prof. Calmon de Passos, foi claro: “Se nomeado, faz-se inativo, impõe-se o seu afastamento, nomeando-se quem de fato desempenhe as atribuições do cargo[60]”.

Em relação ao múnus do curador, cabe a ele trazer aos autos o que for possível em benefício do acusado, uma vez que em grande parte dos casos, como ele não tem relação direta com o réu, pode não ter muitas informações ou elementos para constituir a defesa, devendo, assim, fazer o que tiver ao seu alcance em prol de garantir um contraditório efetivo[61].

É nessa sintonia que o CPC de 2015, no parágrafo único do art. 341, abarca como uma das hipóteses de contestação por negativa geral àquela apresentada por curador especial[62]. Verifica-se que, em regra, cumpre ao réu oferecer impugnação específica dos fatos expostos na peça inaugural, sob pena de presumirem-se verdadeiros os fatos não contraditos. Entretanto, a contestação por negativa afasta a presunção de veracidade, oriundos da revelia.

Decorre, também, do dever que o curador especial possui de promover a defesa do réu, a proibição de anuir com o pedido autoral, sob pena de violar o princípio do contraditório e causar desequilíbrio na relação processual. Assim, o desempenho do curador especial em atividade distinta da promoção de defesa, pode provocar nulidade do ato, além de provocar em descumprimento do seu múnus público[63].

Dessume-se, de forma cristalina, que na busca da concretização do direito ao contraditório o legislador impôs o ônus defensivo do réu citado fictamente nas mãos do curador especial, estando este proibido de praticar qualquer ato que não seja se desincumbir do dever de apresentar defesa, mesmo que, por negativa geral

3.4 CURADOR ESPECIAL NA EXECUÇÃO E NA AÇÃO MONITÓRIA

Pelo já apontado não há dúvida quanto à necessidade de nomeação de curador especial réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. A questão que se apresenta neste momento é sobre a obrigação de nomear curador especial a estes sujeitos na execução, bem como na ação monitória.

Em relação ao processo de execução a súmula 196 do STJ esclarece à necessidade de nomeação de curador especial, colocando fim a dúvida que planava antes na sua edição. Note: “Súmula 196 do STJ - ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”.

Outra não é a orientação da doutrina. Nesse sentido, esclarece o prof. Marcus Vinícius Rios Gonçalves[64]:

o curador especial nomeado na fase cognitiva continuará atuando na fase executiva, podendo valer-se de todas as formas de defesa, como a impugnação e as exceções e objeções de pré-executividade, nos casos em que elas forem admitidas. Se a execução for por título extrajudicial e o executado for citado fictamente, será nomeado curador especial, que poderá apresentar embargos. Eis um exemplo de ação que pode ser ajuizada pelo curador especial.

Apesar do teor da súmula apontar a nomeação de curador especial ao executado revel citado fictamente, a doutrina tem entendido que a mesma regra deve ser aplicada para o executado preso[65].

Em relação à nomeação de curador especial ao réu citado fictamente na ação monitória, apesar de posições divergentes[66], o que prevalece atualmente é o entendimento jurisprudencial pela possibilidade.[67] Ademais, pelo teor da súmula nº 282 do STJ que diz “Cabe a citação por edital em ação monitória”, extrai-se que na inércia do réu citado fictamente caberá a nomeação de curador especial para apresentar de embargos em favor do réu e esses embargos terão natureza de contestação, motivo pelo qual poderá ser realizado por negativa geral[68].

3.5 NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AO AUSENTE NOS PROCESSOS DE INVENTÁRIO E PARTILHA

Com escopo de introduzir o tópico, cumpre, de início, trazer o texto do artigo 671 do NCPC, que está localizado no capítulo do Inventário e da partilha:

Art. 671. O juiz nomeará curador especial:

I - ao ausente, se não o tiver;

II - ao incapaz, se concorrer na partilha com o seu representante, desde que exista colisão de interesses.[69]

Tendo em vista que o inciso II do art. 671 já foi abordado no ponto 3.1.1 do presente trabalho. Cabe agora o enfoque no inciso I.

Pela leitura do inciso I, verifica-se que em processo de inventário e partilha, ocorrendo a ausência de um dos sucessores no processo de partilha ou no inventário poderá ser nomeado ao ausente um curador especial.

E de início é importante já esclarecer que este ausente do art. 671 do Código de Processo Civil não é o mesmo ausente do direito material cível que é aquele entendido

como a “pessoa que desaparece de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante ou procurador para administrar-lhes os bens”[70].

No direito material a ausência é tratada como morte presumida, sendo o art. 22 do CC/02 o dispositivo que esclarece a circunstância que autoriza o juiz a declarar a ausência de uma pessoa e nomear um curador para gerir os seus bens e negócios. [71]. Como já dito, neste trabalho, a curadoria especial é instituto de direito processual e não material. Deste modo, não há de se dar ao termo “ausente” do art. 671 a acepção jurídica do termo “ausente” do direito material[72].

O art. 25 do Código Civil deixa claro a quem compete a curadoria dos bens do declarado ausente, ou seja, daquele que teve sua morte presumida, não apontando em nenhum momento o curador especial. Note:

Art. 25. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador.

§ 1º - Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.

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

§ 3º - Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador[73].

Assim sendo, o termo ausente do art. 671 do NCPC deve ser entendido no sentido comum de “pessoa que não compareceu ou não está presente”[74] no processo.

Nos processos de inventário e partilha, sendo impossível a localização de algum dos sucessores ou estando este em local de difícil acesso, após a citação por edital e a permanente inércia do sucessor, será nomeado curador especial para atuar nos autos, conforme previsão do art. 626 do NCPC. .[75]

Assim, além da citação dos sucessores pelos correios será publicado edital, tendo em vista tratar-se de ações onde há necessária provocação da participação dos interessados incertos e desconhecidos[76].

Decorre, então, da inércia do sucessor a citação por edital a necessidade de o juiz nomear curador especial para atuar nos autos, já que não se tem confiança de que o

sucessor, citado por edital, tenha tomado conhecimento da ação de partilha ou de inventário.

3.6 NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL NA AÇÃO DE INTERDIÇÃO

Em regra, a incapacidade civil das pessoas naturais acaba quando elas alcançam a maioridade, ou seja, ao atingir a idade de dezoito anos[77]. Assim, a partir desse momento a pessoa se torna apta a exercer sozinha todos os atos da vida civil, sem necessitar ser representada ou assistida.

No entanto, pode acontecer da pessoa ter alcançado a maioridade, mas por determinadas razões não ter condições praticar sozinha atos da vida civil[78]. Nessas hipóteses será necessário interditá-la, pois existe uma presunção de que maiores de dezoito anos de idade são capazes absolutamente[79].

Para entender qual a atuação do curador especial no procedimento da interdição e quando essa atuação ocorrerá é necessário apreender certos pontos do procedimento.

Em relação à legitimidade para propor o pedido de interdição é o art. 747 do NCPC que estabelece o rol:

Art. 747. A interdição pode ser promovida:

I - pelo cônjuge ou companheiro;

II - pelos parentes ou tutores;

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

IV - pelo Ministério Público.

Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial[80].

Se a peça inaugural estiver preenchendo todos os requisitos constantes dos art. 319, 749 e 750 do CPC, o juiz designará data para entrevistar o interditando, determinando que ele seja citado para comparecer[81].

Após a entrevista poderá o interditando impugnar o pedido de interdição através de advogado no prazo de 15 dias[82]. Ocorre que muitas vezes, diante da incapacidade, o requerido não constitui advogado e é nessa situação que a legislação processual civil prevê a nomeação de curador especial. Assim, quando não houver a

constituição de advogado, será nomeado curador especial para o interditando que deverá realizar a impugnação do pedido, mesmo que, diante da falta de elementos nos autos, faça impugnação por negativa geral[83].

Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva expõem, acertada, justificativa para nomeação de curador especial ao interditando que não constituiu advogado:

No processo de interdição, porém, subsiste inegável antagonismo de interesses entre o interditando (...) e o requerente que pretende exercer sua representação legal. Por essa razão, embora possa vir a exercer futuramente a curadoria civil do interditando, o autor da interdição não detém condições de desempenhar legitimamente a figura de representante legal do potencial incapaz no curso da própria ação interditória. Dessa forma, por não possuir o interditando condições de estar sozinho em juízo e por estar sua representação processual comprometida pela contraposição de interesses, se afigura indispensável que alguém exerça o papel de representante do indivíduo alegadamente incapaz durante o curso do processo de interdição[84].

Doutrina, ainda, o Prof. Marcus Vinicius Rios Gonçalves sobre a opção legislativa da nomeação de curador especial ao interditando: “é que a interdição pode ser utilizada para fins diversos daqueles para os quais foi prevista. Há casos em que é requerida não em razão de verdadeira incapacidade, mas para afastar alguém da gerência de seus negócios”[85].

Dessa forma, diante de sujeito verdadeiramente incapacitado, é presumível que não exista a probabilidade de constituição de advogado. Logo, não seria plausível que o interditando ficasse sem defesa no procedimento que poderá levar à sua incapacidade. Portanto, o CPC determina que, caso o interditando não constitua advogado, ser-lhe-á nomeado curador especial[86].

Questão fortemente debatida era sobre a necessidade de nomear curador especial ao interditando mesmo que o MP estivesse atuando como fiscal da ordem jurídica na ação, ou seja, quando ele não fosse o autor do pedido de interdição[87].

A razão do debate era a previsão do art. 1.179[88] do CPC de 1973, que previa que quando a interdição fosse requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomearia ao interditando curador à lide. Assim, a conclusão que muitos faziam é que no caso de

ação de interdição proposta por outro legitimado, que não o *parquet*, não seria necessária a nomeação de curador especial, pois o Ministério Público já cuidaria dos interesses do interditando na condição de fiscal da ordem jurídica[89].

Ocorre que, com a edição do atual CPC de 2015, haverá a necessidade de nomeação de curador especial ao interditando tenha a ação sido proposta pelo Ministério Público ou não[90]. Assim, com o advento do novo Código processual a nomeação de curador especial estará condicionada a constituição ou não de advogado pelo interditando[91].

Importante destacar, neste momento, que alguns autores defendem que mesmo que o interditando constitua advogado nos autos da interdição deveria ser nomeado curador especial. [92].

Por fim, constata-se que o legislador verificou ser presumível a vulnerabilidade processual do interditando, uma vez que presume-se que nem sempre haverá a possibilidade de constituição de advogado, justamente por estarmos diante de um pedido de declaração de incapacidade. Assim, diante da provável incapacidade civil do interditando e da possivelmente representação processual comprometida pela contraposição de interesses, o legislador cuidou de buscar a tutela dos direitos do interditando no processo de interdição.

4.CURADORIA ESPECIAL COMO FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Apesar da Defensoria Pública já existir em alguns Estados brasileiros antes da Constituição Federal de 1988[93] é com a sua promulgação que é efetivado o reconhecimento nacional da instituição como função essencial à Jurisdição e responsável pela assistência jurídica dos necessitados.

Atualmente o caput do art. 134 da Constituição Federal de 1988 estabelece:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Após a promulgação da Carta Magna foi publicada a lei complementar nº 80 de 1994 que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como prescreve normas gerais para organização das Defensorias Públicas nos Estados. A supracitada lei complementar alocou no inciso XVI do art. 4º o exercício da curadoria

especial como função institucional da Defensoria Pública[94]. Daquele momento em diante aos Defensores Públicos coube exercer o múnus da curadoria especial.

Apesar do Código de Processo Civil de 1973 prevê a figura do curador especial em seu art. 9, não havia no diploma legislativo a designação específica de um órgão para exercer a função. É o Código de Processo Civil de 2015 que, em harmonia com a lei complementar nº 80/94, vai trazer no parágrafo único do art. 72 a curadoria especial como atribuição da Defensoria Pública.

Atualmente não resta qualquer dúvida sobre a Defensoria Pública ser o órgão encarregado pelo instituto da Curadoria Especial, contudo veremos adiante, que tal instituto processual já fez parte das atribuições do Ministério Público.

4.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA ATUAÇÃO DA CURADORIA ESPECIAL

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 a curadoria especial foi exercida pelo Ministério Público em alguns Estados brasileiros .[95] Inclusive, o Estado de São Paulo chegou a regulamentar a função através do art. 41 da LC 304/84.

Art. 41. São atribuições do Promotor de Justiça Curador Judicial de Ausentes e Incapazes: (...)

II - funcionar como curador especial do réu revel, citado por edital ou com

hora certa, e que não tenha ciência da ação que lhe está sendo proposta, bem como em favor do réu preso;[96]

Ocorre que a atuação do Ministério Público como curador especial causava grandes debates sobre a dupla legitimidade da atuação do *Parquet*, havia casos em que ele atuava como fiscal do ordenamento jurídico e ao mesmo tempo estava na posição de curador especial de determinado sujeito. Nesse sentido, Mazzili apresentou a seguinte constatação:

Se o Ministério Público, como órgão do Estado, propõe uma ação na defesa dos interesses globais da sociedade, apesar de sua posição formal de parte (sujeito ativo da relação processual) nem por isso deixa de zelar pela ordem jurídica. Ser parte não significa não ser fiscal da lei e vice-versa (...).Entretanto, quando é representante da parte, ou substituto processual, ou mesmo quando intervém protetivamente em razão da qualidade da parte (...), está

finalisticamente destinado a proteger o interesse personificado que lhe legitima a intervenção[97].

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973[98] houve a inclusão, no rol das atribuições do Ministério Público, art. 82, da proteção do interesse público, deixando claro o papel do *Parquet* como defensor da sociedade e contribuindo para retirada da função de curador especial das suas atribuições[99].

Mais tarde, com a promulgação da CF de 1988, ficou consolidado o papel do Ministério Público como guardião da ordem Jurídica e de interesses sociais, tendo atuação nas causas de interesses individuais apenas quando envolver interesses indisponíveis[100].

Por fim, com a publicação da LC nº 80/94[101] a Curadoria Especial passou a constar no rol de atribuições da Defensoria Pública e, em 2015, com o NCPC, essa atribuição passou a estar de forma expressa na nova norma processual civil. Sobre a mudança de competência do exercício da curadoria especial explica Carolina Brambila com maestria:

Podemos conjecturar que, entre outros fatores, a explicação da modificação da competência para o exercício da curadoria especial passa pela evolução do papel do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em razão da tendência de migração de suas atribuições, na esfera cível, da atuação em defesa de interesses individuais para a defesa de direitos coletivos da sociedade[102].

Importante salientar, que atualmente, ainda, há um déficit de defensores públicos nas Comarcas brasileiras, podendo ocorrer casos em que não haverá Defensor Público para atuar em casos onde a nomeação de curador especial se faz cogente. Destarte, diante da falta de Defensor Público na Comarca, existem doutrinadores que defendem a liberdade do juiz para nomear outro sujeito para o exercício do múnus[103].

Inclusive, há posicionamentos de que essa escolha judicial poderia recair em quem não é advogado e, nessa hipótese, o curador nomeado terá que contratar advogado para apresentar as petições em juízo, já que é necessária capacidade postulatória para oferecer as defesas do curatelado[104].

4.2 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Pelo que até agora foi apresentado, conclui-se que desde a sua institucionalização na CF de 1988 até os dias atuais a Defensoria Pública sofreu importantes mudanças ligadas ao seu papel institucional.

A previsão da instituição no art. 134 da Carta Magna está conectada a interpretação do art. 5º, LXXIV do texto constitucional que descreve o dever do Estado de prestar assistência jurídica de forma integral e gratuita aos que demonstrarem carência financeira[105]. Já a disposição do art. 134 da CF assevera que à Defensoria Pública compete à orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV da Carta Magna[106].

Para a melhor compreensão das funções institucionais da Defensoria Pública é de extrema importância perceber a abrangência do termo “necessitado” utilizado na redação do art. 134 da CF, bem como entender os conceitos trazidos na doutrina de função típica e atípica da Defensoria Pública. É com esse escopo que o trabalho passará para os pontos a seguir.

4.2.1 Amplitude do Conceito Jurídico de Necessitado: Sentido Estrito e Sentido Amplo.

Saber qual amplitude do conceito jurídico de pessoa necessitada é importante para compreender quem é o titular do direito à assistência jurídica apontada pelo texto constitucional. Ademais, esse conceito refletirá no desempenho da Defensoria Pública.

O termo “necessitado” usado pela constituição levou, por vezes, a leituras limitadas do conceito jurídico de pessoa necessitada, tendo sido a atuação da Defensoria Pública entendida, por certo tempo, como aquela ligada apenas aos necessitados econômicos[107].

No entanto, o termo deve ser entendido de forma aberta e não restrita, é nesse sentir que o prof. Caio Paiva propõe a distinção entre “necessitado em sentido estrito” e “necessitado em sentido amplo”.

O sentido estrito estaria ligado à fragilidade existencial provocada pela privação de direitos sofrida por determinada pessoa em razão da falta de recursos materiais, como, por exemplo, direito a saúde, moradia, alimentação, etc. Assim, o termo “necessitado” seria ligado a um viés econômico [108].

Já no sentido amplo o termo necessitado vai além do aspecto financeiro, abrange uma conjuntura de vulnerabilidades presentes na sociedade por características não econômicas. Desse modo, necessitado em sentido amplo, também chamado de necessitado organizacional pela doutrina, seria todo indivíduo que estaria dentro de um grupo excluído pela sociedade: deficientes, idosos, presos, etc. Todos os componentes

desses grupos seriam vulnerais de certa maneira e, por isso, sujeitos a atuação da Defensoria Pública[109].

Para melhor compreender quem é o necessitado organizacional importante trazer o conceito de pessoa em situação de vulnerabilidade trazido no documento internacional das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade:

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. [110].

Hoje, o entendimento doutrinário e jurisprudencial[111] está assentado na compreensão de que os necessitados apontados no artigo 134 da CF 1988 compreendem tanto os necessitados em sentido estrito como também os em sentido amplo. Ademais, com as mudanças realizadas em 2009 na LC 80/94[112], em especial com a alteração da redação do inciso XI no art. 4º, ficou consolidada a abrangência do termo necessitado. Vejamos o texto:

Art. 4º, XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

Percebe-se, assim, a materialização da legitimidade da Defensoria Pública para prestação da assistência jurídica não só ao necessitado econômico, mas igualmente a outros grupos considerados vulneráveis.

Entendida a abrangência do termo “necessitado” e, em contrapartida, compreendido quem deverá ser o titular do direito à prestação da assistência jurídica realizada pela Defensoria Pública, passaremos a análise dos conceitos doutrinários de funções típicas e atípicas e analisaremos onde a atribuição da curadoria especial estaria encaixada.

4.2.2 Funções Típicas e Atípicas

Doutrinariamente as funções da Defensoria Pública são classificadas em Típicas e Atípicas, sendo atribuída a classificação aos Defensores Públicos Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva[113].

Ocorre que, quando essa divisão foi cunhada, os doutrinadores não direcionaram especificamente para a nomenclatura de funções típicas e atípicas da Defensoria Pública[114], tendo em vista que na época o órgão, apesar de já existir em alguns Estados, ainda não tinha sido institucionalizado, o que ocorreu apenas com a Constituição de 1988[115].

Assim, a nomenclatura foi usada para classificar as funções da chamada “Assistência Judiciária”. No sentir dos defensores, para além das funções típicas, que seriam aquelas ligadas a defesa dos financeiramente fragilizados, estariam funções atípicas, que projetam a proteção aos não carentes financeiramente. Vejamos as linhas mestras:

Averbe-se, finalmente, que, dentre as atribuições da Assistência Judiciária como órgão do Poder Público, prosperam determinadas atividades de conteúdo atípico, em razão de a sua gênese não se encontrar sediada no pré-questionamento do estado do juridicamente necessitado.

Como exemplo desta afirmação, podem ser citados, no campo do Direito Processual Penal, a defesa do réu revel e, incidentalmente, a daquele cujo patrono contratado não comparece ao ato do qual deveria participar. Na área cível, no Estado do Rio de Janeiro, a curadoria especial, inserida entre as atribuições dos defensores públicos, demonstra, também, a hipótese examinada[116].

Atualmente, o art. 5º, LXXIV, da Carta Magna fortalece a função típica da Defensoria Pública, uma vez que coloca como direito fundamental a prestação da assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos[117].

Pelo fio do raciocínio, a prestação do serviço da assistência jurídica como função típica dependeria de uma prévia avaliação financeira do sujeito interessado, já que o critério é econômico. Assim, caberia ao pretense assistido provar que não tem recursos financeiros para arcar com despesas judiciais[118]. Assim, residiria no pré-questionamento do estado do juridicamente necessitado.

Em outra linha, estariam às funções atípicas que não dependeriam de pré-questionamento sobre a condição financeira do sujeito e estariam amparadas em previsões legais. Daí advertir Cleber Francisco Alves que o exercício da função atípica:

ocorre sempre que a Defensoria Pública é chamada a atuar na representação de partes que, por qualquer motivo, não tenham constituído advogado, por exemplo, sempre que a questão sub

judice envolva direitos indisponíveis, como é o caso da liberdade, na área do direito criminal. Sua atuação se justifica nesses casos, para garantir a efetividade dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal; por isso, também há no rol das funções institucionais previstas na Lei Complementar nº 80/94 a expressa previsão, no Inciso VIII, da importante atuação da Defensoria Pública perante estabelecimentos policiais e penitenciários, com o objetivo de assegurar a todas as pessoas presas a proteção dos direitos e garantias individuais, independentemente de serem ou não necessitados economicamente. Mesmo nas causas cíveis, quando o réu estiver em lugar ignorado não tendo sido possível efetivamente haver certeza de que ele tenha tomado conhecimento de que é parte num processo judicial, caberá à Defensoria Pública exercer a representação processual dos interesses desse Réu ausente, desempenhando o múnus de Curador Especial.[119]

Apesar da abordagem a respeito das funções institucionais típicas e atípicas ser largamente empregada pela doutrina, importantes críticas tem sido feitas no âmbito teórico. Com ênfase à realizada pelo Professor e Defensor Público José Augusto Garcia que no seu dizer:

à luz do novo modelo institucional positivado pela LC 132/09, resta reducionista e anacrônica a classificação tradicional das funções da Defensoria, que as divide em típicas e atípicas com base na situação econômica do assistido. Apesar do seu mérito inicial, tal classificação, filha de uma visão inevitavelmente individualista da instituição - já que formulada há algumas décadas -, não consegue mais abraçar os vários tipos de atuação institucional nos dias presentes. [120].

Para além da crítica, com proficiência, o prof. José Augusto Garcia propôs outra classificação para as funções institucionais da Defensoria Pública. Denominando-as de atribuições "tradicionais" e atribuições "não tradicionais", ou "tendencialmente solidaristas"[121].

Na linha intelecção do prof. José Augusto Garcia a atribuição "tradicional" está constituída no paradigma do individualismo, a qual abarca as atribuições atreladas falta de recursos financeiros. Enquanto que, as atribuições "não tradicionais" se baseiam no paradigma solidarista, podendo estar ou não ligadas à carência econômica. O doutrinador aponta os vários tipos atribuições "não tradicionais":

- b) atribuições nas quais se tem, concomitantemente, a proteção de pessoas carentes e não carentes, como acontece, v. g., em uma ação civil pública relativa a direitos difusos (...);
- c) atribuições que beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente carentes, repercutindo, porém a favor de pessoas carentes, como, por exemplo, a representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada (...);
- d) atribuições direcionadas a sujeitos protegidos especialmente pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não a econômica, a exemplo de um portador de deficiência (...);
- e) e atribuições em favor primacialmente de valores relevantes do ordenamento, conforme as hipóteses (...) da defesa do réu sem advogado na área criminal e da curadoria especial na área cível.[122]

Resta inegável o quanto as atribuições da Defensoria Pública evoluíram desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, seja pelas disposições iniciais da LC 80/94 ou pelas mudanças em seu texto promovidas pela LC 132/2009.

Nesse sentido, destaca-se, a atribuição reconhecida pela Jurisprudência pátria de “guardião dos vulneráveis” em todo e qualquer processo onde se discuta interesses de grupos considerados vulneráveis. No entendimento do STJ seria admissível a intervenção da Defensoria Pública, independentemente de haver ou não advogado particular constituído[123].

Diante do apresentado, dúvida inexistente: exercer o múnus de curador especial é atribuição do Defensor Público. E já há muito tempo era esse o entendimento, mesmo antes da previsão da função no inciso XVI do art. 4 da Lei Nacional da Defensoria, LC 80/94[124].

Ademais, pelo explanado, e usando a classificação do prof. José Augusto Garcia, o exercício da curadoria especial pode ser alocada como atribuição “não tradicional” da Defensoria Pública, pois não há um pré-questionamento sobre a questão econômica do curatelado, sendo a atuação do Defensor Público legitimada por previsão legal, bem como na busca da proteção de valores relevantes do ordenamento jurídico[125]: a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

4.3 Da investidura legal do exercício da curatela pelo Defensor Público: impropriedade do termo “nomeação” judicial.

Hoje é inegável que a atribuição da curadoria especial é da Defensoria Pública, vez que expressamente prevista na Lei Complementar 80/1994[126], bem como por disposição do atual Código de Processo Civil de 2015: “a curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei”[127].

Apesar de claramente ser uma atribuição legal, frequentemente fala-se que o juiz nomeará Defensor Público para atuar como curador especial, o que, de certa forma, imprime o entendimento que atribuição advém de ordem judicial. Daí que a utilização do termo “nomeação” é criticada por determinados doutrinadores[128].

Com a institucionalização da Defensoria Pública pela CF de 1988 e o seu reconhecimento como uma instituição independente e autônoma o magistrado não poderia determinar que um defensor público exercesse a curadoria especial no processo. A posição correta a ser tomada pelo juiz encontra-se na abertura de vista ao Defensor Público para que ele, detentor da atribuição, analise o caso para verificar se está dentro das previsões legais para o exercício da curadoria especial[129].

Nesse sentir Roger Franklin e Diogo Esteves: “Toda e qualquer intimação judicial determinado a atuação compulsória da Defensoria Pública deverá ser recebida como simples solicitação de análise, cabendo ao Defensor Público natural avaliar a ocorrência de hipótese legal de atuação institucional”[130].

Nesta senda, uma vez que curadoria especial tem por alvo tutelar os interesses jurídicos daqueles que estão em situação de vulnerabilidade no processo, proporcionando-lhes um amparo para que seus direitos possam ser protegidos em juízo, e é do Defensor Público o múnus dessa atribuição, também caberia a dele a análise final da existência ou não da vulnerabilidade processual.

Ademais, caso o juiz discordasse de eventual despacho de não-atuação do Defensor Público como curador especial poderia enviar Ofício à Corregedoria da Defensoria Pública, para que os fatos fossem apurados[131].

Um ponto que merece destaque é no caso de ausência de Defensoria Pública instalada na Comarca. Nessa situação, para resguardar os princípios da isonomia, contraditório e da ampla defesa, caberá, de forma excepcional, ao juiz nomear advogado dativo e, assim, preservar os direitos do sujeito em situação de vulnerabilidade processual[132].

Conclui-se, por fim, que a Defensoria Pública tem o múnus de atuar de forma ativa no exercício da curadoria especial nas situações encaixadas nos dispositivos legais. E na realização desse dever funcional também cabe a ela apontar se é ou não caso do exercício

da curatela especial, uma vez a Defensoria possui autonomia funcional para agir, o que significa não estar subordinada a ordem judicial para atuação.

5. CONCLUSÕES

Extraem-se as seguintes conclusões do estudo desenvolvido:

1. A curatela especial é instituto de direito processual cujo escopo é a tutela do sujeito que está em uma condição de vulnerabilidade processual prevista na lei. O instituto tem fundamento nos princípios do contraditório, devido processo legal e a garantia do direito da paridade de armas no processo.

2. Não é pacífica, na doutrina, a questão sobre a natureza jurídica do instituto da curadoria especial. Os textos sobre o tema expõem diferentes posicionamentos e o cerne da discussão gira em torno dos conceitos de legitimidade *ad causa*, representação processual e legitimidade extraordinária e qual posição o curador especial encontra-se no processo.

3. Apesar da cisão doutrinária, a teoria que parece mais acertada processualmente é a que coloca o curador especial como representante processual da parte, ou seja, a teoria da representação que abarca a incapacidade em sentido processual relacionada com a vulnerabilidade processual do sujeito. Deste modo, o curador especial não deve ser entendido como parte na lide, mas apenas surge para suprir a incapacidade processual da parte.

4. Exercer o múnus da curadoria especial é legalmente atribuição da Defensoria Pública e, apesar da distinção clássica entre funções típicas e atípicas, não resta dúvida que com a inclusão das funções atípicas no rol de atribuições da Defensoria Pública a atuação do Defensor Público como curador especial pode ser classificada como função típica “não tradicional”, de forma que a antiga dicotomia entre função típica e atípica estaria superada.

5. Apesar de usual, é de certa maneira impróprio falar em nomeação de Defensor Público para atuar como curador especial, uma vez que tal atribuição não advém de ordem judicial, mas de investidura por força de lei, não havendo que se falar em cessação da nomeação ou designação da Defensoria Pública por ordem judicial. Ademais, diante da autonomia funcional para agir cabe a Defensoria Pública apontar se é ou não caso do exercício da curatela especial, devendo o juiz, diante do caso, dar vista dos autos ao Defensor Público.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco. (tese de doutorado). A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça /Orientador: José Ribas Vieira – Rio de Janeiro : PUC-Rio, Departamento de Direito, 2005. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>> Acesso em 13.05.2021.

ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais/ Araken de Assis. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

BEGA, Carolina Brambila. Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:< https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013_105924/publico/TESE_Versao_Integral_Carolina_Brambila_Bega_10012013.pdf>. Acesso em: 10.maio.2021.

BIANCHI, Pedro Henrique Torres. Substituição Processual e Coisa Julgada no Processo Civil Individual. 2014 Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil : volume único / Cassio Scarpinella Bueno. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo - direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário/ Eduardo Cambi – 2ª Ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di diritto processuale. Napoli, Jovene, 1928

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 1.ed.São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Um Novo Código de Processo Civil para uma Nova Defensoria Pública. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório). Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>> Acesso em: 03 de abril de 2021.

FRANKLIN Roger. Esteves Diogo. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no novo Código De Processo Civil. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015.

SILVA, Franklyn Roger Alves. CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública / Organizador Franklyn Roger Alves Silva - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

SILVA, Franklin Roger, Diogo Esteves. Princípios institucionais da Defensoria Pública : De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União) / Franklin Roger, Diogo Esteves. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

SILVA, Franklin Roger, Diogo Esteves. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador:JUSPODIVM, 2015.

STOLZE, Pablo ; Pamplona Filho, Rodolfo. Manual de direito civil – volume único / Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 1: parte geral/ Carlos Roberto Gonçalves.- 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Teoria geral / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. - Curso de direito processual civil vol. 1 – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016.

GONZÁLEZ Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. Revista Publicum; Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 85-109; Disponível em <
https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Pedro_Gonz%C3%A1lez_-_DP_e_30_anos_de_Constit_-_2018.pdf>
Acesso em 12 de maio de 2021.

GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. Leonardo Greco. - São Paulo : Dialética, 2003.

MACIEL, Rafael Fernandes. Possibilidade de citação por edital na ação monitória. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2995>. Acesso em: 4 maio 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni; Sergio Cruz Arenhart; Daniel Mitidieiro. 3ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZILI. Hugo Nigro. Curadoria de Ausentes e Incapazes. Artigo publicado na Revista Jurídica, n. 481, p. 63, nov. 2017, Ed. Notadez, Sage e Síntese, disponível em <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/curcpc15.pdf>. Acesso em 07 de abril de 2021.

MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MEIRA, Marcos. O Neoconstitucionalismo e sua influência sobre a ciência processual: algumas reflexões sobre o neoprocessualismo e o projeto do novo Código de Processo Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4278, 19 mar. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36710>. Acesso em: 3 abr. 2021.

MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle T. Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2ª edição. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". Revistados Tribunais. São Paulo: RT, 1969, n. 404.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/D.8.2016.tde-19122016-092047. Acesso em: 2021-05-13.

OLIVA, Jose Roberto Dantas. Revel citado por edital: nomeação de curador especial é imanente ao princípio do contraditório? Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 16. 2001.

OLIVEIRA Pedro González Montes de. Não se deve "nomear" a Defensoria Pública como Curador Especial. Revista Consultor Jurídico: 15 de dezembro de 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/tribuna-defensoria-nao-nomear-defensoria-publica-curador-especial#author>> Acesso em 16.05.2021.

PAIVA Caio. FENSTERSEIFER Tiago. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora: CEI, 2019.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

QUEIROZ, Laryssa Saraiva. Defensoria Pública: análise institucional da execução da política pública de assistência jurídica gratuita / Laryssa Saraiva Queiroz. –Teresina: EDUFPI, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SOUTO, Patrick José, Técnicas processuais de tutela do vulnerável no Código de Processo Civil para construção da decisão adjudicada e a adequada promoção de acesso à justiça / Patrick José Souto. – 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários do Código de Processo Civil/ Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Ed – São Paulo: Edidota Revista dos Tribunais, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Ação de destituição do poder familiar. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/99adff456950dd9629a5260c4de21858>>. Acesso em: 22/04/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Nulidade do processo de interdição pela não realização do interrogatório (entrevista). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5ad742cd15633b26fdce1b80f7b39f7c>>. Acesso em: 08/05/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Atuação do Defensor Público como curador especial (Direito Processual Civil). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:< <https://www.dizerodireito.com.br/2012/07/atuacao-do-defensor-publico-como.html#:~:text=Caso%20o%20curador%20especial%20n%C3%A3o,apresentar%20as%20defesas%20do%20r%C3%A9u.>> Acesso em: 11 de maio de 2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Legitimidade da defensoria para propor ACP em defesa de juridicamente necessitados. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/502e4a16930e414107ee22b6198c578f>>. Acesso em: 12/05/2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Admite-se a intervenção da DPU no feito como custos vulnerabilis nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/35b50410da00df8ef6c41f0cb537a9a3>>. Acesso em: 13/05/2021

NOTAS:

[1] A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) praxismo ou sincretismo; b) processualismo e c) instrumentalismo. Nada obstante, alguns doutrinadores mencionam uma quarta fase cuja denominação é Neoprocessualismo. Costuma-se associar o neoprocessualismo ao desenvolvimento da teoria do formalismo-valorativo, para destacar a relevância que se deve dar aos valores constitucionalmente na construção e aplicação do formalismo processual. (DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 52 e 53).

[2] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015. Art. 1º. "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

[3] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[4] DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 375 e 376.

[5] Assis, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais/ Araken de Assis. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 34.

[6] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 376).

[7] Para DIDIER inclusive há casos de vulnerabilidade atípica que demandariam a nomeação de curador especial: "É possível que, em situações atípicas de vulnerabilidade processual, o juiz designe um curador especial à parte, fora das hipóteses do art. 72, como forma de zelar pelo efetivo contraditório. Basta pensar na hipótese de o advogado não comparecer à audiência de instrução, em que serão ouvidas as partes e algumas testemunhas; para não prejudicar o equilíbrio do contraditório, o juiz poderá determinar que um defensor público, presente no fórum, atue como curador especial naquela audiência." (DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p.114).

[8] Roger, Franklin. Princípios institucionais da defensoria pública : De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União) / Franklin Roger, Diogo Esteves. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

[9] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p.419.

[10] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[11] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza.-7.ed –São Paulo: Saraiva 2016, p.157.

[12] Sobre capacidade processual leciona Cândido Dinamarco: “capacidade de estar em juízo é capacidade de atuação processual. Ela vem denominada pela doutrina, também, como capacidade processual ou *legitimidade ad processum*. Tal é a capacitação a atuar nos processos em geral e não se confunde com a qualidade para gerir uma determinada causa, que é a *legitimidade ad causam*”. (Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 1.ed.São Paulo: Malheiros,2001, v. 2, p.282).

[13] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[14] Assis, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais/ Araken de Assis. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 66.

[15] O Prof. Fredie Didier explica a necessidade do uso correto dos termos ‘pressuposto processual de validade’ e ‘requisito de validade’: “Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade. Assim, é mais técnico falar em requisitos de validade, em vez de pressupostos de validade. (...) Pressupostos processuais é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de existência do processo” (DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p.368).

[16] Em sentido contrário a Jurisprudência tem entendido pela possibilidade do Curador especial propor Reconvenção (O curador especial tem legitimidade para propor reconvenção em favor do réu cujos interesses está defendendo. (Info 613). STJ. 4ª Turma. REsp 1.088.068-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 29/08/2017).

[17] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 392

[18] FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente. (garantia do contraditório). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/798>. Acesso em: 6 abr. 2021.

[19] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[20] GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. Leonardo Greco. - São Paulo : Dialética, 2003, p. 41.

[21] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale*. Napoli, Jovene, 1928, n. 1 nota. 1, p.596 e 597.

[22] ITALIA. Lei nº 1443/1940. "Art. 81 Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui (Codice di procedura civile - Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940)". Na tradução para o português: Além dos casos expressamente previstos em lei, ninguém pode fazer valer o direito de outrem no processo em seu próprio nome

[23] MAZZILI. Hugo Nigro. Curadoria de Ausentes e Incapazes. Artigo publicado na Revista Jurídica, n. 481, p. 63, nov. 2017, Ed. Notadez, Sage e Síntese, disponível em <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/curcpc15.pdf>. Acesso em 07 de abril de 2021. Também entende que o curador especial é um substituto processual GRECO, Leonardo. Teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

[24] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários do Código de Processo Civil/ Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Ed – São Paulo: Edidota Revista dos Tribunais, 2015, p.1611.

[25] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". Revistados Tribunais. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p.50.

[26] Há posicionamentos que defendem que também ocorre substituição processual nos casos de legitimação extraordinária concorrente. Pedro Henrique Torres Bianchi (BIANCHI, Pedro Henrique Torres. Substituição Processual e Coisa Julgada no Processo Civil Individual.2014 Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Páulo, São Paulo, 2014, p. 41).

- [27] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p. 196.
- [28] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 160.
- [29] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 161.
- [30] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p. 197.
- [31] FRANKLIN Roger. Esteves Diogo. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no novo Código De Processo Civil. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 327.
- [32] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 161.
- [33] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 376.
- [34] BRASIL. Lei. nº10.406/2002.
- [35] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.
- [36] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.
- [37] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p. 196.
- [38] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p. 196.
- [39] MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 286/287.

[40] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários do Código de Processo Civil/ Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Ed – São Paulo: Edidota Revista dos Tribunais, 2015, p. 201.

[41] BRASIL. Lei nº 8.069/1990.

[42] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[43] STJ – Terceira Turma. AgRg no REsp 1177622/RJ, rel. Min. RICARDO BILLAS BÔAS CUEVA, DJe 29/04/2014.

[44] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Ação de destituição do poder familiar. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/99adff456950dd9629a5260c4de21858>>. Acesso em: 22/04/2021.

[45] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[46] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários do Código de Processo Civil/ Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Ed – São Paulo: Edidota Revista dos Tribunais, 2015, p. 1517.

[47] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 138.

[48] . 72 do Código de Processo Civil. (BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

[49] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

[50] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 389.

[51] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

[52] OLIVA, Jose Roberto Dantas. Revel citado por edital : nomeação de curador especial é imanente ao princípio do contraditório? Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 16. 2001, p. 163.

[53] FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório). Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>> Acesso em: 21 de abril de 2021.

[54] FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>> Acesso em: 21 de abril de 2021.

[55] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.143.

[56] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

[57] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.144.

[58] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 145.

[59] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

[60] PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 1998, v. 3, p. 380.

[61] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

[62] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[63] FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>> Acesso em: 21 de abril de 2021.

[64] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.199

[65] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.199.

[66] Alguns juízes entende não ser cabível a citação ficta na ação monitória. Argumento: não sendo o réu encontrado após a citação para efetivar o pagamento, a ação perderia o objeto, não sendo possível a citação ficta, já que o curador especial não poderia cumprir a finalidade da ação que seria o pagamento. (STJ - Resp. 173.591-MS 1998/ 0031903; 4, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 10/05/2000).

[67] Nessa orientação o acórdão do STJ: PROCESSO CIVIL. PROCEDIMENTO MONITÓRIO. CITAÇÃO POR EDITAL. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DA QUARTA TURMA. DOCTRINA. RECURSO ACOLHIDO. - É possível a citação por edital do réu em ação monitória. No caso de revelia nomear-se-á curador especial para exercer a defesa do réu através de embargos. (STJ. Resp297421 MG 2000/0146985-1, Relator: MINÍSTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Data de julgamento 09/05/2001 – SEGUNDA SEÇÃO).

[68] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.199.

[69] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[70] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 1: parte geral/ Carlos Roberto Gonçalves.- 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p.206.

[71] BRASIL. Lei nº 10.406/2002.

[72] Nesse sentir Diogo Esteves e Franklyn Roger: “Dessa forma, não há como atribuir à palavra ausente, empregada pelo legislador no art. 671, I, do CPC/2015, acepção propriamente jurídica. Se o sujeito for judicialmente declarado ausente pelo juiz, nos termos do art. 22 e seguintes do CC/2002, receberá curador civil (figura de direito material), e não curador especial (figura de direito processual). Dentro dessa ordem, caso o indivíduo judicialmente declarado ausente venha a figurar como autor ou réu em algum processo judicial, terá seus interesses representados pelo curador civil, e não pelo curador especial. (SILVA, Franklyn Roger Alves. CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública / Organizador Franklyn Roger Alves Silva - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p.149)

[73] BRASIL. Lei nº 10.406/2002.

[74] AUSENTE In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/ausente/> >. Acesso em: 27/04/2021.

[75] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[76] Art. 259. Serão publicados editais: III - em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos. (BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

[77] É o que preceitua o art. 5º: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. (BRASIL. Lei nº 10.406/2002).

[78] O art. 4º do CC/02 elenca hipóteses de causas de incapacidade. A menoridade é uma delas, contudo existem outras que podem atingir pessoas maiores de dezoito anos e que estão nos incisos II, III E IV do CC/02. (BRASIL. Lei nº 10.406/2002)

[79] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.693.

[80] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

[81] É o que dispõe o atual CPC. Vejamos: Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.(BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

[82] Art. 752. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido. § 2º O interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial.

(BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

[83] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.694.

[84] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.156.

[85]GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.694.

[87] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Nulidade do processo de interdição pela não realização do interrogatório (entrevista). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5ad742cd15633b26fdce1b80f7b39f7c>>. Acesso em: 08/05/2021.

[88] BRASIL. Lei nº 5.869/1973 - Art. 1.179. Quando a interdição for requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomeará ao interditando curador à lide (art. 9º).

[89] Nesse sentido era a jurisprudência da 4ª Turma do STJ (REsp 1.099.458-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 2/12/2014, DJe 10/12/2014).

[90] Pela disposição do art. 752, § 2º do CPC 2015 o interditando poderá constituir advogado para defendê-lo no processo, e somente se ele não apresentar advogado é que o juiz irá nomear um curador especial. (BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

[91] É esse o atual posicionamento do STJ .(REsp 1686161/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017).

[92] Nessa linha Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva: "Como no início do procedimento de interdição não é possível determinar adequadamente se o interditando possui o tirocínio necessário para eleger e outorgar validamente mandado ao seu patrono, e como a resposta para este questionamento apenas será efetivamente alcançada tardiamente com a prolação da sentença, a cautela recomenda que o direito à ampla defesa e ao contraditório seja efetivamente assegurado por intermédio de curador especial. A constituição de advogado na ação interditória, portanto, não deveria afastar a atuação da curadoria especial; pelo contrário, deveria ser considerada providência meramente aditiva". (SILVA, Franklin Roger, Diogo Esteves. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador:JUSPODIVM, 2015, p. 156).

[93] Queiroz, Laryssa Saraiva. Defensoria Pública: análise institucional da execução da política pública de assistência jurídica gratuita / Laryssa Saraiva Queiroz. –Teresina: EDUFPI, 2020, p. 49.

[94]. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XVI - exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; BRASIL. LC 80/94.

[95] No Estado de São Paulo o Ministério Público exerceu o encargo de curador especial até 1991, quando a LC Estadual n. 667/91 revogou o art. 41, II, da LC n. 304/82. (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Teoria geral / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. - Curso de direito processual civil vol. 1 – 17.ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 184).

[96] SÃO PAULO. Lei Complementar 304/84.

[97] MAZZILI. Hugo Nigro. Curadoria de Ausentes e Incapazes. Artigo publicado na Revista Jurídica, n. 481, p. 63, nov. 2017, Ed. Notadez, Sage e Síntese, disponível em <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/curcpc15.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2021, p. 27.

[98] BRASIL. Lei. 5.860/ 73.

[99] BEGA, Carolina Brambila. Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013-105924/publico/TESE_Versao_Integral_Carolina_Brambila_Bega_10012013.pdf>. Acesso em: 10.maio.2021, p.60.

[100] CF de 1988 - Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[101] BRASIL. LC 80/94.

[102] BEGA, Carolina Brambila. Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013-105924/publico/TESE_Versao_Integral_Carolina_Brambila_Bega_10012013.pdf>. Acesso em: 10.maio. 2021, p.60.

[103] Nesse sentir Marinoni, Arenhart e Mitidieiro (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni; Sergio Cruz Arenhart; Daniel Mitidieiro. 3ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 222).

[104] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Atuação do Defensor Público como curador especial (Direito Processual Civil). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2012/07/atuacao-do-defensor-publico.>> Acesso em: 11 de maio de 2021.

[105] BRASIL. Constituição Federal de 1988.

[106] BRASIL. Constituição Federal de 1988.

[107] GONZÁLEZ Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. Revista Publicum; Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p.

85-109; Disponível em <
https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Pedro_Gonz%C3%A1lez_-_DP_e_30_anos_de_Constit_-_2018.pdf>
Acesso em 12 de maio de 2021, p. 87.

[108] PAIVA Caio. FENSTERSEIFER Tiago. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora: CEI, 2019, p. 103.

[109] PAIVA Caio. FENSTERSEIFER Tiago. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora: CEI, 2019, p. 106/107.

[110] REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE. Disponível em < <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>> Acesso em 12 de maio de 2021.

[111] Nesse sentir o julgado do STJ: "A expressão "necessitados" prevista no art. 134, caput, da CF/88, que qualifica e orienta a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo. Assim, a Defensoria pode atuar tanto em favor dos carentes de recursos financeiros como também em prol do necessitado organizacional (que são os "hipervulneráveis)". STJ. Corte Especial. EREsp 1192577-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/10/2015 (Info 573).

[112] Em 2009 a lei Nacional da Defensoria Pública sofreu importantes alterações promovidas pela LC 132/2009.

[113] É apontada, doutrinariamente, a obra intitulada de "Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado", elaborada por Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva, como sendo a implantadora do debate sobre função típica e atípica. (GONZÁLEZ Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. Revista Publicum; Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 85-109; Disponível em <
https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Pedro_Gonz%C3%A1lez_-_DP_e_30_anos_de_Constit_-_2018.pdf>
Acesso em 12 de maio de 2021, p. 94).

[114] Em 1984, época da obra, a instituição da Defensoria Pública era denominada de "Assistência Judiciária" e os ocupantes de seus cargos eram chamados de Defensores Públicos. (ALVES, Cleber Francisco. (tese de doutorado). A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça /Orientador: José Ribas Vieira – Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Direito, 2005. Disponível em

< <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>> Acesso em 13.05.2021. p. 293).

[115] MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi: 10.11606/D.8.2016.tde-19122016-092047. Acesso em: 2021-05-13, p.69).

[116] MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle T. Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2ª edição. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 156.

[117] LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Um Novo Código de Processo Civil para uma Nova Defensoria Pública Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.355.

[118] BEGA, Carolina Brambila. Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013_105924/publico/TESE_Versao_Integral_Carolina_Brambila_Bega_10012013.pdf>. Acesso em: 10. maio. 2021.

[119] ALVES, Cleber Francisco. (tese de doutorado). A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça /Orientador: José Ribas Vieira – Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Direito, 2005. Disponível em < <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>> Acesso em 13.05.2021, p. 364.

[120] GARCIA, José Augusto. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos - e Responsabilidades - para uma Instituição enfim Essencial. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.483-484.

[121] GARCIA, José Augusto. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos - e Responsabilidades - para uma Instituição enfim Essencial. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.483-484.

[122] GARCIA, José Augusto. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos - e Responsabilidades - para uma Instituição enfim Essencial. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 484.

[123] STJ. 2ª Seção. EDcl no REsp 1712163-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 25/09/2019 (Info 657).

[124] Nessa linha, Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva afirmavam que o exercício da curadoria especial na área cível, no Estado do Rio de Janeiro, estaria dentro as atribuições dos defensores públicos como função atípica. (MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle T. Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2ª edição. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 156).

[125] GARCIA, José Augusto. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos - e Responsabilidades - para uma Instituição enfim Essencial. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 484.

[126] Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XVI - exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; BRASIL. LC 80/94.

[127] BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015

[128] Nesse sentido FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 131.

[129] OLIVEIRA Pedro González Montes de. Não se deve "nomear" a Defensoria Pública como Curador Especial. Revista Consultor Jurídico: 15 de dezembro de 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/tribuna-defensoria-nao-nomear-defensoria-publica-curador-especial#author>> Acesso em 16.05.2021.

[130] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.132.

[131] FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.132.

A REFORMA TRABALHISTA E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

FLAVIA CAROLINA VALERIO:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Jales – UNIJALES³

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente estudo, tem como objetivo principal, analisar as consequências da lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, no Princípio Protetor e eventuais consequências nas relações de trabalho. Com as mudanças sociais e econômicas, bem como as modernizações das relações trabalhistas, surgiu-se a necessidade de reformar a norma legal. Do ponto de vista legal, a intenção da reforma é que os acordos mutuamente acordados entre empregador e empregado muitas vezes tenham precedência sobre as leis trabalhistas gerais. Do ponto de vista econômico, a reforma deve incentivar os empregadores a criar novos empregos e aumentar a produtividade, diminuindo o ônus de um regime trabalhista restritivo.

Palavras-Chave: Trabalho. Direito. Reforma.

ABSTRACT: The main objective of this study is to analyze the consequences of law 13.467/2017, known as Labor Reform, in the Protective Principle and possible consequences in labor relations. With the social and economic changes, as well as the modernization of labor relations, the need arose to reform the legal norm. From a legal standpoint, the intent of the reform is that mutually agreed agreements between employer and employee will often take precedence over general employment laws. From an economic point of view, the reform should encourage employers to create new jobs and increase productivity, lessening the burden of a restrictive labor regime.

Keywords: Work. Law. Reform.

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho nasceu como resposta ao panorama apresentado com a Revolução Industrial, em que se observou uma desacerbada exploração considerada até mesmo desumana em relação aos trabalhadores. Os empregados sempre foram postos em condições desfavoráveis em relação ao empregador, surgindo aí o Direito do Trabalho com a função de tutelar o hipossuficiente e reger os contratos de trabalhos de forma que se

³ E-mail: flavia.carolina.valerio@gmail.com

torne mais justos. É incontestável que o protecionismo, geralmente, sempre foi o núcleo da doutrina trabalhista sendo, portanto, observado desde a origem da norma até a sua adequação ao caso concreto.

Partindo desta ideia de proteção ao elo mais frágil da relação trabalhista, criou-se o Princípio da Proteção que se subdivide em três outros princípios, a saber: Princípio da Prevalência da Condição mais Benéfica, Princípio da Norma mais Favorável ao Trabalhador e o Princípio do In Dubio Pro Operário, todos buscando amparar o empregado considerado hipossuficiente.

O presente estudo, tem como objetivo principal, analisar as consequências da lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, no Princípio Protetor e eventuais consequências nas relações de trabalho. Reestruturações sempre fizeram parte da nossa história o que não seria diferente no campo jurídico, sobretudo no Direito do Trabalho que tem por função regular diretamente as relações jurídicas entre trabalhadores e empregadores, relações essas que por vezes se manifestam complexas e merecedoras de especial atenção no campo legislativo.

Mas como todas as mudanças, inicialmente pode gerar desconfiança das partes envolvidas no processo e diante das dúvidas que pairam a respeito da temática apresentada se pretende esclarecer os principais pontos acerca da temática.

Com o advento da Lei de nº 13.467/17, trazida como reforma trabalhista fazendo diversas modificações nos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, alterações estas no contexto material e processual tendo grande impacto nas relações dos trabalhadores, pois havia vários anos sem alterações, haja visto a grande busca incessável mediante até então o mercado financeiro instável em sua maior parte, visando de um lado a empresa em suas contratações buscando economia para certos serviços, a procura por contrato intermitente e autônomo teve crescimento muito elevado e não havia regulamentação expressa específica para grande parte do que se trata estas regulamentações, levando em consideração a quantidade de processos e a falta de previsão, trouxe com a reforma estas novas modalidades de contratação para haver segurança jurídica para ambas as partes, de outro lado o trabalhador na prestação de serviços no mercado desta forma como meio de solução para si e outrem trazendo praticidade mas esta relação de serviços gera impactos pois as empresas desrespeitam as regras da Consolidação das Leis do Trabalho e em alguns casos por desconhecimento há prejuízo para o contratado.

2 DA RELAÇÃO DE TRABALHO E SEUS PRINCIPIOS

A Constituição Federal de 1988 consolidou direito dos trabalhadores trazendo assim garantias e ampliando direitos, bem como várias previsões da Consolidação das Leis do Trabalho passaram a ter, portanto status constitucional, isso resultante de grande briga

travada ao longo dos anos entre empregado e empregador onde o sindicato teve grande importância para esta causa, para que assim fosse garantido este avanço significativo para os trabalhadores.

Com a preocupação com o conceito de dignidade humana, visto as atrocidades vividas naquele período. Assim, a sociedade clamava por um novo modelo de Estado, porquanto se faz surgir o Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 evidencia expressamente que a República Federativa do Brasil se constitui como um Estado Democrático de Direito e, no artigo 7º dispõe dos Direitos Constitucionais dos trabalhadores, sendo, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Com o advento da CRFB, a sociedade passou a ter mais direitos e garantias fundamentais, uma vez que o texto constitucional traz como meta uma sociedade livre, justa e igualitária, priorizando o desenvolvimento nacional.

Nascido da necessidade humanitária na regulamentação da relação entre empregador e empregado o Direito do Trabalho emanou, visando evitar, para extinguir-se toda e qualquer exposição a condições desumanas que seja atual ou a longo prazo do trabalhador em questão pois assim ocorria no passado onde o trabalhador laborava com jornadas excessivas, sem se quer salário-mínimo e condições para a manutenção das necessidades básicas, seguridade social e demais necessidades da pessoa humana. Diante deste cenário foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, ressaltando também que a fundação da OIT se deu em razão de que a justiça social seria base para a paz universal e permanente, então o Brasil assumiu o compromisso de participar da Organização Internacional do Trabalho que implicava no comprometimento com as normas trabalhistas isso devido à grande influência interna nos movimentos operários, efeito da primeira guerra mundial com o surto industrial e a política trabalhista de Getúlio Vargas e externa como por exemplo as mudanças ocorridas na Europa como fim da exploração da mão de obra gratuita e a crescente elaboração legislativa de proteção ao trabalhador em muitos países.

Percebido que um dos fatores contrários à justiça social antigamente se dava mediante a jornada excessiva com seus prejuízos nefastos resultando assim em ser tema da primeira conferência Internacional onde levou a OIT adotar seis convenções e a primeira sobre este tema na reivindicação da grande preocupação da época que era tornar a jornada de trabalho limitada há 8 horas diárias e 44 semanais e assim com esta preocupação levou a maioria dos países a conquista de grandes feitos nos direitos dos trabalhadores.

A Consolidação das leis do Trabalho surgiu no Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943, sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda legislação trabalhista existente no Brasil. Regulamentando assim as relações individuais e coletivas do trabalho que é o principal objetivo, sofreu várias alterações necessárias para adequação à modernidade mas ainda sim atende regulamentando as relações de trabalho e tem a imensa proteção aos trabalhadores, os principais assuntos da consolidação são; jornada de trabalho, registro do trabalhador/carteira de trabalho, período de descanso, férias, medicina do trabalho, categorias especiais de trabalhadores, proteção da mulher, contratos individuais, organização sindical, convenção coletiva, fiscalização, justiça do trabalho e processo trabalhista dentre outros.

Alguns fatos foram primordiais para o aprimoramento das leis trabalhistas, como a criação em 1912 da Confederação Brasileira do Trabalho - CBT, criação do ministério do trabalho, indústria e comércio em 1930. Em 1978 é publicada a portaria 3214 que estabelece a criação das normas regulamentadoras. Constituição de 1988 trouxe a redução da jornada de trabalho quanto a horas semanais, generalização do regime do fundo de garantia, indenização por dispensa arbitrária, aumento de 1/3 da remuneração das férias, licença gestante de 120 dias, idade mínima para admissão do emprego sendo 14 anos, dentre outras. Em 2010 a licença maternidade passou a ser 6 meses no serviço público e opcional na iniciativa privada. No ano de 2011 foi aprovada a lei que estabelece o aviso prévio de até 90 dias. Recentemente no ano de 2017 trouxe a reforma trabalhista que algumas destas mudanças foram à questão do banco de horas, contribuição sindical sendo opcional, novas modalidades do contrato de trabalho e mudanças na extinção do contrato, férias fracionadas mediante negociação podendo ser em até três períodos, intervalo intrajornada podendo ser negociado e de no mínimo trinta minutos.

Sendo assim, as organizações precisam fazer frente às novas demandas pertinente às relações de trabalho e não apenas "de emprego", fazendo uso de institutos jurídicos que, em sua maioria, não condizem com esta nova tendência.

No tocante a ramo jurídico trabalhista em que se pese a relação de trabalho e emprego, há clara distinção entre trabalho e emprego. Aduz com clareza Delgado (2017, p.310), a expressão relação de trabalho tem caráter genérico, refere-se a todas as modalidades de contratação de trabalho, pois as relações jurídicas tem por prestação essencial e resultado útil devido a execução na obrigação de fazer em labor humano. Compreende, portanto, que esta expressão da relação de trabalho engloba a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de labor humano em seu contexto no mundo jurídico atual.

Indubitavelmente, a palavra trabalho desta relação seja ampla, está delimitada, pois o seu contexto não poderá se desvincular do esforço do labor humano estando afastado

o esforço de pessoa jurídica ou seres irracionais. Notadamente sendo impensável considerar trabalho a algo que não seja da inerente capacidade da pessoa humana, levando em consideração as características próprias físicas e psíquicas da humanidade. Assim, melhor dizendo, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.

A relação de emprego tem previsão própria e específica sendo inconfundível com as outras modalidades previstas de relação de trabalho vigentes, figura o titular que é o empregador com seu empenho de natureza pecuniária, na contraprestação surge o sujeito passivo devedor desta prestação que se trata do empregado munido de sua força laboral, necessariamente deverá ter um contrato de emprego que seja expresso ou tácito além de outros elementos.

Ressaltando que ainda dizem respeito somente a atos inter-humanos que na interação dos mesmos ocorre o fato social, constituindo fato considerado jurídico de trabalho com proteção de direitos trabalhistas, pois ali existe uma relação de trabalho e poderá tornar-se “relação de emprego” se preenchido todos os requisitos do vínculo empregatício, os quais são: a alteridade, a subordinação, a pessoalidade, a onerosidade, e a não eventualidade, elementos estes a serem analisados tão logo no próximo tópico.

Os princípios trazem grande relevo no contexto dos direitos gerais do trabalhador, pois servem como alicerce e norte para aplicabilidade das normas, trazendo também orientação ao Juiz em sua interpretação e deslinde de uma norma.

A principal justificativa para a aprovação da Reforma Trabalhista foi reduzir o desemprego e combater a informalidade no mercado de trabalho. A redução do desemprego se daria pelo aumento da produtividade e competitividade empresarial que a nova lei possibilitaria, já que a contratação de pessoal seria mais rápida e com redução da carga tributária. Como resultado, a economia do país voltaria a crescer. No entanto, um ano e meio após sua promulgação, o que se observou foi o aumento do desemprego e da informalidade, a estagnação da economia e a expansão da precarização.

A alteração da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT ocorreu em um momento em que o Brasil se apresentava em um cenário econômico de crise desfavorável à criação de emprego, todos os setores da economia do país foram afetados (ABDALA, 2018).

Ressalte-se que a Reforma Trabalhista no Brasil veio travestida pela expressão “modernização das relações de trabalho”, que, a nosso ver, visa atender às políticas macroeconômicas de cunho neoliberal, que vêm sendo implementadas desde 1970 e afetam constantemente o âmbito da trabalhar, porque a formação clássica do trabalho

como emprego foi radicalmente transformada. Nesse contexto, novas formas de relações de trabalho foram introduzidas, como contratos temporários, terceirizações, subcontratações, contratações sazonais e remuneração por produtividade.

Buscando o equilíbrio nos interesses contrapostos entre o empregado e o empregador, se faz necessário um tratamento minimamente diferenciado à parte historicamente considerada mais frágil dessa relação – o obreiro – de tal modo que, criou-se o princípio da Proteção ao Trabalhador insculpido nesse caráter protetivo inerente ao Direito do Trabalho.

Como bem leciona, Cassar (2018, p. 172) “o princípio da Proteção ao Trabalhador, que é fundamento e a base do Direito do Trabalho, divide-se em: Princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador; Princípio da interpretação: in dubio, pro misero”.

O princípio protetor também pode ser chamado de princípio da proteção e pode ser dividido em três partes;

In dubio pró-operário: Na proteção do trabalhador, ou melhor, dizendo até entender que esta ideia se trata da exceção à regra da teoria do ônus da prova pelo fato do trabalhador na relação com o empregador, obviamente a parte mais fraca e vulnerável é o empregado e conseqüentemente a isso ele deve ser protegido.

Da condição mais benéfica: Ocorrendo muito mediante os contratos de trabalho, que na verdade o contrato de trabalho é verificar sempre cláusulas mais benéficas ao trabalhador sendo esta a ideia preservando ainda mais o empregado sendo necessária a condição mais benéfica possível para o empregado para proteger o mesmo.

Da norma mais favorável: Sendo esta proteção em favor do empregado sendo subdividida no momento da elaboração da própria norma, e quando existir o confronto entre regras verificando assim a mais favorável e por fim não menos importante relacionado à interpretação das regras jurídicas, estas também se prevalecem para o empregado novamente levando em consideração o conceito que podemos notar, realçando a proteção da parte mais vulnerável. Temos a exceção a esta regra, no caso do artigo 620, CLT onde determina que as condições estabelecidas no acordo de trabalho, sempre prevalecera sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho prevalece sobre convenção coletiva, ou seja, neste caso é uma exceção à regra da norma mais favorável, são preceitos na verdade na verdade de ordem pública como por exemplo a prescrição que possa contar até mesmo na Constituição Federal.

O Princípio da Norma mais Favorável ao Trabalhador também é um desdobramento do princípio da proteção, instituído com a finalidade de equilibrar as relações trabalhistas.

O princípio em questão pressupõe que, caso haja mais de uma norma a ser aplicada ao obreiro, deve ser escolhida aquela que mais favorecê-lo, independentemente da hierarquia entre as mesmas, contrariando o que normalmente é aplicado em outros ramos do direito em que, havendo um conflito entre normas prevalece sempre a que estiver hierarquicamente acima, pois uma norma busca validação na imediatamente superior.

A doutrina majoritária considera tal princípio, como um dos pilares do Direito do Trabalho, pois possui tripla função. Segundo Delgado (2019, p. 235) “A visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em tríplice dimensão no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante”.

O desdobramento feito por Mauricio Godinho Delgado, vem bem a ensinar que, o princípio em questão tem maior relevância em primeiro momento, tal qual seja, na elaboração da norma (princípio orientador da ação legislativa), em segundo momento, quando existir duas normas conflitantes, aplica-se a que for mais favorável ao trabalhador (princípio orientador do processo de hierarquização) e por fim, no contexto em que uma mesma norma comporte mais de uma interpretação aceitável (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

3 ALTERAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Com as mudanças sociais e econômicas, bem como as modernizações das relações trabalhistas, surgiu-se a necessidade de reformar a norma legal, a Lei nº 13.467/2017, trouxe novas modalidades de contrato de trabalho.

É sabido que o custo do trabalhador brasileiro é vultoso para as empresas e que a rigidez na legislação dificulta a manutenção do emprego. E nesse sentido, visando garantir a manutenção do emprego e do cenário econômico brasileiro o legislador realizou as mudanças na legislação acompanhando os anseios empresariais.

Rotineiramente os contratos de trabalho são firmados por tempo indeterminado, assim, no momento da contratação não há designação de término do vínculo. Nestes contratos não há, no momento da contratação, uma previsão de término da relação contratual. Nos contratos são garantidos direitos como: férias, décimo terceiro, FGTS, etc.

Diferentemente dos contratos por tempo indeterminado, os contratos de trabalho por tempo determinado, caracterizam-se exatamente pelo estabelecimento de uma data para que se encerrar o vínculo trabalhista.

A Lei nº 13.429/2017, dispôs de duas modalidades de contrato determinado, o contrato de trabalho intermitente e o autônomo. O conceito de trabalho intermitente foi

incorporado à legislação trabalhista, alterado pela Medida Provisória (MP) nº 808 de 2017, e dispõe que o contrato intermitente ocorre por meio da prestação de serviços, com subordinação, não contínuo, ocorrendo de forma alternada em períodos de prestação de serviços e de inatividade.

Com esta nova modalidade de contratação, o empregado recebe convocação para o trabalho a ser realizado com antecedência mínima de três dias antes da realização deste, através de qualquer meio de comunicação eficaz, momento em que é informado da jornada a ser cumprida. No trabalho intermitente, a cada doze meses, o empregado tem direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, de um mês de férias.

Já a figura do contrato autônomo, ocorre com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não. O contrato de prestação de serviços observa o que determina os artigos 593 a 609 do Código Civil, quanto ao serviço a ser prestado; a remuneração e sua forma de pagamento; o prazo do contrato, se for o caso; no caso de contrato com prazo indeterminado, os critérios do aviso de encerramento do contrato; casos de extinção do contrato de trabalho; e motivos para rescisão do contrato por justo motivo.

Considerando a modalidade temporária de contrato, muito tem se levantado quanto à existência de inconstitucionalidade no instrumento legal. Doutrinadores e juristas defendem que diversas inconstitucionalidades ínsitas aos novos contratos trazidos pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017).

Os questionamentos, como regra geral, apontam que, inexistente jornada de trabalho (violando o art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal); há violação da garantia de salário-mínimo (violação ao art. 7º, inciso VII, do Texto Constitucional), prejuízos previdenciários, e ainda, há cabimento apenas para as ocasiões em que a própria atividade econômica desenvolvida pelo empregador é intermitente. Ainda, há um inegável retrocesso social, já que os direitos do trabalhador, pertinentes ao bloco de constitucionalidade (respaldo de constitucionalidade nos Tratados e Convenções de Direito Internacional) aparentam estar em descumprimento.

De acordo com o Art. 6 da Portaria MTB Nº 349, o responsável por fazer o recolhimento das próprias contribuições previdenciárias e do empregado, é a empresa. Ocorre que, nos casos de inexistência de vínculo empregatício, como contrato intermitente e contrato autônomo, há patente dúvida quanto a esta atribuição.

Os autônomos são como qualquer outro profissional, assim, caso ele tenha interesse poderá recolher os valores previdenciários. Quanto ao contrato intermitente, este deverá ser realizado pela empresa.

Uma das modificações trazidas pela “Reforma Trabalhista” foi o fim da ultratividade das normas coletivas, como se constata da nova redação do §3º do art. 614 da CLT. Com isso, consagra-se o princípio da não incorporação definitiva das benesses normativas ao contrato de trabalho, permitindo-se a supressão, alteração ou manutenção das vantagens anteriores. Caso o instrumento coletivo perca a vigência ou outra norma venha reduzindo, ou suprimindo o direito concedido pela anterior, não prevalecerá a condição mais favorável ao trabalhador (BONFIM; BORGES, 2017.p.7).

Atualmente não há mais a necessidade da homologação da rescisão do contrato de trabalho por parte do sindicato ou do Ministério do Trabalho. O que se manifesta prejudicial ao trabalhador, pois perde a possibilidade de se verificar se houve algum erro de cálculo das verbas rescisórias.

A reforma trabalhista possibilita que convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo possa diminuir o horário de almoço e descanso, nas jornadas de trabalho que perfaçam pelo menos 6 horas diárias, de uma hora para 30 minutos. Refletindo positivamente para alguns profissionais, já que esses poderão retornar mais cedo do trabalho, havendo maior flexibilidade nas horas diárias.

Portanto, observa-se que a Lei 13.467/2017, em que pese uma singela tentativa de favorecer o empregado em alguns pontos, em sua grande maioria se demonstrou prejudicial ao obreiro, e trouxe mais prejuízo do que benefícios mitigando o Princípio da Proteção sendo inclusive alvo de ação direta de inconstitucionalidade a respeito de alguns artigos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho através da Reforma Trabalhista.

Para os trabalhadores terceirizados, foi garantido através da reforma trabalhista que, quando os serviços forem executados nas dependências da empresa que contrata o serviço, as mesmas condições relativas:

- a) à alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios.
- b) ao direito de utilizar os serviços de transporte.
- c) ao atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado.
- d) ao treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;

- e) às mesmas condições sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço oferecidas aos empregados da contratante.

Para melhor fundamentar, se tem o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5766, ajuizada pela Procuradoria Geral da República – PGR, que em 20/10/2021 o Supremo Tribunal Federal – STF julgou inconstitucional dois artigos da CLT inseridos após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, os artigos 790 – B, caput e § 4º e o artigo 791 – A, § 4º da CLT que determina o pagamento de honorários periciais e de sucumbência pela parte sucumbente, mesmo que seja beneficiária da justiça gratuita e mesmo que tenham obtido créditos suficientes para o pagamento dessas custas em outra demanda trabalhista.

Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. MARGEM DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CRITÉRIOS DE RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário. 2. A ausência injustificada à audiência de julgamento frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e para a parte reclamada, o que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual, mostrando-se proporcional a restrição do benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese. 3. Ação Direta julgada parcialmente procedente. (STF, 2021)

Há de que se falar ainda do artigo 444, parágrafo único da CLT que, permite a livre estipulação de contrato de trabalho entre o empregado e empregador desde que, aquele possua diploma de nível superior e salário mensal igual ou superior a duas vezes do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, se sobrepondo inclusive sobre instrumentos coletivos naquilo que estiver previsto no artigo 611 – A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para Nahas (2017) a nova lei vem dar autonomia para empregado e empregador, onde eles possam discutir as regras do novo contrato por eles firmado, colocando de lado o entendimento de hipossuficiência do trabalhador, gerando o risco de desvincular os direitos sociais garantidos constitucionalmente. A autora faz ainda uma descrição de como serão classificados os trabalhadores após a reforma trabalhista de 2017, com uma análise feita a partir do art. 444, parágrafo único da CLT, explicando: *“A eles aplicam-se as regras da CLT, mas não com a mesma rigidez e parcialidade destinadas àquele primeiro, pois é incontestável que tem um mínimo de discernimento e certamente tem maior liberdade para contratar”* (NAHAS, 2017, p.17 - 18).

Uma das repercussões da Reforma Trabalhista na qualidade de vida dos trabalhadores são as mudanças relativas às horas extras e folgas compensatórias. Após a reforma, foi retirada a excepcionalidade das horas extras e aberta a possibilidade de negociação de sua realização diretamente com os empregados. Dessa forma, a empresa determina a quantidade de horas que exige do trabalhador com base em suas necessidades e as concede de acordo com sua disponibilidade, não de acordo com as necessidades do trabalhador.

Em 11 de novembro de 2017, grandes reformas nas leis trabalhistas do Brasil entraram em vigor (Lei nº 13.467/2017). Diante do cenário de altas taxas de desemprego, os legisladores brasileiros aprovaram um conjunto de leis modernizadas que atualizam a Consolidação das Leis do Trabalho Segunda Guerra Mundial, e focado na proteção de trabalhadores rurais não qualificados que se deslocam para áreas urbanas.

O principal objetivo (do ponto de vista legal) era estabelecer que acordos mutuamente acordados entre empregador e empregado em muitas circunstâncias prevalecessem sobre as leis trabalhistas gerais. Além disso, os legisladores brasileiros esperavam que as leis trabalhistas modernas tirassem os contratos informais das sombras e protegessem melhor os empregadores e empregados.

Pelo ângulo econômico, a reforma trabalhista foi projetada para incentivar os empregadores a criar novos postos de empregos e aumentar a produtividade, diminuindo o ônus de um regime trabalhista restritivo. A reforma trabalhista visou promover um ambiente mais favorável aos negócios no Brasil. No primeiro trimestre de 2017, as modernas leis de terceirização no Brasil entraram em vigor e permitiram que empregadores e empregados tivessem maior liberdade para negociar os contornos da relação de trabalho. As novas regras de terceirização de mão de obra do Brasil abriram caminho para essa reforma trabalhista geral.

Sob o antigo regime trabalhista, os tribunais trabalhistas brasileiros eram conhecidos por favorecer os interesses dos empregados e o cumprimento de complicadas

leis trabalhistas que impunham pesados custos aos empregadores. Embora essas novas leis tenham como objetivo modernizar o ambiente trabalhista atual, os empregadores precisarão tomar medidas para implementar essas reformas e, o mais importante, a nova lei trabalhista precisará ser testada nos tribunais brasileiros.

Antes da reforma trabalhista, o acesso à justiça gratuita poderia ser requerido a qualquer um que declarasse não ter condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do próprio sustento.

Com o advento da Lei 13.467/2017 tal benefício só pode ser concedido para quem recebe até R\$ 1.659,30 (um mil seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta centavos).

Além do mais, outro ponto manifestamente prejudicial ao trabalhador, é a possibilidade de ter que arcar com o pagamento dos honorários sucumbenciais, periciais e demais custas, caso seja a parte derrotada no processo.

Silva (2022) descreve que as alterações ocorridas na lei do trabalho traz uma amostra que a cada dia mais existe uma pressão para que o princípio da proteção seja flexibilizado ou simplesmente mitigado, pois é visível que com o novo modelo social e a evolução da tecnologia, venha surgindo novas formas de trabalho, que é indiscutível que a sociedade precisa se enquadrar a essas novas modalidades de trabalho, mas vemos também que há cada vez mais, um movimento contundente que se vê expressado nas várias reformas legislativas de que o trabalhador deve ter um tratamento menos desigual, o que vemos é um recente número de trabalhadores no ambiente virtual e completamente distinto das relações jurídicas tradicionais, mais que o trabalhador precisa ser visto sempre como parte hipossuficiente que precisa de um olhar mais protetor das leis e seus legisladores, não se pode permitir que o trabalhador seja submetido a mais diversas formas de trabalho e emprego sem o mínimo de garantia de saúde, dignidade, e bem estar social.

Embora as leis da reforma trabalhista devessem trazer novos empregos para o Brasil, elas não surtiram o efeito pretendido, ainda existem mais de 12 milhões de desempregados, de acordo com pesquisa recente do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mas as leis não reduziram o número de processos trabalhistas, segundo o TST - Tribunal Superior do Trabalho. Os processos trabalhistas diminuíram cerca de 70% em um ano, passando de 289,7 mil novos processos em novembro de 2017, para 89 mil no mesmo mês de um ano mais tarde.

4 O OBJETIVO SOCIAL FOI ALCANÇADO COM A REFORMA TRABALHISTA?

A avaliação sobre se o objetivo social da reforma trabalhista foi alcançado é um tema debatido e pode variar dependendo da perspectiva adotada. A reforma trabalhista,

em geral, buscou promover maior flexibilização e modernização nas relações de trabalho, para estimular a geração de empregos, aumentar a competitividade das empresas e reduzir a burocracia. Há argumentos que sustentam que o objetivo social foi alcançado como:

Estímulo à geração de empregos: Defensores da reforma argumentam que a flexibilização das regras trabalhistas, como a possibilidade de contratos de trabalho mais flexíveis e a ampliação da terceirização, estimulou a geração de empregos, especialmente em setores como comércio e serviços. Eles apontam para a redução da taxa de desemprego em alguns períodos após a implementação da reforma como um indicativo de sucesso nesse aspecto.

Redução dos litígios trabalhistas: A reforma trabalhista visou reduzir o número de processos trabalhistas, incentivando a solução extrajudicial de conflitos e estabelecendo penalidades para litigância de má-fé. Alguns argumentam que essas medidas foram eficazes na redução do congestionamento do Judiciário e na agilização da solução de disputas trabalhistas.

Maior flexibilidade e negociação: A possibilidade de negociação individual e coletiva mais flexível foi considerada benéfica por alguns defensores da reforma. Eles argumentam que isso permite que empregadores e empregados ajustem as condições de trabalho de acordo com suas necessidades e particularidades, promovendo uma maior harmonia nas relações laborais.

No entanto, também existem críticas à reforma trabalhista, questionando se o objetivo social foi alcançado de maneira equilibrada. Algumas das críticas incluem:

Precarização do trabalho: Críticos argumentam que a flexibilização das regras trabalhistas pode levar à precarização do trabalho, com a redução de direitos e garantias dos trabalhadores, especialmente aqueles em empregos mais vulneráveis, como os terceirizados. Isso pode comprometer a proteção social e o bem-estar dos trabalhadores.

Desigualdade de poder: A negociação individual e coletiva mais flexível pode resultar em uma desigualdade de poder entre empregadores e empregados, principalmente quando há assimetria de informações e recursos. Isso pode enfraquecer a posição dos trabalhadores na negociação e resultar em condições de trabalho desfavoráveis.

Evasão de direitos: Críticos argumentam que a reforma trabalhista abriu brechas para a evasão de direitos trabalhistas, como o uso indevido de contratos de trabalho intermitente e a terceirização indiscriminada, com o objetivo de reduzir custos para as empresas.

Impacto na proteção social: Alguns argumentam que a reforma trabalhista pode ter enfraquecido a proteção social dos trabalhadores, afetando aspectos como saúde e segurança no trabalho, jornada de trabalho adequada e benefícios sociais.

É importante ressaltar que as opiniões divergentes sobre a reforma trabalhista refletem diferentes interesses e visões sobre o equilíbrio entre flexibilização e proteção nos mercados de trabalho. A avaliação completa do alcance do objetivo social da reforma depende da análise de seus impactos em longo prazo, considerando aspectos econômicos, sociais e jurídicos.

5 CONCLUSÃO

As transformações decorrentes de políticas macroeconômicas e de cunho neoliberal vêm ocorrendo e afetando o mundo do trabalho. Dentre as consequências dessas transformações está a Reforma Trabalhista no Brasil, ocorrida em 2017 e trouxe prejuízos para a classe trabalhadora ao legalizar a fragmentação das relações trabalhistas, favorecendo diversas formas de flexibilização e precarização do trabalho.

Do ponto de vista legal, a intenção da reforma é que os acordos mutuamente acordados entre empregador e empregado muitas vezes tenham precedência sobre as leis trabalhistas gerais. Do ponto de vista econômico, a reforma deve incentivar os empregadores a criar novos empregos e aumentar a produtividade, diminuindo o ônus de um regime trabalhista restritivo.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Abdala. Taxa de desemprego no país fecha 2017 em 12,7%; população desocupada cai 5% Em 2016, a taxa havia ficado em 11,5%. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127>

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho (6 ed.). São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. (1 de 05 de 1943). Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943: Consolidação das Leis do Trabalho. Acesso: em 18 de 10 de 2022, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

BRASIL. (2013). Tribunal Superior do Trabalho, RECURSO DE REVISTA: RR 80700-43.2009.5.17.0003 80700-43.2009.5.17.0003. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DJ: 12/06/2013. Acesso: em 18 de 10 de 2022, disponível em: JusBrasil: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23382830/recurso-de-revista-rr-807004320095170003-80700-4320095170003-tst>

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho (16 ed.). São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho (18 ed.). São Paulo: LTr, 2019.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.

LEITE, Carlos Bezerra. Curso de Direito do Trabalho (11 ed.). São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NAHAS, Thereza. Novo Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

STF. (03 de 05 de 2021). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 5766. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 20/10/2021. Acesso em 04 de 11 de 2022, disponível em trt6.jus.br: <https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/23274>

A TRANSAÇÃO E O PARCELAMENTO TRIBUTÁRIOS

MONICA MATSUNO DE MAGALHAES:

Pós-graduada em Direito Tributário e mestranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), advogada e economista⁴.

RESUMO: Apesar das semelhanças, o parcelamento e a transação em matéria tributária são institutos distintos. A divergência inicia-se entre os enunciados prescritivos dos artigos 151 e 156 do Código Tributário Nacional, nos quais o legislador arrolou o parcelamento como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e alocou a transação como modalidade extintiva do crédito tributário, respectivamente. Importante ressaltar que o litígio entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídico-tributária é condição imprescindível para entabular a transação, sendo certo que o parcelamento, ainda que corresponda a uma modalidade transacional, tão somente é modalidade de pagamento posterior, a qual independe de conflito entre os sujeitos da obrigação tributária.

Palavras-chave: transação, parcelamento, litígio, conflito.

ABSTRACT: Despite the similarities, installments and transactions in tax matters are different institutions. The divergence begins between the prescriptive statements of articles 151 and 156 of the Código Tributário Nacional, in which the legislator listed the installment payment as a reason for suspending the tax credit's enforceability and allocated the transaction as a modality that extinguishes the tax credit, respectively. It is important to highlight that the dispute between the active and passive subjects of the legal-tax relationship is an essential condition for entering into the transaction, being certain that the payment in parts, even though it corresponds to a transactional modality, is only a modality of payment latter, which is independent of conflict between the subjects of the tax obligation.

Keywords: transaction, installment, litigation, conflict.

Introdução

Notória é a inovação legislativa em sede de transação tributária no cenário pandêmico da Covid-19, ocasião em que os entes tributantes, especialmente no âmbito federal e estadual paulistano, enunciaram normas transacionais com fito arrecadatório em contrapartida às benesses concedidas aos seus respectivos sujeitos passivos inadimplentes.

⁴ E-mail: monicamatsuno@hotmail.com

Verifica-se que os entes públicos optaram por legislar acerca da transação ao invés de inovar no ordenamento novos veículos introdutores de parcelamentos especiais, como o fizeram na ocasião da enunciação da Lei nº. 13.496/17 com a inauguração do Programa Especial de Regularização Tributária - PERT ou o Programa Especial de Parcelamento - PEP do Estado paulista, nos termos do Decreto nº. 64.564/19.

Importante rememorar que o instituto da transação, originalmente posto no Código Civil de 1916, esteve presente no sistema de direito positivo, em matéria tributária, desde a redação do Código Tributário Nacional, quando em 1966 o documento normativo arrolou em seus artigos 156 a transação como modalidade de extinção do crédito tributário, e no 171 a transação como “concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário”.

Então por qual razão, após mais de quarenta anos, paralelamente à cultura de introdução de normas postas que inseriram no ordenamento tributário inúmeras e diversas espécimes de parcelamentos tributários, optaram o legislador federal por redigir a Lei nº. 13.988/20 e o legislador paulista a Lei nº. 17.293/20 em meio ao cenário pandêmico?

Para investigar tal questionamento, e partindo da premissa que o Direito é objeto cultural, vertido em linguagem competente, faz-se necessário definir os conceitos de parcelamento e de transação, seja aquele definido na seara de Direito Privado, nos ditames do Código Civil, seja aquele positivado no Código Tributário Nacional com ressalvas e especificidades, para verificar as especificidades de cada instituto, as quais, talvez, levaram os legisladores a finalmente após mais de quarenta anos especificar a transação tributária, vejamos.

1. O conceito civilista de transação

O Código Civil, conjunto de normas introduzidas pela Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, reserva todo seu Capítulo XIX para definir o conceito de transação, cujo texto positivado prescreve que a transação consiste no encontro de dois ou mais atos volitivos de concessão mútua, com o fito de prevenir ou dirimir o litígio entre as partes, conforme artigos 840 a 850 do diploma civil vigente[1].

Tal Capítulo XIX está inserto no diploma civilista em seu TÍTULO VI - Das Várias Espécies de Contrato, o que implica dizer que por opção do exegeta o instituto da transação foi classificado como elemento intrínseco ao conjunto dos contratos civis, seja decorrente de sua natureza de negócio jurídico, seja decorrente do ato volitivo de transacionar direito litigioso, conforme restará demonstrado.

A definição do conceito de transação emanada por Pontes de Miranda[2], sob a égide do Código Civil de 1916, que a enquadrava como forma extintiva de obrigação, a delimitou como sendo um “negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia.”. Sintetiza o ilustre autor que a transação deve objetivar a “eliminação de litígio ou de insegurança”.

Pontes de Miranda[3] remete ainda à essencialidade do que denomina “pressuposto de reciprocidade” e “bilateralidade do contrato de transação” como requisitos intrínsecos à transação, na medida em que tal instituto tem sua razão de ser oriunda de uma relação jurídica conflituosa bilateral, ou ainda multilateral, na qual as partes pretendem dirimi-la, cada parte adstrita ao seu respectivo sacrifício ou abstenção ao seu próprio direito.

Já em meio a vigência do novo Código Civil de 2002, em relação à natureza jurídica da transação inserta no título das espécies contratuais, Carlos Roberto Gonçalves elucida a dissonância doutrinária sobre o tema ao afirmar que:

“Divergem os autores sobre a natureza jurídica da transação. Entendem uns ter natureza contratual; outros, porém, consideram-na meio de extinção de obrigações, não podendo ser equiparada a um contrato, que tem por fim gerar obrigações. Com essa conotação foi tratada no Código Civil de 1916, nos arts. 1.025 a 1.036, ou seja, como um dos meios extintivos de obrigações, com efeitos meramente declarativos. Na realidade, na sua constituição, aproxima-se do contrato, por resultar de um acordo de vontades sobre determinado objeto; nos seus efeitos, porém, tem a natureza de pagamento indireto.” (2011, pp. 575-576)

Em meio a celeuma quanto à natureza jurídica do instituto transacional, para o doutrinador civilista supracitado a definição do conceito de transação seria:

“No sentido técnico-jurídico do termo, contudo, constitui *negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes previnem ou terminam relações jurídicas controvertidas, por meio de concessões mútuas*. Resulta de um acordo de vontades, para evitar os riscos de futura demanda ou para extinguir litígios judiciais já instaurados, em que cada parte abre mão de uma parcela de seus direitos, em troca de tranquilidade.” (2011, p. 573)

Por fim, Carlos Roberto Gonçalves[4] elenca quatro requisitos inerentes à transação, os quais haviam sido previamente apontados por Pontes de Miranda, a saber: a) a

existência de relações jurídicas controvertidas; b) a intenção de extinguir as dúvidas; c) o acordo de vontades; e d) concessões recíprocas.

Para Sílvio Venosa[5], a transação detém natureza jurídica de modalidade de pagamento e extinção de obrigações, como fora posta no Código Civil de 1916, ainda que permeie na doutrina inúmeros enunciados definidores da transação como contrato, exatamente como o fez o legislador no diploma civil de 2002, ao inserir as normas jurídicas que regulam a transação no TÍTULO VI - Das Várias Espécies de Contrato.

O autor civilista supracitado também arrola os requisitos inerentes à transação, a saber: "(a) um acordo de vontades; que as partes façam (b) concessões mútuas, ou seja, que cedam parte de suas pretensões em troca de receber o restante em caráter seguro e definitivo e que haja com isso (c) extinção de obrigações litigiosas ou duvidosas." (VENOSA, 2014, p. 307).

Maria Helena Diniz, em sua atual doutrina define o conceito de transação como sendo "um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas" (2019, p. 361).

De tal assertiva, a doutrinadora extrai cinco elementos constitutivos inerentes ao instituto da transação, a saber: (i) acordo de vontade entre os interessados; (ii) intendência ou existência de litígio ou de dúvida sobre os direitos das partes, suscetíveis de serem desfeitos; (iii) intenção de pôr termo "*rés dubia*" ou litigiosa; (iv) reciprocidade de concessões e (v) prevenção ou extinção de um litígio ou de uma dúvida (DINIZ, 2019, pp. 362-364).

Maria Helena Diniz[6] define ainda que:

"A transação é um instituto jurídico *sui generis*, por consistir numa modalidade especial de negócio jurídico bilateral, que se aproxima do contrato, na sua constituição e do pagamento, nos seus efeitos, por ser causa extintiva de obrigações, possuindo dupla natureza jurídica: a de negócio jurídico bilateral e a de pagamento indireto. É um negócio jurídico bilateral declaratório, uma vez que, tão somente, reconhece ou declara direito, tornando certa uma situação jurídica controvertida e eliminando a incerteza que atinge um direito e eliminando a incerteza que atinge um direito. A finalidade da transação é transformar em incontestável no futuro o que hoje é litigioso ou incerto." (DINIZ, 2019, p. 367).

Assim, partindo das premissas insculpidas no Direito Privado nos Códigos Civis de 1916 e 2002, e com fulcro da doutrina acima colacionada, pode-se concluir que a transação é negócio jurídico bilateral, que envolve duas ou mais partes litigantes, seja figurando como partes em demanda judicial, seja no âmbito extrajudicial ou pré-processual, no qual os agentes envolvidos pretendem, cada qual com seu desígnio volitivo, evitar ou suprimir contendas, ambos acordando entre si em abdicar de parte de seus direitos em prol de uma solução comum.

Definido o conceito de transação civilista, em continuidade, vez que o cerne do presente estudo são as transações no âmbito tributário, passemos à definição de transação em matéria tributária.

2. A transação positivada no Código Tributário Nacional

Ainda que o atual Código Civil em seu artigo 841 prescreva que a transação é instrumento jurídico que permite apenas a negociação de direitos patrimoniais de caráter privado[7], o Código Tributário Nacional prevê a transação em dois excertos de lei ao arrolá-la como causa extintiva de obrigação tributária em seu artigo 156[8], bem como define e esmiuça o instituto transacional em seu artigo 171, ao estabelecer que “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário”.

Assim, nos termos do Código Tributário Nacional, em consonância ao conceito de transação civilista, temos que a transação também é instrumento jurídico que faculta aos interessados extinguir o litígio tributário entre as partes decorrente do rearranjo de seus direitos e deveres mútuos, em consonância ao que dispõe a legislação de Direito Privado.

Nesse percalço, sintetiza Hugo de Brito Machado que “*Transação é acordo*”, idêntico ao texto positivado no Código Civil, o qual prevê o extermínio do litígio mediante concessões mútuas, com as ressalvas inerentes à seara tributária, quais sejam: “(a) depende sempre de previsão legal; (b) não pode ter o objetivo de evitar litígio, só sendo possível depois da instauração deste”. (MACHADO, 2016, p. 221)

Também remete ao vocábulo “acordo” o doutrinador José Eduardo Soares de Melo[9], quando exemplifica que a transação:

“Trata-se de autêntico acordo entre a Fazenda Pública e os devedores, em que estas partes renunciam ao questionamento de seus eventuais direitos relativos ao tributo. É o caso de a lei dispor que, se o contribuinte recolher o imposto atrasado de uma só vez, ficará dispensado das multas; ou, se o contribuinte desistir de ação

judicial impugnando exigibilidade tributária, não serão devidos honorários de sucumbência.”

Em afastamento àqueles doutrinadores que atribuem à transação natureza jurídica contratual, como definição restrita ao âmbito civilista, Professor Heleno Taveira Tôrres[10] tece forte crítica à imprecisão semântica da utilização do termo “contrato” na seara tributária:

“(…) nenhuma razão assiste àqueles que querem ver no ato decisional do procedimento uma espécie de ‘contrato’ entre contribuinte e a Administração. Nada mais descabido. O que se verifica é tão-só a ponência no sistema jurídico de uma norma individual e concreta, típico ato administrativo, por meio do qual o contribuinte chega a um entendimento prévio com a Administração, participando do procedimento. Mais não será do que espécie de ato preparatório ou de revisão de lançamento tributário previamente praticado. O modo lógico de alcançar decisão, por aproximação consensual e bilateral, mediante concurso de vontade das partes, com mútuo sacrifício de expectativas, não desnatura o resultado, qualificando-o como espécie de ato negocial.”

Do excerto acima transcrito verifica-se que Heleno Tôrres subsume a transação como medida alternativa para resolução de conflitos entre a Administração Pública e seus contribuintes, mas pondera que não se trata de ato negocial, sendo a transação constituída por meio de ato administrativo emanado pela autoridade competente, a qual enuncia norma individual e concreta hábil a verter em linguagem jurídica a solução de contenda tributária.

Paulo de Barros Carvalho[11], em recentíssima edição de sua obra “Direito Tributário - Fundamentos jurídicos da incidência”, na qual incluiu a inovação legislativa da transação positivada na Lei nº. 13.988/2020, ao discorrer sobre as possíveis providências extintivas da obrigação tributária, a define como “concessões recíprocas do sujeito ativo e do sujeito passivo, para terminar litígio e, subsequentemente, fazer extinguir a obrigação”.

Já Regina Helena Costa[12] conceitua a transação como “expediente alternativo destinado à solução de conflitos fiscais”. A doutrinadora especifica ainda que “Cuida-se de modalidade extintiva da obrigação consubstanciada em concessões mútuas, pressupondo situação incerta, duvidosa”.

Ademais, conforme previamente mencionado, a definição civilista emanada por Maria Helena Diniz de que a transação é negócio jurídico bilateral declaratório,

configurando meio de pagamento indireto, coaduna com o entendimento proferido pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, ao referir-se à transação como causa extintiva do crédito tributário nos termos do artigo 156 do Código Tributário Nacional, elucidar que “a extinção da obrigação, quando ocorre a figura transacional, não se dá, propriamente, por força das concessões recíprocas, e sim do pagamento” (Linguagem e método, 2021, pp. 570-571).

Paulo de Barros Carvalho[13] complementa seu posicionamento acerca da transação não ser providência extintiva de obrigação tributária ao denominá-la como “processo” preparatório para a quitação do crédito tributário, cuja extinção dar-se-á somente com o pagamento integral da dívida.

Idêntica é a opinião de Heleno Taveira Tôres[14] sobre a extinção do litígio dar-se apenas com o adimplemento integral, e não com a transação entre as partes, uma vez que:

“A transação, *per se*, não extingue o crédito; é simples mecanismo de resolução de conflitos que se presta para pôr fim ao litígio, mediante composição das partes. Nos termos do acordo a que cheguem as partes, o processo será decidido. Com base na decisão, a autoridade responsável pelo lançamento emitirá novo ato administrativo, para que o contribuinte efetue o pagamento dentro do vencimento. O pagamento, sim, extinguirá o crédito; não a transação, pura e simplesmente.”

Apesar das similitudes, o conceito de transação oriundo do direito privado sofreu algumas alterações em sua incorporação na seara tributária, pois o enunciado no artigo 171 do códex tributário prevê a extinção de litígio, de sorte que tal conflito há de ser pré-constituído para ser objeto de ulterior transação, não havendo que se falar em transação preventiva de litigiosidade em matéria tributária, como ocorre no âmbito do Direito Civil, vez que imprescindível é o lançamento para a constituição definitiva do crédito tributário.

Em suma, partindo da premissa civilista e de sua definição em matéria tributária, a transação seria o instrumento jurídico hábil, preparatório e indutor da extinção de litígio com o fito de estimular o contribuinte a realizar o pagamento do crédito tributário por um lado, garantindo a arrecadação em prol do erário de outro lado, para a conseqüente consecução da atividade estatal em prol do bem comum, observado o sopesamento entre o princípio da legalidade estrita compulsória em matéria tributária e a indisponibilidade do interesse público, tema que será destrinchado adiante.

Nesse compasso, mister se faz tecer comentários acerca das similitudes e divergências acerca do instrumento da transação tributária e do parcelamento, tal qual a doutrina o fez ao elaborar o estudo comparado entre o parcelamento e a moratória, com

o rigor semântico inerente à investigação das definições dos conceitos dos referidos institutos, vejamos.

3. As similitudes e dissonâncias entre a transação, o parcelamento e a moratória

Nos termos de Paulo de Barros Carvalho, moratória “(...) é a dilação do intervalo de tempo estipulado para o implemento de uma prestação, por convenção das partes, que podem fazê-lo tendo em vista uma execução unitária ou parcelada” (Linguagem e método, 2021, p. 540).

Vejamos os ensinamentos de Regina Helena Costa[15] acerca da moratória:

“(...) a prorrogação do prazo ou a outorga de novo prazo, se já findo o original, para o cumprimento da obrigação principal. Sempre dependerá de lei para sua concessão, não somente porque a obrigação tributária é *ex lege*, mas também por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, já que a moratória implica o recebimento do crédito fiscal posteriormente ao prazo originalmente estabelecido.”

Ainda sobre a modalidade de extinção de obrigação tributária inculpada no artigo 156, I, do CTN, Paulo de Barros Carvalho[16] elenca dois requisitos obrigatórios que devem estar expressos na norma que positive a moratória, tais quais a espécie tributária e a forma escalonada e cronológica de adimplemento pelo contribuinte devedor:

“(...) os tributos a que se aplica e o prazo de duração da medida, com indicação do número de prestações e seus vencimentos. Sendo em caráter individual, apontará, adicionalmente, as condições necessárias para sua fruição pelo particular e as garantias que o administrado deve oferecer. A quantidade de pagamentos e respectivas datas poderão, se a lei assim o dispuser, ficar a cargo da autoridade administrativa, que os fixará de acordo com as particularidades circunstanciais de cada caso concreto, dentro dos limites legais. Tais disposições formam o conteúdo do art. 153, I, II e III, a, b e c, do CTN.”

Sobre a polêmica doutrinária havida entre a moratória e o parcelamento como formas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, ambos preconizados no artigo 151 do código tributário, Paulo de Barros Carvalho[17] dirimiu que:

“Quanto às hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito, inseriu no inciso VI do artigo 151 do Código Tributário Nacional a figura do “parcelamento”, distinguindo-o, em planos literais, da moratória. Distrações desse gênero conduziram o pensamento a reformular nova interpretação do termo, buscando alcançar sua amplitude semântica. De fato, o parcelamento também suspende a exigibilidade do crédito tributário, a ele se aplicando as disposições atinentes ao instituto da moratória. Essa característica coloca ambas as figuras tributárias sob um mesmo plano, confirmando, mais uma vez, ser o parcelamento uma espécie do gênero moratória.”

Regina Helena Costa[18], ao discorrer sobre o parcelamento, remete à similitude e às dissonâncias entre este e a moratória, vejamos:

“A diferença entre moratória e parcelamento é sutil, porquanto este é espécie daquela, relação que exsurge clara do preceito contido no §2º do art. 155-A, que determina a aplicação subsidiária, ao parcelamento, das disposições do Código Tributário Nacional.

Pode-se dizer que os institutos distinguem-se pelo fato de que, enquanto a moratória pode se dar mediante execução unitária ou parcelada – pagamento do débito em uma ou várias parcelas –, o parcelamento, somente desta última forma.”

Na mesma obra, a ilustre doutrinadora[19] também tece um paralelo entre a transação e o parcelamento, afirmando que:

“(…) a transação, tal como disciplinada em nosso direito positivo, pode ser celebrada para pôs fim a litígio em curso quer em processo administrativo, quer em processo judicial, sendo inconfundível com o parcelamento: enquanto este é causa de suspensão da exigibilidade, da obrigação tributária principal, a transação propicia sua extinção.” (2007, p. 207)

Relevante pontuar os preceitos inerentes à polissemia do termo “parcelamento” emanados por Fabiana Del Padre Tomé[20], que ensina que o vocábulo indica tanto a norma geral e abstrata, veículo introdutor que insere o enunciado prescritivo autorizador do adimplemento em parcelas, como a norma individual e concreta constituída no ato da adesão ao parcelamento, observadas as condições positivadas pelo exegeta para autorizar o pagamento do tributo de forma parcelada e sucessiva cronologicamente pelo contribuinte.

Verifica-se que tanto o parcelamento quanto a moratória como formas alternativas de pagamento de tributo que não seja o recolhimento trivial em parcela única na data de vencimento da obrigação não presumem litígio pretérito a ensejar as suas concessões, como foi possível constatar diante da investigação das definições dos conceitos de transação civilista e tributário, tratando-se apenas de maneira diversa de pagamento de tributo, à destempo, posterior ao prazo de vencimento, diluído em montantes menores que o seu valor total, consoante previsão legal autorizadora.

Tanto assim o é que, a título exemplificativo, a Lei nº. 13.496/17, instituidora do Programa Especial de Regularização Tributária (PERT), última modalidade de parcelamento especial positivada no ordenamento em ocasião anterior à enunciação da Lei nº. 13.988/20 que regulamentou o instituto da transação no âmbito federal, não dispõe em nenhum de seus dezesseis artigos acerca da prescindibilidade de litígio prévio hábil à concessão das benesses inerentes a tal parcelamento especial, apenas indicam quais débitos, formas e prazos de pagamento, além de descontos a serem concedidos em favor dos aderentes.

Tampouco prevê a existência de litígio ou conflito prévio a legislação atinente aos parcelamentos ordinário ou simplificado, os quais não concedem quaisquer descontos ou benesses em favor dos contribuintes, vide veículos introdutórios Lei nº 10.522/2002 e Lei nº. 8.212/91, para débitos tributários e previdenciários, respectivamente.

Desta feita, verifica-se que a transação tributária e o parcelamento, além da divergência quanto à sua positivação no Código Tributário Nacional, sendo a primeira enquadrada como espécie de extinção de obrigação tributária e o segundo como meio de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, destoam quanto à existência de prévio conflito entre o Fisco e o contribuinte pretendente, sendo requisito exclusivo e inerente ao instituto transacional.

Nesse compasso, tornam-se indispensáveis a análise e a investigação do cerne da transação tributária, qual seja, a existência prévia de conflito ou litígio o qual pretende-se findar entre as partes transigentes, vejamos.

4. Litígio ou conflito: o pré-requisito da transação tributária

Os vocábulos “litígio” e “conflito” são tão, ou mais, polissêmicos que o termo “parcelamento”, senão vejamos a similitude entre tais palavras, que abarcam, inclusive, sinônimos entre os seus significados, conforme descreve o dicionário Michaelis[21] de língua portuguesa:

Con.fli.to *sm (lat conflictu)* 1 Embate de pessoas que lutam. 2 Alteração. 3 Barulho, desordem, tumulto. 4 Conjuntura, momento crítico. 5 Pendência. 6 Luta, oposição. 7 Pleito. 8 Dissídio entre nações.

Li.tí.gio *sm (lat litigiu)* 1 Demanda judicial. 2 Questão, alteração, contenda. *L. internacional, Dir.* conflito de interesses, de ordem jurídica ou política, suscitado entre dois ou mais Estados que o resolvem pelos meios diplomáticos ou de coerção.

Partindo da premissa que o conflito, assim como aquele que ocorre em momento anterior à transação tributária, por ser esta meio alternativo à resolução de litígio, também antecede uma demanda processual, de rigor a investigação da definição do conceito de litígio ou conflito, partindo da premissa que ambos os vocábulos são sinônimos entre si, na doutrina processualista, tanto na seara civil quanto na tributária.

Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco[22] aludem que o conflito se origina de uma insatisfação pessoal dada a impossibilidade de obtenção de um bem. E sobre a insatisfação no âmago dos sujeitos, dispõem que:

“A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante próprio direito é sempre motivo de angustia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitivis* do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor liberdade uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de ninguém, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado.”

Vicente Greco Filho[23], sobre a temática da satisfação, ora positiva, aduz que “Há conflito entre dois interesses quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa”. Citando Francesco Carnelutti (*Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, v. 7, p. 3), o processualista narra que o doutrinador italiano “(...) vê, na base jurídica, o conflito de interesses a exigir a regulamentação das diversas expectativas humanas sobre um mesmo bem”.

Em se tratando de direito processual tributário, Paulo Cesar Conrado[24] inicia sua obra afirmando que “Falar de processo é falar de conflito – de conflito que se aparelha na específica sede da relação jurídico-tributária, assim entendida no sentido estrito da locução (i.e., obrigação tributária)”.

O doutrinador esmiuça o termo “conflito” em duas acepções[25]: a primeira, genérica, do mundo dos fatos, não vertida em linguagem competente; e a segunda, juridicizada, momento em que o conflito receberia a denominação de “litígio”, nos termos de Luiz Alberto Warat. O autor sumariza que na ocasião da confecção da petição inicial por advogado dotado de capacidade postulatória:

“Nesse momento, sobressai, com contornos talvez mais nítidos, a distinção que há entre os dois sentidos que o termo conflito hospeda: (i) o social, por juridicamente não regulado, pode ser apreendido e relatado por qualquer sujeito e sob qualquer forma; (ii) o jurídico, doutra parte, aprisiona-se ao mundo do direito, ganhando o aludido predicado desde que posto em linguagem proveniente de pessoas específicas, mediante recursos igualmente determinados.” (CONRADO, 2012, p. 31)

Acerca do sentido jurídico do termo “conflito”, aduz Rodrigo Dalla Pria[26] que:

“(...) a noção de conflito tem *status* constitucional, sendo enunciada pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, por meio da expressão ‘lesão ou ameaça de lesão a direito’, cuja manifestação empírica se dá, necessariamente, no âmbito das normas concretas e individuais, *locus* normativo em que residem os fatos e as correspondentes relações jurídicas cujos polos (ativo e passivo) contrapõem os interesses de dois ou mais sujeitos de direito.”

Ainda sobre o tema, Paulo de Barros Carvalho[27] define litígio, em suma, como o conflito de interesses entre os sujeitos transigentes, seja em sede de contenda administrativa ou lide judicial:

“Polarizando a atenção da doutrina brasileira está o problema da amplitude semântica do vocábulo “litígio”. Abrangeria ele somente as discussões perante os órgãos do Poder Judiciário ou, em acepção mais larga, aplicar-se-ia também às controvérsias deduzidas em procedimentos administrativos tributários? Estou pela interpretação lata. Ali onde houver conflito de interesses instalado entre Administração e administrado, seja de cunho judicial ou não, caberá falar-se nesse tipo de procedimento terminativo, se como tal for aceito.”

Robson Maia Lins[28], ao definir a transação, remete ao litígio no âmbito judicial e extrajudicial, a saber: “Portanto, para fins tributários, transação é o instituto mediante o

qual, por concessões mútuas, credor e devedor põe fim a um litígio (administrativo ou judicial), extinguindo a relação jurídica tributária.”.

Verifica-se que em sede de transação tributária os conflitos compreendem as obrigações tributárias decorrentes da subsunção do fato à norma, qual seja, a incidência de regras-matrizes de diversos tributos, cujas normas individuais e concretas identificam, em seu conseqüente, a relação jurídico-tributária conflituosa entre o direito estatal do Sujeito Ativo de exigir tributo e o dever do Sujeito Passivo de adimplir tal prestação pecuniária, cujo inadimplemento pelo contribuinte transator poderá ser objeto de transação tributária nos termos da lei que assim dispuser.

5. Lei nº. 13.988/2020 – Transação tributária federal

Firmada a delimitação dos vocábulos “conflito” e “litígio”, interessante pontuar que o artigo inaugural[29] da Lei nº. 13.988/2020 prevê a seguinte conduta dos agentes que compõem a relação jurídico-tributária do conseqüente da norma individual e concreta que exige o tributo: “(...) realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública”. Do excerto extrai-se que a transação consiste em ato de extinção de “litígio”. Mas, especificamente, a qual litígio o legislador federal pretendeu abarcar com o instituto transacional?

Paulo de Barros Carvalho[30] esclarece que:

“O legislador do Código não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema. Essa, aliás, foi a via estabelecida nos termos da Lei 13.988/2020 que admitiu, na esfera federal, o cabimento de transação também para débitos inscritos em dívida ativa e em contencioso administrativo (art. 2º, I e II).”

De fato, o artigo 2º, incisos I e II[31] discorre acerca das modalidades de transação tributária, sendo a primeira atinente a proposta individual de transação de créditos tributários federais inscritos na dívida ativa, e a segunda com relação ao contencioso judicial também de alçada da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, além do contencioso administrativo tributário gerido pela Receita Federal do Brasil.

Importante frisar que a transação de débitos objetos de processo administrativo fiscal, ou pendente de recurso perante a segunda instância administrativa foi inserta na Lei nº. 13.988/2020 apenas em 2022, pela Lei nº. 14.375/2022, pois, originariamente, apenas os débitos tributários sob a alçada da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional eram passíveis de negociação.

Em contrapartida, no artigo 16[32] já compunha o texto original da norma que instituiu a transação tributária no âmbito federal, o qual dispõe acerca da transação por adesão no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica. Nesta ocasião, o legislador esmiuçou o conceito de “controvérsia jurídica relevante e disseminada” delimitando-a como sendo aquela “que trate de questões tributárias que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, versando, preferencialmente “sobre controvérsia restrita a segmento econômico ou produtivo, a grupo ou universo de contribuintes ou a responsáveis delimitados”.

Quanto às concessões ofertadas pela Administração Pública para dirimir o litígio entre as partes, o artigo 11 da Lei nº. 13.988/2020 arrola “benefícios”, tais como os descontos, o diferimento e a moratória, substituição ou alienação de garantias, utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa, além de possibilitar o adimplemento dos créditos tributários por meio de precatórios ou de direito creditório decorrente de ação judicial transitada em julgado.

Por fim, em seu artigo 29[33], a Lei nº. 13.988/2020, ao dispor acerca de eventual responsabilização dos agentes públicos em casos de obtenção de vantagem indevida, o legislador referiu-se à transação como “processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicialmente”, o que corrobora a possibilidade de transacionar débitos tributários objetos de processo administrativo fiscal, bem como aqueles débitos inseridos em dívida ativa da União.

Nesse sentido, é possível concluir que a autoridade legiferante federal optou por imprimir ao conceito de litígio a obrigação tributária inserida em dívida ativa, seja aquela decorrente de lançamento por homologação de iniciativa do particular, seja aquela oriunda de lançamento de ofício, além da obrigação tributária que fomenta processo administrativo fiscal, decorrente de ato de Autoridade Administrativa competente, esta ainda não inscrita em dívida ativa.

6. Lei nº. 17.293/2020 – Transação tributária estadual de São Paulo

Diferentemente do legislador federal, no âmbito estadual, o legislador paulista, ao enunciar a Lei nº. 17.293 de 15 de outubro de 2020, restringiu e delegou a competência para transacionar à Procuradoria Geral do Estado, imprimindo ao litígio a qualidade de débito, tributário ou não, previamente inserido em dívida ativa, sendo esta ou não ajuizada ou àquela objeto de execução fiscal[34], vedando, expressamente, a transação de débitos não inscritos em dívida ativa, consoante artigo 47.

A norma paulista positivou ainda as “transigências”, denominados “benefícios” pelo legislador federal, possíveis a serem adotadas pela Fazenda estadual na ocasião da

transação, postas no artigo 46 da Lei nº. 17.293/20, cabendo à Procuradoria competente tão somente conceder descontos em multas e juros; prazos diversos para adimplemento, tais como a moratória, e a modalidade de pagamento diferida ou em parcelas; e, por fim, a possibilidade de substituir ou alienar garantias e constringências.

Ainda com relação à transação tributária de São Paulo, além da imprescindibilidade da inscrição do crédito tributário em dívida ativa para configuração do litígio, relevante também são as definições de transação e parcelamento esmiuçadas pela Portaria SUBG CTF nº 20, de 4 de dezembro de 2020, que dispõe “sobre transação para redução de litígios”, expedida pelo Subprocurador Geral do Contencioso Tributário-Fiscal, senão vejamos as disposições gerais:

XIX - parcelamento – pagamento do crédito final líquido consolidado, com honorários advocatícios, em parcelas mensais e consecutivas;

(...)

XXV - transação – negócio jurídico pelo qual o Estado, de um lado, e autor ou réu em ação de que o primeiro seja parte, de outro, resolvem definitivamente litígios;

A autoridade competente para enunciar definiu o conceito de parcelamento e o de transação com suas respectivas especificidades, atribuindo ao parcelamento a modalidade de pagamento do crédito tributário, bem como atribuiu à transação a roupagem de negócio jurídico para resolução de litígios entre o Estado e o contribuinte, nos termos do dispositivo, o sujeito processual contrário ao Fisco Paulista.

Vejamos que, sem prejuízo da atecnia da autoridade enunciante da Portaria SUBG CTF nº 20, de 4 de dezembro de 2020, uma vez que o item XXV remete apenas a sujeitos em processos judiciais, “autor” e “réu”, enquanto a Lei nº. 17.293/20 já havia delimitado que também seriam passíveis de transação os créditos tributários insertos em dívida ativa não ajuizados, o legislador definiu os conceitos de “parcelamento” e “transação” sem qualquer similitude entre ambos, exatamente em consonância às transigências arroladas no artigo 46 da Lei nº. 17.293/20.

Importante destacar que, tanto a Lei nº 13.988/20, como a Lei nº. 17.293/20 trazem, como concessões ofertadas pela Administração Pública, a garantia como “benefício” ou “transigência”, na esfera federal e paulista, respectivamente. Em se tratando de parcelamentos, seja ele ordinário ou especial, federal ou estadual, não havia nas legislações anteriores a forçosa obrigação de garantir o crédito tributário em momento prévio ao seu parcelamento, não representando a garantia condição *sine qua non* para a concessão do

parcelamento como forma suspensiva da exigibilidade, espécie de moratória com opção de pagamento parcial e diferido, como ocorre com o instituto da transação.

Impõe relevância ainda que o inadimplemento do parcelamento tributário implica em tão somente ao retorno da situação originária do crédito tributário, tais como a retomada do montante relativo às multas, juros e encargos eventualmente desagiados em sede de parcelamento especial.

De outra sorte, em se tratando de transação, dada a premissa da garantia integral do crédito tributário para entabular o acordo perante a Administração Pública, verifica-se que o seu inadimplemento se revela muito mais oneroso que o mero rompimento de um parcelamento, o que demanda ao contribuinte maior racionalidade, responsabilidade e cautela para firmar acordo de transação

Conclusão

Diante de toda a menção doutrinária e análise dos veículos introdutores da transação federal e da transação estadual paulista, há de se estabelecer que o "litígio" ou "conflito" imprescindíveis para possibilitar a aplicação do instituto da transação, delimitada à obrigação tributária inadimplida objeto de contenda processual administrativa ou inscrita em dívida ativa no âmbito federal, e restrita ao crédito tributário inserto em dívida ativa na seara paulista.

Nesse sentido, importante rememorar que o parcelamento, como forma de adimplemento do crédito tributário em mais de uma parcela, não se confunde com o instituto da transação, mas sim consiste em apenas uma de suas possibilidades, ou "transigências" conforme a legislação paulista, ou "benefícios" para a autoridade legiferante federal, para solucionar o litígio tributário.

Mais do que uma mera fonte arrecadatória, como o são os parcelamentos ordinários e os especiais, a transação aprofunda e estreita a relação entre o sujeito ativo e o passivo, seja o contribuinte ou o responsável tributário pelo recolhimento do tributo, uma vez que o instituto da transação, para além da relação jurídico-tributária que instaura a exigência pecuniária em prol do Fisco, almeja resolver o litígio entre os transigentes no eterno conflito entre o credor que tem a competência constitucional, obrigação legal de cobrar, e pretende receber e o devedor que se escusa de adimplir.

Para tanto, o legislador que inseriu a transação no ordenamento, seja no âmbito federal ou estadual, dispôs acerca do instituto posto no artigo 171 do Código Tributário Nacional, com o objetivo imediato de receber o crédito tributário inadimplido, afinal o cenário pandêmico da Covid-19 demandou uma arrecadação excepcional, mas também

com o objetivo mediato de satisfazer seu crédito mediante execução da garantia que deu azo à transação e, conseqüentemente, extinguindo o litígio pré-existente entre as partes transigentes.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Paulo de Barros: *Direito Tributário (recurso eletrônico): fundamentos jurídicos da incidência*. 11. ed., rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021.

_____, Paulo de Barros: *Direito Tributário – Linguagem e Método*. 8. ed. São Paulo Noeses, 2021.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo Tributário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Vol. 3: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 37. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro – v.1 Teoria geral do processo e auxiliares de justiça*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2019.

MELO, José Eduardo Soares. *Curso de Direito Tributário*. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MICHAELIS: *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXV – Direito das obrigações/Extinção das obrigações*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRIA, Rodrigo Dalla. *Direito Processual tributário*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2021.

SENADO. Código Civil – Quadro comparativo 1916/2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf>. Acesso em 28/06/2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2016.

TÔRRES, Heleno Taveira. "Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes – Simplificação e eficiência administrativa". In: *Revista de Direito Tributário* vol. 86, pp. 40-64. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Volume III – Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOTAS:

[1] Importante mencionar que a transação também fora positivada no revogado Código Civil de 1916, insculpida em seus artigos 1.025 até 1.032, sem revelar alterações significativas quanto ao conceito de transação. Para visualizar o comparativo entre a norma vigente e a revogada, visitar:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf>

(pp. 205-206, acesso em 28/03/2023)

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

Art. 844. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

§ 1º Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador.

§ 2º Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

§ 3º Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos co-devedores.

Art. 845. Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos.

Parágrafo único. Se um dos transigentes adquirir, depois da transação, novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida, a transação feita não o inibirá de exercê-lo.

Art. 846. A transação concernente a obrigações resultantes de delito não extingue a ação penal pública.

Art. 847. É admissível, na transação, a pena convencional.

Art. 848. Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta.

Parágrafo único. Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados, independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudicará os demais.

Art. 849. A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

Parágrafo único. A transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes.

Art. 850. É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título posteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação

[2] MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXV – Direito das obrigações/Extinção das obrigações*. Atualizado por Nelson Nery

Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 179-180.

[3] "A reciprocidade no conceder é essencial à transação. Se não há concessão, de um e de outro, não há transação: o que pode haver é reconhecimento, renúncia, desistência, ou outra figura." (p. 194) e "A transação é contrato bilateral (= sinalagmático), oneroso, causal, obrigacional, que se não confunde, de modo nenhum, com os contratos reais e abstratos, mediante os quais se cumpre." (p. 195).

[4] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Vol. 3: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 574.

[5] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Volume III – Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 306.

[6] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 367.

[7] Idêntico enunciado prescritivo fora anteriormente positivado no artigo 1.035 do Código Civil de 1916.

[8] Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

III - a transação;

[9] MELO, José Eduardo Soares. *Curso de Direito Tributário*. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 397.

[10] TÔRRES, Heleno Taveira. "Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes – Simplificação e eficiência administrativa". In: *Revista de Direito Tributário* vol. 86, pp. 40-64. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 57-58.

[11] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário (recurso eletrônico): fundamentos jurídicos da incidência*. 11. ed. rev. atual. São Paulo Noeses, 2021, pp. 255-256.

[12] COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

[13] *Ibid.*, *Direito Tributário (recurso eletrônico): fundamentos jurídicos da incidência*, p. 256.

[14] *Ibid.*, 1998, p. 58.

[15] COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254.

[16] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Linguagem e Método*. 8. ed. São Paulo Noeses, 2021, pp. 540-541.

[17] *Ibidem*, p. 404.

[18] COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 262.

[19] COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 207.

[20] TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2016, p. 136.

[21] MICHAELIS: *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 559 e 1.267.

[22] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 26.

[23] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro – v.1 Teoria geral do processo a auxiliares de justiça*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 12-13.

[24] CONRADO, Paulo Cesar. *Processo Tributário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 16.

[25] *Ibidem*, 2012, p. 30.

[26] PRIA, Rodrigo Dalla. *Direito Processual tributário*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2021, pp. 43-44.

[27] CARVALHO, *Fundamentos jurídicos da incidência*, p. 256.

[28] LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2019, p. 509.

[29] Art. 1º Esta Lei estabelece os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutive de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

[30] Ibid, Fundamentos jurídicos da incidência, p. 257.

[31] Art. 2º Para fins desta Lei, são modalidades de transação as realizadas:

I - por proposta individual ou por adesão, na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, ou na cobrança de créditos que seja competência da Procuradoria-Geral da União;

I - por proposta individual ou por adesão, na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, na cobrança de créditos que seja da competência da Procuradoria-Geral da União, ou em contencioso administrativo fiscal;

II - por adesão, nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário; e

III - por adesão, no contencioso tributário de pequeno valor.

[32] Art. 16. O Ministro de Estado da Economia poderá propor aos sujeitos passivos transação resolutiva de litígios aduaneiros ou tributários decorrentes de relevante e disseminada controvérsia jurídica, com base em manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.

§ 1º A proposta de transação e a eventual adesão por parte do sujeito passivo não poderão ser invocadas como fundamento jurídico ou prognose de sucesso da tese sustentada por qualquer das partes e serão compreendidas exclusivamente como medida vantajosa diante das concessões recíprocas.

§ 2º A proposta de transação deverá, preferencialmente, versar sobre controvérsia restrita a segmento econômico ou produtivo, a grupo ou universo de contribuintes ou a responsáveis delimitados, vedada, em qualquer hipótese, a alteração de regime jurídico tributário.

§ 3º Considera-se controvérsia jurídica relevante e disseminada a que trate de questões tributárias que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

[33] Art. 29. Os agentes públicos que participarem do processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicialmente, com o objetivo de celebração de transação nos termos desta Lei somente poderão ser responsabilizados, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida para si ou para outrem.

[34] Artigo 42 - A transação terá por objeto obrigação tributária ou não tributária de pagar, aplicando-se:

(...)

Parágrafo único - A dívida inscrita não ajuizada poderá ser incluída em transação de dívida ajuizada, a requerimento do devedor.

A atividade investigatória criminal preliminar à luz da jurisprudência e da doutrina pátrias: a independência técnico-jurídica do delegado de polícia como corolário do garantismo penal

RAMON CEZAR DA CUNHA TEIXEIRA:

Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidad Católica Argentina. Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco.⁵

RESUMO: Este artigo científico é o resultado da investigação sobre o papel do delegado de polícia na persecução criminal brasileira. Com o enfoque direcionado, preponderantemente, para a atuação da autoridade policial em compatibilidade com o garantismo jurídico-penal de Ferrajoli, a pesquisa procurou analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria relativas à natureza jurídica da investigação penal preliminar, à apuração criminal dirigida pelo delegado de polícia e à sua independência técnico-jurídica no exercício do cargo. Tomando-se como paradigma uma petição inicial da Procuradoria-geral da República em ADI, o estudo foi edificado em torno da desconstrução da velha doutrina processual penal de rebaixamento do trabalho de polícia judiciária ao “menos”, sempre com o escopo de proporcionar uma releitura do cargo de delegado de polícia à luz da ordem jurídico-constitucional vigente, alinhando-o à proteção dos direitos e das garantias fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Garantismo; Investigação Criminal

ABSTRACT: This scientific article results from the investigation on the role of the Police Chief in the Brazilian criminal prosecution. With the attention focused *preponderantly* on the performance of the police authority in accordance with Ferrajoli's theory of penal guarantees, the research sought to analyze the jurisprudence of the Supreme Federal Court and the precepts concerning the legal nature of the preliminary criminal investigation phase, criminal investigations conducted by the Police Chief and his technical and legal independence in the exercise of the office. Taking as paradigm an initial petition from the Attorney General of the Republic, the study was built around the deconstruction of the old penal procedural doctrine of lowering the role of Judicial Police to a “minus”, always with

⁵ E-mail: ramonteixeira@hotmail.com

the scope to provide a re-reading of the police authority in the light of the constitutional order, aligning it with the protection of fundamental rights and guarantees.

Keywords: Fundamental Rights; Penal Guarantees; Criminal Investigation Phase

SUMÁRIO: Introdução; 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.520/SC; 1.1 A independência funcional do delegado para o STF; 1.2 A autoridade policial segundo a PGR; 2. O delegado de polícia na persecução penal brasileira; 2.1 “Omissões do legislador não importam em lacuna”; 2.2 “Carreira jurídica desnatura a sua função policial”; 2.3 “Compete ao MP dirigir as investigações no inquérito”; 2.4 “Não cabe ao delegado emitir qualquer juízo de valor”; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Dentre os princípios mais importantes de um Estado Democrático de Direito, encontram-se o princípio da constitucionalidade, o qual exprime o fundamento daquele na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular e dotada de supremacia; o princípio democrático, que, nos termos constitucionais, há de constituir uma democracia representativa que garanta a vigência e a eficácia dos direitos fundamentais; e um sistema de direitos fundamentais [[1]], em muitos casos textualmente reproduzidos nas Constituições nacionais.

O próprio Estado de Direito adveio da necessidade de se impor limites ao Poder estatal em face da liberdade dos indivíduos; daí porque, para Ferrajoli, o Estado (Constitucional) de Direito encontra sinonímia com o “garantismo”, já que, mais do que um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, trata-se de um Estado nascido com as Constituições modernas e caracterizado, no plano material, pela “funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade [...]” [[2]].

Ferrajoli, a propósito, bastante associado à teoria do garantismo jurídico-penal por ser, justamente, um dos seus maiores expoentes, apregou que a função específica das garantias no direito penal é deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal, e

que, para que um sistema normativo-penal possa ser considerado “garantista”, faz-se necessária a observância de dez “princípios axiológicos fundamentais” ou “axiomas” [[3]].

Sem a pretensiosa ambição de *esgotar* um tema tão intrincado, será possível observar ao longo do presente trabalho que, dos dez axiomas ferrajolianos, ao menos dois possuem uma particularmente visceral relação, no âmago da persecução penal, com o trabalho investigativo criminal a cargo das chamadas polícias judiciárias no Brasil: o princípio da lesividade (correspondente ao brocardo latino *nulla necessitas sine injuria*) e o princípio da culpabilidade (*nulla actio sine culpa*).

Este último pode ser compreendido, antes de tudo, como uma repelência à responsabilidade penal objetiva, isto é, apenas decorrente do liame causal entre a conduta do agente e o resultado lesivo (ou de perigo) sobre um bem jurídico tutelado pela lei substantiva. Assim, segundo Ferrajoli, por exigir o elemento subjetivo do delito [[4]]:

“[...] nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer”. (grifo nosso).

Quanto ao primeiro, leciona Bitencourt que apenas “se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado” [[5]]. Ou, de acordo com o próprio Ferrajoli, o princípio da lesividade “atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas”, afetando “os delitos de bagatela, que não justificam a existência nem do processo penal nem da pena” [[6]].

A aludida relação entre esses princípios axiológicos fundamentais – e, por extensão, o próprio garantismo jurídico-penal – e o objeto de estudo no presente trabalho acadêmico ganha uma especial relevância após os recentes julgamentos, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.520/SC e 5.536/AM.

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.520/SC

1.1 A independência funcional do Delegado para o STF.

No julgamento da suprarreferida ADI 5.520/SC, a Corte Suprema foi instada a decidir sobre a impugnação da constitucionalidade, sob os aspectos formal e material, de emenda constitucional do Estado de Santa Catarina que tanto teria inserido o cargo de delegado de polícia no rol das carreiras jurídicas típicas de Estado, como lhe conferido textualmente a chamada “independência funcional” [[7]]. Assim decidiu o STF [[8]]:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 61/2012 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATRIBUIÇÃO DE STATUS DE FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E DE INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL AO CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO, NO PROCESSO LEGISLATIVO, DO GOVERNADOR DO ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL (CF, ART. 144, §6º). PROCEDÊNCIA. 1. A Emenda Constitucional 61/2012 de Santa Catarina conferiu status de carreira jurídica, com independência funcional, ao cargo de delegado de polícia. Com isso, alterou o regime do cargo e afetou o exercício de competência típica da chefia do Poder Executivo, o que viola a cláusula de reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, “c”, extensível aos Estados-Membros por força do art. 25 da CF). 2. O art. 144, § 6º, da CF estabelece vínculo de subordinação entre os Governadores de Estado e as respectivas polícias civis, em razão do que a atribuição de maior autonomia aos órgãos de direção máxima das polícias civis estaduais, mesmo que materializadas em deliberações da Assembleia local, mostra-se inconstitucional. 3. Ação direta julgada procedente”. (grifo nosso).

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes (Relator) assinalou que [[9]]:

“No particular, a emenda constitucional apreciada (EC 61/2012) conferiu status jurídico e independência funcional ao cargo de delegado de polícia. Com isso, não apenas rompeu com o regime funcional que caracteriza a atividade policial no texto da Constituição Federal, mas também repercutiu drasticamente sobre o exercício de competência típica da chefia do Poder Executivo – atingindo em cheio o traço de subordinação que, segundo a linguagem da CF,

deve caracterizar a relação dos Governadores de Estado com o comando das polícias civis [...]

[...] não é possível desconsiderar que, com a concessão de independência funcional à classe de servidores que exerce o comando da polícia civil estadual, poderão surgir pretensões de autonomia que não são compatíveis com a instituição policial.

Ao interpretar o sentido e o alcance do art. 144, § 6º, da CF, o Tribunal definiu ser ele expletivo de um indeclinável traço hierárquico de subordinação, a ser obrigatoriamente reproduzido pelas ordens jurídicas locais na relação por elas estabelecida entre os Governadores de Estado e as respectivas polícias civis. [...]

Para o bem e para o mal, o modelo formatado pelo texto federal atribui ao gestor máximo do Poder Executivo local a prerrogativa (e a correspectiva responsabilidade) pela estruturação dos órgãos locais de segurança pública, pelo seu planejamento operacional e também pela definição do grau de prioridade que os programas e ações governamentais a ela relacionados devam ter dentro do esquadro orçamentário do respectivo Estado-Membro". (grifo nosso).

Não se há que fazer, portanto, maiores ressalvas ao *decisum* em questão. Parece apropriado ao ordenamento jurídico-constitucional vigente o argumento de que, perante a concludente subordinação institucional das Polícias Civis aos Governadores dos Estados – por mais que, alegadamente, seja bastante inadequada, em termos orgânicos, ao desejável modelo de uma polícia judiciária de Estado (e não de governo) –, seria inconstitucional confiar ao cargo de delegado de polícia, em sentido diametralmente oposto, a chamada independência funcional, ainda que com a importante aspiração de se minimizar possíveis interferências políticas no desempenho de seu múnus público.

Para os delegados de polícia, dita independência funcional, em termos de alcance e extensão, poderia consistir não apenas num atributo que cada um dos servidores em questão teria ao exercer as suas funções em face de outros servidores da mesma instituição, mas também significar a liberdade que os ocupantes do cargo teriam de

exercer o seu ofício em face de outros órgãos do Estado, subordinando-se apenas à Constituição e às leis – ao que Mazzilli nomina *autonomia* funcional [[10]].

Quanto ao alegado *status* de carreira jurídica típica de Estado tido como conferido pela norma constitucional impugnada, a qual na realidade reconheceu, *ipsis litteris*, ao cargo de delegado de polícia o exercício de “atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica”, o STF enxergou o rompimento do regime funcional que caracteriza a atividade policial no próprio texto da Constituição da República. Em termos práticos, o artigo 127 da CRFB, que disciplina o Ministério Público no âmbito das funções essenciais à justiça, foi substancialmente reproduzido em dispositivo estadual relativo a uma carreira típica de Estado topograficamente submetida, na Lei Maior, à disciplina da segurança pública (art. 144) [[11]].

Em igual sentido, no julgamento da ADI 5.536/AM [[12]], também de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o STF decidiu pela inconstitucionalidade, nas vertentes formal e material, de emenda constitucional do Estado do Amazonas que tanto estabeleceu o cargo de delegado de polícia entre as carreiras jurídicas, como conferiu à classe de servidores em comento a independência funcional no exercício de suas obrigações [[13]].

Ora, se não haveria maiores controvérsias apontadas, na presente pesquisa acadêmica, em face das citadas decisões da Magna Corte do país, então quais poderiam ser os aspectos relevantes e merecedores de estudo no âmbito das ciências jurídicas, destacáveis da analisada ADI 5.520/SC (e, pelos mesmos fundamentos, da ADI 5.536/AM)? Passa-se, desta maneira, à análise da concernente petição inicial – da lavra do então Procurador-geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros –, esta, sim, bem acometida de argumentos discutíveis.

1.2 A autoridade policial segundo a PGR.

Segundo a inicial da ADI 5.520/SC [[14]]:

“O conjunto normativo formado pelos §§ 4º a 5º do art. 106 da Constituição catarinense *desnatura a função policial, ao equiparar indevidamente a carreira de delegado de polícia às carreiras jurídicas, como a magistratura judicial e a*

do Ministério Público, com o intuito de aumentar a autonomia da atividade policial e, muito provavelmente, para atender a interesses corporativos dessa categoria de servidores públicos.

[...]

Da interpretação dessas normas, constata-se que a Constituição do Brasil, ao tratar da polícia civil, não atribuiu à carreira de delegado de polícia o perfil nem a autonomia pretendidos pela Constituição do Estado de Santa Catarina. Esta, no art. 106, §§ 4º e 5º, indevidamente definiu como essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica a atuação da Polícia Civil, categorizou como carreira jurídica a de delegado de polícia, e atribuiu-lhe independência funcional nos atos de “polícia judiciária”.

A falta de previsão constitucional sobre a (inexistente) natureza jurídica da função policial constitui típica e evidente hipótese de silêncio eloquente, ou seja, certas omissões do legislador não importam em lacuna, mas significam decisão do legislador de não estender certa disciplina jurídica a determinadas situações, por ser descabido fazê-lo, de forma que não é cabível aplicação de analogia.

Quando o poder constituinte o quis, previu expressamente prerrogativas e garantias para carreiras, e o fez em abundância, por sinal, e definiu, como funções essenciais à justiça, as atividades adequadas a tanto. Não há espaço para inovação nessa matéria pelo poder constituinte decorrente, que deve respeitar o tratamento constitucional, em razão do princípio da simetria e da própria natureza das coisas.

[...]

Deve a emenda constitucional ser interpretada levando em conta a natureza da função policial, sua finalidade no processo penal e a função constitucional do Ministério Público no sistema processual penal brasileiro, à luz do art. 144, acima transcrito, e dos incisos I e VIII do art. 129 da Constituição da República:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]

VIII – requisitar, diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; [...].

Em consequência desses dispositivos constitucionais e do princípio acusatório dele decorrente (ainda que o Brasil não tenha adotado, segundo a compreensão majoritária, sistema acusatório puro), compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover a ação penal, com oferecimento de denúncia ou promoção de arquivamento. Isso, claro, não exclui o importante trabalho da polícia criminal nem implica atribuir ao MP a chamada “presidência” do inquérito policial, quando esse procedimento for necessário. Vale lembrar que, no plano do direito legislado infraconstitucional, pelo menos desde o Código de Processo Penal de 1941, o inquérito policial nunca foi indispensável para o Ministério Público promover ação penal, segundo prevê seu art. 39, § 5º, o que foi igualmente reconhecido pela Suprema Corte no inquérito 1.957.

[...]

Por isso lhe cabe direcionar as investigações a serem realizadas no inquérito, já que ele será o órgão ao qual caberá, se for o caso e de acordo com seu exclusivo critério, ofertar a imputação ao juiz.

[...]

No julgamento de medida cautelar na ADI 5.104/DF, cujo objeto consiste na Resolução 23.396, de 17 de dezembro de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro ROBERTO BARROSO observou que “[a] titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. A independência da Instituição ficaria significativamente esvaziada caso o desenvolvimento das apurações dependesse de uma anuência judicial”.

[...]

Nesse contexto, a emenda constitucional impugnada atinge diretamente o poder requisitório conferido pela Constituição da República ao Ministério Público na condução de inquérito policial e de outros procedimentos investigatórios, pois permite que delegado de polícia, com fundamento em supostas independência

funcional e natureza jurídica da carreira, descumpra requisições dos membros do MP. Não se trata de argumento *ad terrorem*, pois, mesmo atualmente, não têm sido raros episódios em que delegados de polícia se recusam a realizar diligências requisitadas pelo Ministério Público, sob argumentos de independência, autonomia e similares.

[...]

Partindo-se dessa inquestionável premissa, observa-se que o inquérito policial tem natureza unidirecional, **de modo que não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio**. A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória.

[...]

Independência funcional significa possibilidade de formação de juízo valorativo acerca de fatos e normas e atuação livre de interferência e determinações superiores

[...]

Essa descabida “independência funcional” da polícia igualmente ensejará desvio de finalidade, perda de eficiência na ação estatal e tumulto processual, pois, na hipótese de delegado de polícia entender ausentes elementos de prova ou haver óbice jurídico à acusação e formular despachos com análises jurídicas nessa direção, essas impertinentes considerações serão, de forma inevitável, brandidas por futuros denunciados e réus para abalar a imputação ministerial.

[...]

Não cabe à polícia realizar análise jurídica de fatos e provas, salvo no estritamente indispensável à atividade investigatória, como ao propor ao Ministério Público requerimento de medidas cautelares penais, por exemplo. O relatório de encerramento de inquérito policial, a que se refere o Código de Processo Penal, deve ser simples indicação das diligências (“relatório

do que tiver sido apurado” – CPP, art. 10, § 1º), não avaliação jurídica sobre a *opinio delicti*.

[...]

Ao levar delegados de polícia a exercer “independência funcional” e “livre convicção”, a emenda desnatura a função policial e **os faz despender tempo em análises jurídicas que lhes são alheias e serão inúteis para futura ação penal** (quando não a prejudicar por tumulto processual), extraviando-os da função investigatória que lhes é própria.” (grifo nosso).

Canhestros tentames de diminuição institucional dos trabalhos de polícia judiciária e de desvalorização funcional do cargo de delegado de polícia à parte, serão na sequência do trabalho acadêmico analisados os argumentos acima grifados, a maioria dos quais não assimilados e reproduzidos pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da respectiva decisão.

2. O DELEGADO DE POLÍCIA NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

2.1 “Omissões do legislador não importam em lacuna”.

A primeira alegação supragrifada [[15]], digna de um verdadeiro checape, remonta, inevitavelmente, ao julgamento do RE 593.727/MG, com repercussão geral, por meio do qual foi finalmente estabelecido que ao Ministério Público brasileiro também caberia, além de suas respectivas potestades institucionais constitucionalmente explicitadas, a condução de investigações criminais preliminares, com fundamento – veja-se –, justamente, na “teoria dos poderes implícitos” [[16]].

No entender do Ministro Cezar Peluso (Relator), “[...] vê-se, à margem de qualquer dúvida razoável, que a Constituição não conferiu ao Ministério Público a função de apuração preliminar de infrações penais, de modo que seria fraudá-las todas (*fraus constitutionis*) extrair a fórceps tal competência à leitura isolada do disposto no inc. IX do art. 129 [...]” [[17]] (grifo nosso). De tal modo, ele votou por admitir que o Ministério Público possa, sim, promover atividades de investigação criminal como medida preparatória para a promoção de ação penal, sempre sob condições excepcionais – as quais ele próprio não vislumbrou *in casu*, razão por que deu provimento ao recurso e deliberou pela decretação da nulidade, *ab initio*, do processo crime originário.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes expressou que, em seu entendimento, as investigações criminais realizadas diretamente pelo Ministério Público devem ser, “[...] necessariamente, subsidiárias, ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, se efetivem pela própria polícia”. Assim, para o referido Ministro, “[...] só se justifica constitucionalmente o exercício da função investigativa, por quem não possui essa função constitucional precípua, a partir do reconhecimento do aspecto subsidiário dessa atividade” [[18]] (grifo nosso).

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio assim decidiu [[19]]:

“As normas que tratam das funções e atribuições do Ministério Público – artigos 127 a 129 da Carta Federal – são bem claras ao descreverem-nas. Em nenhuma delas, pode-se concluir estar autorizada a investigação criminal, ao contrário. Ao estabelecer, no inciso VII do artigo 129, o exercício do controle externo da atividade policial e, no inciso seguinte, atribuir o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, o constituinte evidenciou a opção de não permitir que o Ministério Público proceda à investigação criminal, e sim zele pela lisura das atividades policiais e cuide para que a apuração possa ser concluída de forma a viabilizar a futura ação penal.” (grifo nosso).

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, assinalou que “o poder de investigar, em sede penal, também compõe a esfera de atribuições institucionais do Ministério Público, pois esse poder se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Instituição, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas, em norma expressa, pelo próprio texto da Constituição da República”. E rematou [[20]]:

“Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça,

ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público” (grifo nosso).

A respeito da “teoria dos poderes implícitos”, esta foi projetada ao caso em estudo sobretudo porque, no âmbito do julgamento do RE 593.727/MG, a fundamentação jurídica acolhida foi pela sua consagração, de modo a estender ao Ministério Público a potestade de conduzir, por autoridade própria, investigações penais, a despeito da incontestável ausência de tão relevante função institucional no texto formal da Constituição [[21]] [[22]], mas no julgamento da ADI 5.520/SC a Procuradoria-geral da República se valeu de argumento em sentido diametralmente oposto, sinalizando que a inexistência de natureza jurídica na função “policial” (*i. e.*, investigativa criminal), à luz do texto constitucional, seria uma omissão não lacunosa do legislador, decidido a “não estender certa disciplina jurídica a determinadas situações, por ser descabido fazê-lo” [[23]].

Mas será mesmo?

2.2 “Carreira jurídica desnatura a sua função policial”.

O segundo argumento merecedor de destaque jaz na alegada “desnaturação da função policial” quando, afirmativamente com o escopo de “aumentar a autonomia da atividade policial”, promoveria uma “equiparação indevida” da carreira de delegado de polícia às carreiras ditas jurídicas [[24]]. Mas, afinal, o que seriam “carreiras jurídicas”? Seriam – apenas e tão somente – aquelas disciplinadas na Constituição da República no capítulo das “funções essenciais à justiça”?

Para que se possa responder, fundamentadamente, aos questionamentos apresentados, é previamente necessário considerar que a mera abrangência da assertiva quanto a uma hipotética “desnaturação da função policial” (apenas) por se reconhecer à atividade do delegado de polícia, na condução de investigações penais, uma característica não só técnico-científica, mas também jurídica, clama, *per se*, por breves apontamentos quanto ao modelo policial brasileiro.

A Constituição da República de 1988 discerniu, no supracitado artigo 144, as funções básicas da atividade policial, atribuindo-as textualmente a determinados órgãos de segurança pública de acordo com a sua natureza e o ente federativo [[25]]. Ressalvadas, aqui, as particularidades inerentes aos órgãos policiais da União, a exemplo da Polícia Federal, à qual incumbe, dentre outras missões institucionais, exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, é no âmbito do modelo dicotômico dos Estados que o sistema policial pátrio demonstra todo o apreço do constituinte originário pela *especialização* policial [[26]].

Tratam-se as polícias civis e as polícias militares, em apertada síntese, de instituições policiais bicentenárias, cujas atribuições orgânicas se encontram devidamente explicitadas no texto constitucional; de um lado, polícias de natureza e regime jurídico civis, voltadas à apuração penal e à constituição dos processos judiciais, e, de outro, organizações policiais de cunho castrense, destinadas ao policiamento ostensivo e à preservação da ordem pública.

Analisando-se a questão sob uma ótica ainda mais palpável, tem-se que a preservação da ordem pública, atividade cá inerente a órgãos de policiamento ostensivo, e a atribuição investigativa, típica de nossas polícias judiciárias – para as quais há os correspondentes concursos públicos para cargos de provimento efetivo –, são papéis *complementares*, porém tão distintos entre si como as funções acusadora e judicante, guardadas as devidas proporções. Este é o modelo brasileiro, bem como cada país do mundo, naturalmente, possui o seu próprio [[27]].

Isso posto, é preciso compreender, então, em que consistiria a realização de uma atividade profissional de cunho jurídico. Neste sentido, o próprio Conselho Nacional de Justiça [[28]] estabelece a definição de *atividade jurídica*. Veja-se [[29]]:

“Art. 59. Considera-se atividade jurídica, para os efeitos do art. 58, § 1º, alínea “j”:

I - aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito;

II - o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei nº 8.906, 4 de julho de 1994, art. 1º) em causas ou questões distintas;

III - o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;

IV - o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 (dezesesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano;

V - o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios”. (grifo nosso).

Portanto, no tocante à natureza da atividade exercida pelo delegado de polícia, vê-se que se trata de um cargo para cujo ingresso se exige, em *todas* as polícias judiciárias do país, bacharelado em Direito [[30]], e, em algumas dessas instituições, prévia experiência jurídica ou policial [[31]], integralmente conforme o inciso I do artigo 59 da Resolução nº 75/2009 do CNJ; ademais, em perfeita harmonia com o inciso III do mesmo artigo, não há margem a dúvida de que do delegado de polícia se exige, no exercício de seu cargo, o uso preponderante e continuado do conhecimento jurídico – condição *sine qua non* para o ingresso na carreira – que detém.

No mesmo sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal; no julgamento da ADI 3.460/DF, o Ministro Carlos Ayres Britto (Relator) assim se manifestou [[32]]:

“Atividade jurídica’, então é fraseado significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de bacharelado em Direito. A formal obtenção de conhecimentos que são o próprio núcleo ou a própria grade curricular do curso superior de ciência jurídica. Conhecimentos, além do mais, aplicados [...] em atividade ou função que o Direito categorize como privativas daqueles que, justamente, se diplomem em curso superior de Direito.

[...]

Há exceções, reconheço, nesse plano de preparo técnico para a solução de controvérsias. E elas estão, justamente, nas atividades policiais e de natureza

cartorária. É que a Constituição mesma já distingue as coisas. Quero dizer: se a atividade policial diz respeito ao cargo de delegado, ela se define como de caráter jurídico [...] Isto porque: a) desde o primitivo § 4º do art. 144 da Constituição que o cargo de delegado de polícia é tido como equiparável àqueles integrantes das chamadas ‘carreiras jurídicas’. (grifo nosso).

Ainda na Corte Suprema, por ocasião do julgamento da ADI 761/RS, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, foi reconhecida como constitucional a vinculação de aumentos e a equiparação remuneratória das carreiras de delegado de polícia e procurador do Estado, em aplicação ao princípio da isonomia (à luz do original artigo 241 da Constituição); considerou, todavia, ofensiva à Constituição a norma estadual quando de correspondente equiparação, aos procuradores do Estado, dos oficiais da polícia castrense sul-rio-grandense, asseverando ser impossível “reconhecer à carreira dos oficiais de Polícia Militar atribuições sequer assemelhadas às da carreira jurídica de procurador de Estado” [[33]] (grifo nosso).

Semelhante constatação é realizada no âmbito doutrinário. Como bem assinalou Pinto [[34]]:

“Deve-se recordar que o delegado de polícia possui, obrigatoriamente, formação jurídica e assume as funções que lhe são inerentes mediante a aprovação em concurso público, tal qual juízes, promotores e demais membros das chamadas carreiras jurídicas. Inexiste, outrossim, qualquer subordinação hierárquica entre o delegado de polícia, o promotor de justiça e o juiz de direito. Essas impressões são reforçadas pela lei 12.830/2013, que, em seu art. 2º, identifica as funções de polícia judiciária como de natureza jurídica e determina que ao delegado de polícia seja dispensado ‘o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados’ (art. 3º).” (grifo nosso).

Nicolitt vai além. Segundo o autor, a função de polícia judiciária, a despeito de não figurar, topograficamente, no capítulo das “funções essenciais à justiça” na Constituição da República, implicitamente consiste, verdadeiramente, em função essencial à justiça, por fortalecer o sistema acusatório, uma vez que as polícias judiciárias têm na apuração

de infrações penais a sua missão precípua, ao passo que o magistrado está desprovido, nesse modelo, da função investigativa na busca pela verdade dos fatos [[35]]. Tourinho Filho assinala que não há diferença entre o *status* das convicções jurídicas manifestadas por operadores do Direito, os quais possuem igual formação jurídica, manifestadas num mesmo patamar – apenas em momentos distintos [[36]].

Lima, com ênfase, remata: “se levarmos em consideração que o cargo de Delegado de Polícia é privativo de bacharel em Direito (Lei nº 12.830/13, art. 3º) e que o exercício de suas funções guarda relação direta com a aplicação concreta de normas jurídicas aos fatos que lhe são apresentados, como ocorre, por exemplo, com a lavratura de auto de prisão em flagrante, indiciamento, representação por decretação de medidas cautelares, é no mínimo estranho admitir que o exercício de tais funções não tenha natureza jurídica” [[37]] (grifo nosso).

Uma vez estabelecida, com alicerce no sistema constitucional, a natureza jurídica da atividade desempenhada pelo delegado de polícia, é forçoso ressaltar que o mister do cargo engloba as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais conduzida pela autoridade policial, legalmente assentadas não apenas como de natureza jurídica, mas igualmente essenciais e exclusivas de Estado, na forma do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013 [[38]].

2.3 “Compete ao MP dirigir as investigações no inquérito”.

O terceiro ponto invocado da inicial em questão remete, grosso modo, ao papel do investigador policial e, por extensão, à *finalidade* da própria investigação criminal preliminar no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que expressamente assinalado naquela peça exordial que “compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal” (grifo nosso) – inclusive as investigações policiais, “a serem realizadas no inquérito” policial, este o principal procedimento apuratório formal a cargo das polícias judiciárias no Brasil –, sob a alegação de que o poder requisitório do *Parquet* (art. 129, inc. VIII, da CRFB) encontraria alguma *sinonímia* com a condução “de inquérito policial e de outros procedimentos investigatórios”, acrescentando, neste ponto, que delegados de polícia,

não raramente, estar-se-iam recusando “a realizar diligências requisitadas pelo Ministério Público” sob justificativas de autonomia, independência funcional e afins [[39]].

Alguns comentários necessitam ser aqui tecidos a respeito do parágrafo antecedente, sendo o primeiro deles relacionado ao poder requisitório do Ministério Público, por meio do qual o órgão ministerial, no desempenho de sua *função fiscalizatória*, terá a potestade de requisitar do delegado de polícia – na qualidade de autoridade policial – a instauração de inquérito policial e a realização de diligências investigatórias [[40]] [[41]].

De acordo com Gomes e Scliar, com fundamento na própria Constituição, o poder requisitório do *Parquet* é limitado “pela necessidade de fundamentação de suas manifestações e pela ampla discricionariedade que tem o delegado de polícia na condução do apuratório, tendo plena autonomia técnica e tática na direção da investigação, podendo por isso mesmo rejeitar, sempre fundamentadamente, requisições impertinentes, desarrazoadas ou apresentadas a destempo” [[42]]. Destarte, o delegado de polícia estaria, de fato, vinculado ao cumprimento da requisição, porém esta não é e nem pode ser equiparada a uma *ordem*, “pois nem o representante do Ministério Público, nem tampouco o juiz, são superiores hierárquicos do delegado, motivo pelo qual não lhe podem dar ordens”; assim, o que lhe exige cumprimento é a *lei*, e não a “vontade particular do promotor ou do magistrado” [[43]]. Vale frisar, ainda, que o *Parquet* apenas poderá requerer a devolução dos autos do inquérito policial ao delegado de polícia para a realização de diligências complementares se estas forem reputadas “imprescindíveis ao oferecimento da denúncia” [[44]].

O que se aventou na peça vestibular sob análise, no tocante à declarada *direção* ou *condução* da investigação policial pelo Ministério Público em virtude do poder requisitório ministerial, por outro lado, foi bastante além de reconhecer que o órgão pode empreender, por autoridade própria, apurações criminais – em procedimentos investigatórios sob a sua presidência –, ou que se prestaria, segundo o Ministro Roberto Barroso (Relator) no julgamento de medida cautelar na ADI 5.104/DF, a “orientar a condução das investigações” [[45]] policiais (grifo nosso); a deliberada escolha dos vocábulos utilizados mais sugere a pretensão de sujeitar a autoridade policial do delegado

ao crivo do *Parquet*, mitigando-lhe a presidência do próprio procedimento investigatório de polícia judiciária, em afronta ao ordenamento jurídico brasileiro [[46]] [[47]]. Sem manobra semântica: qualquer pessoa nota a límpida distinção entre “conduzir” e “orientar a condução” de um veículo automotor, por exemplo.

Como é cediço, não foi adotado no Brasil o modelo de unidade de instrução criminal; o sistema de persecução penal brasileiro se divide em investigação criminal preliminar e ação penal, sendo a maior expressão daquela, sem dúvida alguma, o inquérito policial. De acordo com Campos, “[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos... [...] Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única?” [[48]] (grifo nosso).

Em igual sentido, Lima considera a investigação penal preliminar um mecanismo de proteção de direitos e garantias fundamentais, por sua finalidade de evitar a instauração de um processo penal temerário [[49]] (grifo nosso). Assim, para Hoffmann e Nicolitt, a investigação criminal preliminar, “não se limita a eventualmente fornecer subsídios para a ação penal, sendo sua principal missão servir como filtro contra processos levianos e com isso proteger direitos fundamentais. Destarte, diferentemente do que indica o senso comum, a principal função do inquérito policial é a preservadora, e não a preparatória”. [[50]]

Segundo ensinam Gomes e Scliar, a condução do inquérito policial pelo delegado de polícia “atende ao princípio da isonomia, na medida em que é presidido por autoridade desvinculada dos eventuais futuros órgãos da acusação e da defesa, com o único compromisso de investigar a verdade sobre o fato e sua autoria”. Para os referidos autores, o “delegado de polícia não está a serviço do Ministério Público, mas do Estado, como autoridade investida de parcela do múnus público no escopo de esclarecer a existência de fatos ilícitos e sua autoria” [[51]] (grifo nosso).

Dúvida não parece haver, pois, de que os órgãos incumbidos da função investigatória criminal no Brasil, seja tal potestade extraída diretamente do texto constitucional expresso (v. g., polícias judiciárias e comissões parlamentares de inquérito), seja conferida mediante *interpretação constitucional*, como ao Ministério Público, dirigirão os seus próprios procedimentos investigatórios, apurações essas formal e materialmente conduzidas pelas respectivas autoridades que as presidirem. No caso do inquérito policial e dos demais procedimentos de polícia judiciária, por óbvio, a direção das investigações caberá ao delegado de polícia, tendo o *Parquet*, nesses casos e com as palavras de Lopes Jr. e Gloeckner, uma atuação apenas “secundária, acessória e contingente, pois o órgão encarregado de dirigir o inquérito policial é a polícia judiciária” [[52]]. Mirabete também deixa bem evidente que “a atribuição para presidir o inquérito policial é deferida, agora em termos constitucionais, aos delegados de polícia de carreira” [[53]].

Assim sendo, na condução dos inquéritos e demais procedimentos investigativos policiais, cabe ao delegado de polícia – da peça instauradora (auto flagrancial ou portaria) ao relatório conclusivo do feito investigatório – decidir acerca das próximas diligências, sobre o momento adequado de sua execução, relativamente às técnicas, métodos e ferramentas de investigação e inteligência policial necessárias à obtenção da prova e, finalmente, promover a análise técnico-jurídica de todo o contexto fático, potencialmente criminoso, apurado [[54]].

No dizer de Gomes e Scliar: “a autoridade policial, munida do poder discricionário na condução da investigação, só deve satisfazer à lei. [...] Aqui, o delegado de polícia age com ampla liberdade em função da natureza da atividade que realiza. A condição de autoridade que reveste o cargo de delegado, faz com que aja com completa independência na condução da investigação policial, desautorizando qualquer determinação que seja contrária à sua convicção” [[55]]. (grifo nosso). É precisamente este, afinal de contas, o último e, provavelmente, mais relevante elemento a ser considerado quanto à petição inicial da ADI sob exame, e, em última análise, à pesquisa acadêmica mesma.

2.4 “Não cabe ao delegado emitir qualquer juízo de valor”.

No quarto e último aspecto extraído da peça introdutória em estudo, tem-se a manifesta assertiva de que “não cabe à polícia realizar análise jurídica de fatos e provas, salvo no estritamente indispensável à atividade investigatória, como ao propor ao Ministério Público requerimento de medidas cautelares penais, por exemplo”, sob pena de assim levar os delegados de polícia a “despender tempo em análises jurídicas que lhes são alheias e serão inúteis para futura ação penal” [[56]]. Em similar sentido, Rangel assevera que “não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio [...] pois sua função no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória” [[57]].

Hoje, doutrina e a jurisprudência pátrias seguem, majoritariamente, caminho vetorialmente oposto. Lima afiança que o delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, conduz o inquérito policial e demais procedimentos apuratórios policiais de acordo com o seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade, porquanto [[58]]:

“[...] o livre convencimento do Delegado de Polícia deriva do fato de o inquérito policial ser um procedimento discricionário (CPP, art. 14). A isenção e imparcialidade, por sua vez, são consectários lógicos dos princípios da impessoalidade e moralidade, previstos expressamente no art. 37, caput, da Constituição Federal”. (grifo nosso).

Em sentido similar, Habib e Hoffmann assinalam que o delegado de polícia não só pode como deve emitir juízo de valor do inquérito policial, já que a sua atividade não é *mecânica e automática; assim, ao detectar a presença de materialidade e autoria do fato apurado, o delegado tem a obrigação de realizar, para os citados autores, análises como a tipificação formal e material da infração penal, concurso de crimes, qualificadoras e causas de aumento de pena, nexos de causalidade, tentativa, desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior, crime impossível, justificantes e dirimentes, conflito aparente de leis penais, incidência ou não de imunidade, erro de tipo, dentre diversas outras* [[59]].

Portanto, uma vez que cabe ao delegado de polícia conduzir, discricionariamente, o procedimento de polícia judiciária que titulariza destinado à apuração de fato

potencialmente delituoso, ele tomará decisões não apenas técnico-científicas, mas também de acordo com o seu convencimento jurídico [[60]]. Isso porque a investigação policial implica não só o domínio de fato dos atos apuratórios pela polícia judiciária, mas também a autonomia plena dos atos investigativos, sem que, necessariamente, o Ministério Público venha a se manifestar, *a priori*, sobre eles. De igual maneira, sobre os atos não alcançados pela chamada reserva de jurisdição tampouco se cogita qualquer interferência judicial [[61]].

Que não se olvide: a exigência de motivação é, atual e legitimamente, tida como indispensável em qualquer tipo de ato, e é, provavelmente, uma das maiores conquistas em termos de garantia da legalidade dos atos administrativos [[62]]. Portanto, parece impossível conceber a atividade investigativa criminal pautada em uma coletânea automatizada de evidências, limitada por uma estanque, arbitrária e parva função de conformação de condutas aos tipos penais.

O próprio legislador igualmente entendeu que o “delegado de polícia não é um mero aplicador da lei, mas um operador do direito, que faz análise dos fatos apresentados e das normas vigentes, para então extrair as circunstâncias que lhe permitam agir dentro da lei, colhendo as provas que se apresentarem importantes, trazendo a verdade à tona [...] A atividade do delegado de polícia, por lidar diretamente com a proteção de direitos individuais especialmente tutelados pelo Estado, demanda profissionais qualificados e o seu reconhecimento em sede de legislação federal” [[63]] (grifo nosso).

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal reconhece como “inquestionável” o “significativo relevo” do franco convencimento motivado do delegado de polícia na condução das investigações criminais de polícia judiciária, tomando – no julgamento do HC 133.835 MC/DF – como “juridicamente expressiva” a circunstância de que [[64]]:

“O indiciamento, que não se reduz à condição de ato estatal meramente discricionário, supõe, para legitimar-se em face do ordenamento positivo, a formulação, pela autoridade policial (e por esta apenas), de um juízo de valor fundado na existência de elementos indiciários idôneos que deem suporte à

suspeita de autoria ou de participação do agente na prática delituosa” (grifo nosso).

Em vertente análoga, o Ministro Roberto Barroso (Relator), no julgamento do INQ 4621/DF, ressaltou que o “indiciamento, a denúncia e a sentença representam, respectivamente, atos de competência privativa do Delegado de Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário, sendo vedada a interferência recíproca nas atribuições alheias, sob pena de subversão do modelo acusatório, baseado na separação entre as funções de investigar, acusar e julgar” (grifo nosso), daí por que a nenhum outro órgão cabe se intrometer numa competência privativa da autoridade policial presidente de investigação criminal [[65]].

Por essas razões, cabe ao delegado de polícia a missão de, efetivamente, realizar juízo de valor – ainda que de cognição sumária, tendo-se em conta que será verificada *a posteriori* pela instância jurisdicional; trata-se, para Habib e Hoffmann, de uma garantia do cidadão a de ter um operador do Direito conduzindo a investigação penal, em vez de “um mero arquivista de provas” [[66]]. Deste modo, o juízo de valor (juridicamente motivado) realizado pela autoridade policial funciona como um “verdadeiro fator de contenção de qualquer abuso por parte do Estado”, garantindo ao cidadão a devida segurança jurídica, há muito erguida ao patamar de princípio e, portanto, norma cogente que deverá ser observada pelo delegado de polícia, enquanto primeiro garantidor dos direitos fundamentais do cidadão. Não há mais espaço, por absoluta incompatibilidade com os parâmetros do Estado Constitucional de Direito, para o ultrapassado entendimento segundo o qual o autor do fato é “mero objeto de investigação, e não sujeito de direitos” [[67]].

Antes de seguir: credora de não mais que breves considerações, a assertiva de que caberia ao delegado de polícia, no exercício de seu múnus, “propor ao Ministério Público requerimento de medidas cautelares penais” é não apenas juridicamente equivocada, como é *contra legem*. Como ensina Sannini Neto, a representação não consiste em um *pedido*, pois só quem pede são as partes do processo; então, “funciona como uma recomendação, uma sugestão ou uma advertência” *ao juiz* sobre “os fatos e fundamentos que demonstram e justificam

a necessidade da decretação de uma medida cautelar ou a adoção de outra medida de polícia judiciária indispensável à solução do caso” [[68]].

Segue o autor explicando que a representação do delegado consiste em um ato jurídico-administrativo, “de atribuição exclusiva do Delegado de Polícia e que pode ser traduzido como verdadeira capacidade postulatória imprópria”, pois que “o fato de o delegado de polícia não ter legitimidade para recorrer apenas demonstra que ele não é parte no processo. Mas daí a negar a sua capacidade de provocar o Poder Judiciário nos parece haver uma certa distância. Isto, pois, conforme exposto, trata-se de uma capacidade postulatória imprópria, uma verdadeira *legitimatío propter officium*, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo delegado de polícia” [[69]] (grifo do autor).

Reafirmando diversas das atribuições inerentes à condução das investigações criminais pelo delegado de polícia, o Ministro Roberto Barroso, em ofício de resposta ao pedido de informações do Ministro Dias Toffoli na Suspensão de Liminar nº 1.252, verdadeiramente fulminou todos os argumentos do órgão peticionário [[70]] rechaçados, um a um, ao longo do presente trabalho científico. Senão, veja-se [[71]]:

“19. **Em primeiro lugar, a autoridade policial tem, sim, legitimidade para representar pela realização de medidas de investigação.** O art. 144 da Constituição, em seu §1º, IV, atribui expressamente à Polícia Federal a função de polícia judiciária – que consiste essencialmente no poder de investigação de crimes [...]. **É o delegado de polícia a autoridade responsável pela condução do inquérito policial**, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais [...]

20. **Não há fundamento jurídico para retirar da autoridade policial a legitimidade para o requerimento de meios de obtenção de provas, que é inerente à função de polícia judiciária.** [...] Exigir a concordância do Ministério Público para o deferimento da medida é o mesmo que negar legitimidade à autoridade policial. O Ministério Público deve ser ouvido a respeito da representação, mas seu parecer não é vinculante.

21. Mesmo nos inquéritos de competência originária do Supremo Tribunal Federal – apesar de a sua *instauração* depender de manifestação do Procurador-Geral da República e da autorização do Supremo Tribunal Federal –, a condução da investigação continua a cargo da Polícia Federal, que mantém, conseqüentemente, sua legitimidade para representar por medidas investigativas que entender pertinentes.

[...]

24. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de ressaltar que [...] a autoridade policial não está vinculada, na representação por meios de obtenção de provas, ao parecer ministerial [...]

26. [...] A Constituição, a lei e o Regimento Interno do STF garantem à autoridade policial a legitimidade para o requerimento de meios de obtenção de provas, independentemente da concordância do Ministério Público". (grifo nosso e do autor).

Mais elucidativo, impossível.

CONCLUSÃO

Isso posto, tem-se o delegado de polícia não apenas como a *primeira autoridade* do Estado a atuar, diretamente, na apreciação e na preservação de direitos fundamentais, mas também como o dirigente da investigação criminal de polícia judiciária, a qual compreende, na busca pela verdade (possível) dos fatos, aspectos técnico, científico e jurídico.

O plano técnico está relacionado à pesquisa, de campo ou não, e à coleta de dados e informações destinadas ao esclarecimento da autoria, das circunstâncias e da motivação de infrações penais, bem como está ligado à pesquisa e à coleta de dados e informações destinadas, no interesse da investigação criminal, à identificação de pessoas, inclusive no tocante à conduta social dos investigados [[72]].

O aspecto científico vislumbrado na investigação criminal está associado, principalmente, ao trabalho empreendido pelos órgãos de perícia criminal, consistente no levantamento, na coleta, na identificação e na preservação dos vestígios de possíveis

infrações penais, bem como na análise criminalística, laboratorial e especializada desses vestígios, consignando-se em laudo pericial, como requisitado pela autoridade policial, quais evidências materiais do fato, afinal, se revelaram [[73]].

Finalmente, o aspecto jurídico da investigação criminal está relacionado tanto à observância das regras e princípios convencionais, constitucionais, legais e regulamentares aplicáveis às diligências e ao processo investigatório em si, quanto à formalização dos dados e das informações e medidas necessárias ao esclarecimento do fato potencialmente criminoso [[74]]. Assim, o delegado de polícia não só pode, como *deve* proceder à análise técnico-jurídica do que lhe é noticiado, por meio do que se pode nominar *independência técnico-jurídica* da autoridade policial – que não se confunde com uma suposta independência funcional.

Em interessante paralelo com o poder requisitório do Ministério Público, a propósito, o delegado de polícia possui o poder de “requisitar a particulares, a agentes públicos, bem como a estabelecimentos públicos ou privados o auxílio necessário à identificação e instrumentalização das provas, a exemplo, da requisição de imagens registradas por circuito interno de gravação próprio e de informações não acobertadas por sigilo legal, materializando-as na investigação policial” (v. g., artigos 13-A e 13-B do Código de Processo Penal) [[75]] [[76]]; mais ainda: o delegado de polícia tem a autoridade de *requisitar* exames de natureza pericial ao médico-legista e ao perito criminal (v. g., artigo 6º, inc. VII, do CPP) – e estes servidores gozam, por força de lei, de “autonomia técnica, científica e funcional” no exercício da atividade de perícia oficial [[77]], sem que isso consista em empecilho ao trabalho investigativo criminal conduzido pela autoridade policial.

Assim, a independência técnico-jurídica do delegado de polícia nada mais seria do que a garantia conferida à autoridade policial de interpretação do ordenamento jurídico com isenção, imparcialidade e de modo fundamentado, para a formação do seu convencimento no exercício de suas atribuições; noutro dizer, é a prerrogativa do delegado de polícia de decidir racionalmente, segundo a sua convicção pessoal motivada – e esta é uma verdadeira expressão do garantismo jurídico-penal.

É uma consagração *garantista*, afinal, somente implicar, em procedimento investigatório criminal preliminar, aquele sobre o qual se tenham reunido bastantes indícios de autoria e demonstrada a materialidade delituosa; para tanto, não bastam que as provas do que se apura sejam obtidas por meios legítimos, nem o respeito e a observância dos direitos fundamentais, sem que lhes acompanhe o emprego, pelo delegado de polícia, na condução da atividade investigativa policial, de todo o conhecimento jurídico inerente ao exercício do seu cargo, porque é somente por meio do prisma jurídico de sua atuação que o investigado e, eventualmente, indiciado [[78]] será o *sujeito, e não o objeto da investigação*.

É isso o que o delegado de polícia faz, e deve fazer, quando, por exemplo, reconhece a atipicidade material da conduta patrimonialmente bagatelar e *aplica*, por meio do axioma ferrajoliano *nulla necessitas sine injuria* [[79]], o princípio da insignificância, deixando de autuar o conduzido em flagrante delito de modo desnecessário (isto é, sem justificativa para a repressão penal estatal), injusto e juridicamente incorreto [[80]].

Mesma coisa a autoridade policial deve – efetivamente – fazer quando, a título de exemplo, estiver diante de um indivíduo que, malgrado praticante de um fato penalmente típico, agiu *indubitavelmente* amparado por excludente de ilicitude; se conduzido em estado supostamente flagrancial, abster-se-á de autuá-lo o delegado de polícia, pelo simples fato de que, à luz da teoria finalista da ação [[81]] de Welzel, sua conduta jamais se amoldaria ao conceito analítico de crime.

Ora, se tanto a Constituição da República quanto a legislação infraconstitucional consagraram a expressão “flagrante delito”, e não, decerto, “flagrante de fato típico”, como admitir-se por *juridicamente sustentável* a tese de que o delegado de polícia estaria compelido a autuar em flagrância delitiva alguém que ele próprio entende não ter praticado – grifa-se – um *delito*? Limitar-se-ia, a uma, o papel da autoridade policial, no sistema jurídico-constitucional pátrio, ao de mero *chancelador automatizado de capturas decididas* pelos agentes da autoridade – ilegalidades à parte? Como se poderia exigir do delegado de polícia, a duas, um atuar que lhe faria incorrer, fatalmente, na prática de crime de abuso de autoridade, à luz da nova Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 (art. 9º, *caput*) [[82]]?

Seria cabível, de outra sorte, ao delegado de polícia – em exemplo grosseiro – indiciar o oficial de justiça que, em fiel cumprimento de mandado judicial, adentrou imóvel no período diurno sem o consentimento do morador, mesmo em estrito desempenho de sua função (porquanto típico, em tese, o fato em apreço)? Esse questionamento pode ser respondido invocando-se o princípio ferrajoliano da culpabilidade [[83]] (*nulla actio sine culpa*), porém não estaria a hipótese aventada abarcada por assertivas como “não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos” [[84]] (grifo nosso), que nada mais parecem preconizar que seu trabalho estaria cingido à mera verificação do liame causal entre a conduta do agente e a lesão (ou ameaça de lesão) ao bem jurídico penalmente tutelado, *i. e.*, responsabilização penal objetiva?

É primordial ressaltar que a pesquisa científica empreendida almejou não se ater ao embate argumentativo entre vertentes juridicamente opostas, tendo o escopo de se ir muito além do campo teórico, buscando o melhor caminho para evitar e sanar problemas *de verdade*.

Tomando como exemplo a ilustrativa adaptação de um caso real, ocorrido numa unidade da Federação anos atrás: um indivíduo constrangeu duas mulheres, mediante grave ameaça com arma de fogo, a com ele ter conjunção carnal; enquanto consumava o estupro de uma das vítimas, a outra conseguiu se desvencilhar do criminoso, tomando-lhe a arma e contra ele efetuando um disparo, ceifando-lhe a vida. Ninguém teve qualquer dúvida, sequer o delegado de polícia responsável pela ocorrência, que a mulher – vítima da ação delitiva – agira amparada pela excludente de antijuridicidade da legítima defesa, real, própria e de terceiro, não tendo praticado, de tal sorte, crime algum com a sua conduta estritamente defensiva, ao empregar moderadamente os meios cabíveis ao caso. O problema?

Aquela autoridade policial, seguindo *fielmente* o que a maioria das obras de Direito Processual Penal que havia estudado até então propugnavam, se viu juridicamente acuada a não emitir qualquer juízo de valor na apuração do ocorrido, limitando-se à mera verificação da adequação entre a conduta realizada (e o resultado alcançado) e o tipo penal incriminador, jamais ousando reconhecer formalmente que aquele fato típico (matar

alguém) era, por óbvio, *lícito*. Destarte, viu-se tal delegado de polícia desprovido de alternativas jurídicas, e acabou por autuar a mulher em flagrância delitiva de homicídio – causando, como se era de imaginar, uma comoção midiática e social sem precedentes. É claro que, após a execração pública da autoridade policial, essa situação acabaria, eventualmente, contornada juridicamente “pelos atores integrantes das carreiras jurídicas”.

Parece indeglutível que, hodiernamente, tal posição possa ser sustentada – ainda que abstrusa e obliquamente – no meio jurídico, mediante sofismas voltados a reescrever à lápis o papel dos órgãos de persecução criminal no Brasil. O inquérito policial, ao promover a coleta imparcial de vestígios e ao preservar direitos fundamentais, serve como uma “barreira contra acusações draconianas”, sem reducionismos antidemocráticos [[85]]; queira-se ou não, o delegado de polícia consiste, na qualidade de autoridade policial, em ninguém menos que “o primeiro juiz do fato” [[86]], “o primeiro garantidor da legalidade e da Justiça” [[87]], contanto que dotado de independência técnico-jurídica na realização do seu mister.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELMO, Márcio. *A presidência do inquérito policial e a requisição de diligências*. Consultor Jurídico, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-15/academia-policia-presidencia-inquerito-policial-requisicao-diligencias>>. Acesso em: 02 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*: parte geral, v. I. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 75**, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos

do Poder Judiciário nacional. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=100>>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Disponível em: <http://leis.alesec.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. **Constituição do Estado do Amazonas de 1989**. Disponível em: <<http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/CEAM-Atualizada-ate-EC-96-de-2017.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. **Lei n. 12.030**, de 17 de setembro de 2009. Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12030.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. **Lei n. 12.830**, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. **Lei n. 13.869**, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4979565>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Senado Federal. **Parecer n. 328/2013**, acerca do Projeto de Lei n. 132/12 (convertido na Lei n. 12.830/2013). Relator: Senador Humberto Costa. Brasília, 24 abr. 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3933464&ts=1567533612127&disposition=inline>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 7º, *caput* e parágrafo único, da Resolução n. 35/2002, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: ação improcedente. **ADI 3.460/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 31 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=464552>>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Atribuição de isonomia com as demais carreiras jurídicas e independência funcional ao cargo de delegado de polícia: inconstitucionalidade formal e material. **ADI 5.536/AM**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 set. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750960547>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Atribuição de status de função essencial à justiça e de independência funcional ao cargo de delegado de polícia: inconstitucionalidade formal e material. **ADI 5.520/SC**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 06 set. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341197199&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.696, de 24 de julho de 1992, do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de excluir a interpretação que possibilite a aplicação do dispositivo aos oficiais da Polícia Militar do Rio Grande do Sul. **ADI 761/RS**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 30 set. 1993. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1543885>>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Indiciamento: ato estatal necessariamente fundamentado que se inclui na esfera de privativa competência do delegado de polícia (Lei n. 12.830/2013, art. 2º, § 6º). **HC 133.835 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4958071>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Indiciamento: ato privativo da autoridade policial. **INQ 4.621/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338903135&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ofício n. 3/2019/GMLRB. **Resposta ao pedido de informações na Suspensão de Liminar nº 1.252**. Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-oficio-barroso-toffoli-busca.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Poderes de investigação do Ministério Público: constitucionalidade, por maioria. **RE 593.727/MG**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307671331&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Princípio da insignificância: incidência. Causa supralegal de exclusão da tipicidade material. **HC 145.406/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC145406.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Resolução n. 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral: instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. **MC na ADI 5.104/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 21 maio 2014. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>.

Acesso em: 30 set. 2019.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, de 8 de setembro de 1941.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHOUKR, Fauzi. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

GARCEZ, William. **O direito criminal, o delegado de polícia e o estado democrático de direito**. Canal Ciências Criminais, mar. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-direito-criminal-o-delegado-de-policia-e-o-estado-democratico-de-direito/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

GOMES, Luiz; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Jusbrasil, out. 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>>. Acesso em: 29 set. 2019.

HABIB, Gabriel; HOFFMANN, Henrique. **Delegado pode e deve emitir juízo de valor no inquérito policial**. Consultor Jurídico, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opiniao-delegado-emitir-juizo-valor-inquerito>>. Acesso em: 26 set. 2019.

HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. **Negar imparcialidade da Polícia Judiciária é erro grave**. Consultor Jurídico, fev. 2019. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/opiniao-negar-imparcialidade-policia-judiciaria-erro-grave>>. Acesso em: 26 set. 2019.

LIMA, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZILLI, Hugo. Princípios institucionais do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: AMP/RS, n. 73, jan-abr 2013. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

MIRABETE, Julio. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Jeferson. Lei n. 12.830/2013: as garantias do delegado de polícia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 18, n. 3.648, jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24795>>. Acesso em: 02 out. 2019.

PINTO, Ronaldo. **Da possibilidade do delegado de polícia decretar medidas protetivas em favor da vítima de crimes perpetrados no âmbito doméstico**. Migalhas, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241074,101048-Da+possibilidade+do+delegado+de+policia+decretar+medidas+protetivas>>. Acesso em: 26 set. 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

SANNINI NETO, Francisco. O Delegado de Polícia e a sua capacidade postulatória. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, v. 1, n. 1, 2017.

_____; HOFFMANN, Henrique. **Independência funcional é prerrogativa do delegado e garantia da sociedade**. Consultor Jurídico, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-02/independencia-funcional-prerrogativa-delegado>>. Acesso em: 29 set. 2019.

SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? In: **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

NOTAS:

[1] SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122.

[2] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 687-688.

[3] *Ibidem*, p. 74-75. São eles, segundo o referido autor: “1) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariade, também no sentido *lato* ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade”.

[4] *Ibidem*, p. 390.

[5] BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. I. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

[6] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, p. 382.

[7] “Art. 106. A Polícia Civil, dirigida por delegado de polícia, subordina-se ao Governador do Estado, cabendo-lhe:

[...]

§ 4º O cargo de Delegado de Polícia Civil, privativo de bacharel em Direito, exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica, vedada a vinculação a quaisquer espécies remuneratórias às demais carreiras jurídicas de Estado. (*Redação do § 4º, incluída pela EC n. 61/2012*).

§ 5º Aos Delegados de Polícia Civil é assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária. (*Redação § 5º, incluída pela EC n. 61/2012*)”.

BRASIL. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html>. Acesso em: 21 set. 2019.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Atribuição de status de função essencial à justiça e de independência funcional ao cargo de delegado de polícia: inconstitucionalidade formal e material. **ADI 5.520/SC**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 06 set. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341197199&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

[9] *Ibidem*.

[10] MAZZILLI, Hugo. Princípios institucionais do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: AMP/RS, n. 73, jan-abr 2013, p. 9 e ss. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

[11] “TÍTULO IV - DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

[...]

CAPÍTULO IV - DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

SEÇÃO I - DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

TÍTULO V - DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

[...]

CAPÍTULO III - DA SEGURANÇA PÚBLICA

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

[...]

IV - polícias civis;

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. (grifo nosso). **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2019.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Atribuição de isonomia com as demais carreiras jurídicas e independência funcional ao cargo de delegado de polícia: inconstitucionalidade formal e material. **ADI 5.536/AM**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 set. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750960547>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[13] “Art. 115. À Polícia Civil, instituída por Lei como órgão permanente, estruturada em carreira, dirigida por Delegado de Polícia de carreira, em atividade, com no mínimo 10 (dez) anos de efetivo exercício no cargo, incumbe, ressalvada a competência da União:

[...]

§ 1º A direção da Polícia Civil será exercida, privativamente, por um Delegado de Polícia de carreira, com o título de Delegado Geral de Polícia, nomeado em comissão pelo Governador do Estado. (*Redação do § 1º, incluída pela EC n. 82/2013*).

[...]

§ 3º Aos Delegados de Polícia integrantes das carreiras jurídicas do Estado, é assegurada a isonomia com as demais carreiras jurídicas e a independência funcional no exercício do cargo, garantindo-lhes: (*Parágrafo e alíneas “a” a “c” com redação da EC n. 82/2013*).

a) vitaliciedade, que será adquirida após 03 (três) anos de efetivo exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público; e

c) irredutibilidade de vencimentos”. BRASIL. **Constituição do Estado do Amazonas de 1989**. Disponível em: <<http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/CEAM-Atualizada-ate-EC-96-de-2017.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[14] BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4979565>>. Acesso em: 21 set. 2019.

[15] *Ibidem*.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Poderes de investigação do Ministério Público: constitucionalidade, por maioria. **RE 593.727/MG**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307671331&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[17] *Ibidem*.

[18] *Ibidem*.

[19] *Ibidem*.

[20] *Ibidem*.

[21] “No Direito norte-americano, a teoria dos poderes implícitos propugnava pela ampliação dos poderes do Executivo [...], ao entendimento de que a Constituição, em relação àquele Poder, não era exaustiva, daí decorrendo a possibilidade de se atribuir uma leitura mais ampla que as tarefas enunciadas na Carta Política (*Myers v. United States*). Embora sob outro viés, a aludida doutrina não deixa de caminhar na mesma direção: tratando-se de finalidades (tarefas) atribuídas a determinado Poder Público, há de se lhe possibilitar

o seu cumprimento efetivo”. OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 85-86. Deste modo, dita teoria consagraria o aforismo de “quem pode o mais, pode o menos”, aqui significando que, de o órgão do Ministério Público pode “o mais”, que seria a proposição da ação penal, então pode “o menos”, que corresponderia a promover investigações criminais visando a fundar a sua *opinio delicti*.

[22] “Outro argumento que consta em favor da competência investigatória direta do Ministério Público é a de que, sendo ele titular da ação penal pública, também há de ter o poder de investigação criminal, sob o argumento de que ‘quem pode o mais pode o menos’. Se esse próloquio tem algum valor no campo de direito privado, não sei, mas no campo do direito público, especialmente no direito constitucional, não tem nenhum valor. Não é uma parêmia a que se dá valor de regra interpretativa. O que é mais e o que é menos no campo da distribuição das competências constitucionais? Como se efetua essa medição, como fazer uma tal ponderação? Como quantificá-las? Não há sistema que o confirme. As competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São o que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas, havendo eventualmente regras subentendidas (não poderes implícitos) às regras enumeradas, porque submetidas a essas e, por conseguinte, pertinente ao mesmo titular. Não é o caso em exame, porque as regras enumeradas, explicitadas, sobre investigação na esfera penal, conferem esta à polícia judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas”. SILVA, José. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? In: **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49, 2004, pp. 377.

[23] BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**, op. cit.

[24] Ibidem.

[25] “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios [...]" (grifo nosso). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, op. cit.

[26] É natural imaginar que parcela significativa da população tentará recorrer prontamente ao cardiologista – o médico especializado no estudo e no tratamento do coração e das doenças a ele relacionadas –, e não ao chamado clínico geral, quando acometido de uma patologia cardíaca grave. Igualmente adequado é observar que o engenheiro de produção, o advogado criminalista, o ortodontista, o fisioterapeuta esportivo, o físico nuclear e o próprio cardiologista têm em comum o fato de que são todos *especialistas* em suas respectivas áreas de atuação profissional.

Não é diferente no serviço público brasileiro. A título de exemplo, o Poder Judiciário da União conta não apenas com a chamada *Justiça Especializada*, composta pela Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a

Justiça Militar, mas também com a Justiça Federal (comum), a qual dispõe, por seu turno, de *Varas especializadas* (v. g., Tributárias, Ambientais, Previdenciárias, etc.).

Isso porque especializar atividades, afinal de contas, consiste em um meio evidente de atender à almejada *eficiência* – princípio constitucional expresso da administração pública –, levando a cabo a máxima “*quem quer fazer tudo, acaba não fazendo nada direito*”. Assim, pode-se inferir, à luz do sistema constitucional, que as polícias civis são integradas por *especialistas* nas funções de polícia judiciária e na investigação de crimes, ao passo que as polícias militares são compostas por *especialistas* em policiamento ostensivo e na preservação da ordem pública.

[27] O sistema policial norte-americano conta com *milhares* de organizações policiais, em superposição, no âmbito dos municípios, dos condados e dos estados, além do próprio Executivo federal. O modelo inglês, por seu turno, contabiliza *quarenta e três* forças policiais territoriais – das quais *quatro* são galesas – geridas por autoridades policiais eleitas (*Police and Crime Commissioner*), além de forças policiais especiais (*Special Police Forces*), estas sem delimitação territorial. Importante é ressaltar que não se pode falar em um sistema britânico de polícia – Escócia, pertencente ao Reino Unido, amalgamou algo recentemente *oito* forças policiais territoriais em uma só agência nacional (*Police Service of Scotland*).

O sistema policial espanhol dispõe, nacionalmente, do Corpo Nacional de Polícia (*Cuerpo Nacional de Policía*), instituição de natureza civil subordinada ao Ministério do Interior, e da Guarda Civil (*Guardia Civil*), a qual, apesar do nome, tem natureza militar; além disso, conta com órgãos policiais em níveis regional e local. Já o modelo francês adotou duas forças policiais: a Polícia Nacional (*Police Nationale*), uma organização de estatuto civil, e a Guarda Nacional (*Gendarmerie Nationale*), instituição de caráter militar, ambas ligadas ao Ministério do Interior. Na Itália, por outro lado, há nada menos do que cinco forças de segurança, entre as quais a Arma dos Carabineiros (*Arma dei Carabinieri*), de natureza militar e ligada ao Ministério da Defesa, e a Polícia do Estado (*Polizia di Stato*), de estatuto civil e vinculada ao Ministério do Interior.

A esses, se poderiam somar os sistemas português, canadense, australiano, argentino, chileno e – entre incontáveis outros – o brasileiro, apenas para ilustrar que existem tantos modelos policiais quanto há países espalhados pelo mundo, pois que *todos* foram concebidos, em dado contexto histórico, dentro de suas próprias realidades social e jurídica.

[28] O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 (mais conhecida como a “Reforma do Poder Judiciário”), e é um órgão interno do Poder Judiciário, não estando investido, contudo, de função jurisdicional – seu âmbito de atuação se encontra no campo administrativo, uma vez que foi concebido com o propósito de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, tendo suas funções expressamente regidas pelo texto constitucional republicano (art. 103-B, § 4º, incisos).

[29] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 75**, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=100>>. Acesso em: 27 set. 2019.

[30] ACRE: art. 72, *caput*, da Lei Complementar n. 129, de 22 de janeiro de 2004; ALAGOAS: art. 40, *caput*, da Lei n. 3.437, de 25 de junho de 1975; AMAPÁ: art. 29, § 1º, da Lei n. 883, de 23 de março de 2005; AMAZONAS: anexo III da Lei n. 2875, de 25 de março de 2004; BAHIA: art. 46, § 2º, da Lei n. 11.370, de 04 de fevereiro de 2009; CEARÁ: anexo I da Lei n. 12.387, de 09 de dezembro de 1994; DISTRITO FEDERAL: art. 5º, § 1º, da Lei Federal n. 9.264, de 7 de fevereiro de 1996; ESPÍRITO SANTO: art. 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 844, de 15 de dezembro de 2016; GOIÁS: art. 48, § 1º, da Lei n. 16.901, de 26 de janeiro de 2010; MARANHÃO: anexo III da Lei n. 8.508 de 27 de novembro de 2006; MATO GROSSO: art. 122, § 1º, da Lei Complementar n. 407, de 30 de junho de 2010; MATO GROSSO DO SUL: art. 46, inc. I, da Lei Complementar n. 114, de 19 de dezembro de 2005; MINAS GERAIS: art. 46, § 3º, da Lei Complementar n. 129, de 08 de novembro de 2013; PARÁ: art. 30, *caput*, da Lei Complementar n. 22, de 15 de março de 1994; PARAÍBA: art. 251, inc. I, da Lei Complementar n. 85, de 12 de agosto de 2008; PARANÁ: art. 14, § 1º, da Lei Complementar n. 14, de 26 de maio de 1982; PERNAMBUCO: art. 2º, *caput*, da Lei Complementar n. 317, de 18 de dezembro de 2015; PIAUÍ: art. 25, inc. I, da Lei Complementar n. 37, de 09 de março de 2004; RIO DE JANEIRO: art. 21, inc. I, da Lei n. 3.586, de 21 de junho de 2001; RIO GRANDE DO NORTE: art. 41, § 2º, inc. IV, da Lei Complementar n. 270, de 13 de fevereiro de 2004; RIO GRANDE DO SUL: art. 10, *caput*, da Lei n. 7.366, de 29 de março de 1980; RONDÔNIA: art. 146, § 3º, da Constituição do Estado; RORAIMA: art. 46, inc. VI, "a", da Lei Complementar n. 55, de 31 de dezembro de 2001; SANTA CATARINA: art. 262 da Lei n. 6.843, de 28 de julho de 1986; SÃO PAULO: art. 4º, inc. I, da Lei Complementar n. 1.152, de 25 de outubro de 2011; SERGIPE: art. 127, § 2º, da Constituição do Estado; TOCANTINS: anexo III da Lei n. 2.314, de 30 de março de 2010; UNIÃO (Polícia Federal): art. 2º-B, da Lei Federal n. 9.266, de 15 de março de 1996.

[31] AMAZONAS: anexo III da Lei n. 2875, de 25 de março de 2004; DISTRITO FEDERAL: art. 5º, § 1º, da Lei Federal n. 9.264, de 7 de fevereiro de 1996; ESPÍRITO SANTO: art. 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 844, de 15 de dezembro de 2016; PERNAMBUCO: art. 2º, *caput*, da Lei Complementar n. 317, de 18 de dezembro de 2015; RONDÔNIA: art. 146, § 3º, da Constituição do Estado; SÃO PAULO: art. 4º, inc. II, da Lei Complementar n. 1.152, de 25 de outubro de 2011; UNIÃO (Polícia Federal): art. 2º-B, da Lei Federal n. 9.266, de 15 de março de 1996.

[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 7º, *caput* e parágrafo único, da Resolução n. 35/2002, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: ação improcedente. **ADI 3.460/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 31 ago. 2006. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=464552>>. Acesso em: 26 set. 2019.

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.696, de 24 de julho de 1992, do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de excluir a interpretação que possibilite a aplicação do dispositivo aos oficiais da Polícia Militar do Rio Grande do Sul. **ADI 761/RS**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 30 set. 1993. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1543885>>. Acesso em: 26 set. 2019.

[34] PINTO, Ronaldo. *Da possibilidade do delegado de polícia decretar medidas protetivas em favor da vítima de crimes perpetrados no âmbito doméstico*. Migalhas, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241074,101048-Da+possibilidade+do+delegado+de+policia+decretar+medidas+protetivas>>. Acesso em: 26 set. 2019.

[35] NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

[36] TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 336.

[37] LIMA, Renato. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 181.

[38] BRASIL. **Lei n. 12.830**, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

[39] BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**, op. cit.

[40] “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, op. cit.

[41] Vale o registro de que, para alguns doutrinadores, a requisição judicial seria incompatível com o sistema acusatório e, por essa razão, apenas o Ministério Público poderia proceder, privativamente, à requisição (e somente nos crimes de ação penal pública), por força do art. 129, inc. I, da Constituição da República. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

[42] GOMES, Luiz; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Jusbrasil, out. 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[43] NUCCI, Guilherme. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 90. Por essa razão, inclusive, o autor assinala como “admissível que a autoridade policial refute a instauração de inquérito requisitado por membro do Ministério Público ou por juiz de direito, desde que se trate de exigência manifestamente ilegal”.

[44] “Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução n. 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral: instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. **MC na ADI 5.104/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 21 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 30 set. 2019.

[46] “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

[...]

Art. 10. [...]

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente”. (grifo nosso). BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, op. cit.

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.”

Art. 2º [...]

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

[...]

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias". (grifo nosso). BRASIL. **Lei n. 12.830**, de 20 de junho de 2013, op. cit.

[47] Lopes Jr. e Gloeckner explicam que, "no sistema de investigação preliminar a cargo do MP, o promotor é o diretor da investigação" e "poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária", em "dependência funcional" – que, sem dúvida alguma, não ocorre no Brasil. Daí, obliquamente, válida e reforça o argumento de que as investigações a cargo das polícias judiciárias no Brasil são *dirigidas, conduzidas pelas atinentes autoridades policiais*. LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152.

[48] CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, de 8 de setembro de 1941. Para o autor, o nosso sistema tradicional, com o inquérito policial, "assegura uma justiça menos aleatória e mais prudente e serena".

[49] LIMA, Renato. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 107.

[50] HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. **Negar imparcialidade da Polícia Judiciária é erro grave**. Consultor Jurídico, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/opiniao-negar-imparcialidade-policia-judiciaria-erro-grave>>. Acesso em: 26 set. 2019.

[51] GOMES, Luiz; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**, op. cit.

[52] LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo, op. cit., p. 249.

[53] MIRABETE, Julio. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 86.

[54] ANSELMO, Márcio. **A presidência do inquérito policial e a requisição de diligências**. Consultor Jurídico, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-15/academia-policia-presidencia-inquerito-policial-requisicao-diligencias>>. Acesso em: 02 out. 2019.

[55] GOMES, Luiz; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**, op. cit.

[56] BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**, op. cit.

[57] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91.

[58] LIMA, Renato. **Legislação criminal especial comentada**, op. cit., p. 187.

[59] HABIB, Gabriel; HOFFMANN, Henrique. **Delegado pode e deve emitir juízo de valor no inquérito policial**. Consultor Jurídico, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opiniao-delegado-emitir-juizo-valor-inquerito>>. Acesso em: 26 set. 2019. Em sentido similar: SANNINI NETO, Francisco; HOFFMANN, Henrique. **Independência funcional é prerrogativa do delegado e garantia da sociedade**. Consultor Jurídico, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-02/independencia-funcional-prerrogativa-delegado>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[60] Ibidem.

[61] CHOUKR, Fauzi. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 78.

[62] DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82-83.

[63] BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 328/2013**, acerca do Projeto de Lei n. 132/12 (convertido na Lei n. 12.830/2013). Relator: Senador Humberto Costa. Brasília, 24 abr. 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3933464&ts=1567533612127&disposition=inline>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[64] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indiciamento: ato estatal necessariamente fundamentado que se inclui na esfera de privativa competência do delegado de polícia (Lei n. 12.830/2013, art. 2º, § 6º). **HC 133.835 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4958071>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[65] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indiciamento: ato privativo da autoridade policial. **INQ 4.621/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338903135&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[66] HABIB, Gabriel; HOFFMANN, Henrique. **Delegado pode e deve emitir juízo de valor no inquérito policial**, op. cit.

[67] Ibidem.

[68] SANNINI NETO, Francisco. O Delegado de Polícia e a sua capacidade postulatória. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, v. 1, n. 1, 2017, p. 188-189.

[69] Ibidem.

[70] BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**, op. cit.

[71] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ofício n. 3/2019/GMLRB. **Resposta ao pedido de informações na Suspensão de Liminar nº 1.252**. Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-oficio-barroso-toffoli-busca.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

[72] São exemplos de “investigação criminal técnica” o emprego de métodos de vigilância, campanas e disfarces no trabalho de rua, bem como a realização de entrevistas e de inquirições formais em cartório, intercomunicações com informantes, pesquisas em fontes abertas de dados (como redes sociais), etc.

[73] São exemplos de “investigação criminal científica” os exames necroscópicos, traumatológicos, toxicológicos, histopatológicos, sexológicos, radiológicos, subungueais, clínicos e laboratoriais, o levantamento e a coleta de impressões papilares em locais de ocorrências policiais, os exames periciais de objetos, veículos, documentos, escritos, imagens fotográficas, áudio, vídeo, mídias eletrônicas, meios informáticos, drogas, etc., bem como exames residuográficos, de microcomparação balística, perícias e pesquisas em genética forense, dentre outros.

[74] Fazem parte do primeiro caso não apenas o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana do investigado (como o de não ser torturado na busca por uma confissão, por exemplo), como também, a título exemplificativo, a assistência do advogado quando da realização do interrogatório de seu cliente, *sob pena de nulidade* do ato e de todos os elementos probantes dele decorrentes ou derivados, e o acesso do advogado aos autos do atinente procedimento investigatório, findo ou em andamento, ressalvadas as exceções legais. Fazem parte do segundo caso, quanto à formalização das informações e medidas necessárias ao esclarecimento de um fato potencialmente criminoso, a lavratura do termo adequado de inquirição formal (se um investigado ou indiciado for, a título de exemplo, instado a prestar compromisso de dizer a verdade sobre o que disser e lhe for perguntado, em termo de depoimento e não de interrogatório, sem as devidas advertências quanto ao seu direito de não-autoincriminação, suas informações e as delas decorrentes não terão valor probatório válido, e a investigação policial terá fracassado como instrução preliminar da persecução penal) e, no âmbito das investigações policiais, a própria função de polícia judiciária.

[75] PEREIRA, Jeferson. Lei n. 12.830/2013: as garantias do delegado de polícia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 18, n. 3.648, jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24795>>. Acesso em: 02 out. 2019.

[76] “Art. 2º [...]

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos”. (grifo nosso). BRASIL. **Lei n. 12.830**, de 20 de junho de 2013, op. cit.

[77] “Art. 2º No exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial”. BRASIL. **Lei n. 12.030**, de 17 de setembro de 2009. Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12030.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

[78] Em termos procedimentais, à luz da jurisprudência (v. g., RTJ 176/805-806) e da legislação vigente (v. g., art. 2º, § 6º, da Lei n. 12.830/2013), é possível concluir pela distinção, máxime na fase investigatória da persecução penal, entre as condições de suspeito, investigado e indiciado. Nesse sentido, suspeito (a ser inquirido como declarante) seria aquele sobre o qual pairam meras desconfianças, no curso do inquérito policial, de que possa estar envolvido no crime neste apurado, conquanto não seja sujeito da investigação, a fim de lhe assegurar, de antemão, seu direito constitucional à não autoincriminação; investigado (a ser inquirido na qualidade de interrogado, com todas as advertências concernentes aos direitos e garantias que lhe são assegurados), seria aquele sujeito da investigação criminal, acerca do qual a apuração se realiza quanto à autoria, material ou intelectual, ou à participação; e indiciado, aquele apontado pelo delegado de polícia como o indivíduo sobre o qual recaem indícios bastantes e suficientes de autoria ou participação, em ato formal fundamentado, promovido mediante análise técnico-jurídica do fato objeto de apuração.

[79] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, op. cit., p. 382.

[80] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento segundo o qual, para ser possível a aplicação do princípio da insignificância, excludente da própria tipicidade material, se fazem necessárias: 1) a mínima ofensividade da conduta, 2) a ausência de periculosidade social da ação, 3) ser reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento e 4) a inexpressividade da lesão jurídica causada. Dentre outros: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da insignificância: incidência. Causa supralegal de exclusão da tipicidade material. **HC 145.406/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC145406.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[81] “*La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer ‘finalista’ y no solamente ‘causal’. La ‘finalidad’ o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un*

plan tendiente a la obtención de estos objetivos". WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

[82] "Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa". BRASIL. **Lei n. 13.869**, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

[83] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, op. cit., p. 390.

[84] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, op. cit., p. 91.

[85] HOFFMAN, Henrique. Moderno conceito de inquérito policial. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 28.

[86] NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545.

[87] Palavras do Ministro Celso de Mello, em seu voto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O Ministério Público pode realizar diligências investigatórias para complementar a prova produzida no inquérito policial. **HC 84.548/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 21 jun. 2012, *apud* GARCEZ, William. **O direito criminal, o delegado de polícia e o estado democrático de direito**. Canal Ciências Criminais, mar. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-direito-criminal-o-delegado-de-policia-e-o-estado-democratico-de-direito/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

A CONTRIBUIÇÃO DO SINDICATO NA GARANTIA DE DIREITOS TRABALHISTAS

LUCIA DE FATIMA DA SILVA PARENTE:
Bacharel em Serviço Social pela Faculdade
Terra Nordeste – FATENE. Especialista em
Gestão de Políticas Públicas⁶

Resumo: A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, ou Carta Magna, assegura em seu Artigo 5º que: “todos são iguais perante a lei...” Esse princípio de igualdade nos coloca em posições nas quais não poderemos ser vistos inferior a nenhuma condição. Refletindo sobre o trabalhador e o Artigo 5º da Carta Magna, percebemos várias desigualdades no que se trata de direitos das categorias e observamos que os sindicatos estão á frente da defesa desses direitos, para que, se tratando de trabalho, todos os direitos sejam iguais. Tivemos com essa pesquisa bibliográfica o objetivo geral de entender a contribuição do sindicato na garantia de direitos trabalhistas e como objetivos específicos, buscamos compreender o surgimento dos Sindicatos no Brasil, conhecer o Sindicato dos Assistentes Sociais do Estado do Ceará – Sasec e avaliar algumas legislações de amparo aos sindicatos. A metodologia utilizada foi bibliográfica para chegarmos à conclusão.

Palavras-chave: Sindicato; Direitos; Legislações

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988, also known as the Citizen Constitution, or Magna Carta, ensures in its Article 5 that: “everyone is equal before the law...” This principle of equality places us in positions in which we cannot be seen as inferior. no conditions. Reflecting on the worker and Article 5 of the Magna Carta, we noticed several inequalities when it comes to the rights of the categories and we observed that the unions are at the forefront of defending these rights, so that, when it comes to work, all rights are equal. With this bibliographical research, we had the general objective of understanding the union's contribution to guaranteeing labor rights and as specific objectives, we sought to understand the dynamism of unions in the State of Ceará, get to know the Union of Social Workers of the State of Ceará - Sasec and evaluate some legislation to support unions. The methodology used was bibliographic to reach the conclusion.

Keywords: Union; Rights; Legislations

Introdução

⁶ Email: luciaparente1@hotmail.com

O Brasil é um País que vive o sistema democrático de direito, no qual os brasileiros são amparados por uma Lei maior, a Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto, no Artigo 5º a afirmativa que: “todos são iguais perante a lei...” (Brasil, 1988). Assegurando assim o princípio da igualdade que deve ser exercido na sociedade brasileira. Com a propagação da Constituição Federal de 1988, todo mecanismo de defesa foi citado, em busca da garantia do Estado Democrático de Direitos.

Refletindo sobre o princípio da igualdade, podemos buscar a qualidade de vida e os direitos dos trabalhadores no Brasil. Quem busca assegurar esses direitos? Analisamos algumas bibliografias e aferimos junto às mesmas que, o Sindicato é o espaço de garantia de direitos do trabalhador, no qual busca a igualdade entre capital e trabalho, para que o trabalhador não fique em condições precárias e rendido ao capitalismo.

2. A contribuição do Sindicato na garantia de direitos trabalhistas

Os Sindicatos são espaços coletivos da sociedade que buscam garantir direitos de trabalhadores. De acordo com o Sistema de Gestão para Sindicatos – Sinds (2018) Sindicato é uma associação não política para defesa e coordenação dos interesses sociais, econômicos e profissionais de um grupo, ligados à atividade laboral dos seus integrantes. Trata-se de organizações democráticas que se encarregam de negociar as condições de gerais e relação de trabalho entre associados e instituições, coerentes com interesses de um grupo de profissionais que exerçam a mesma atividade ou atividades semelhantes. Pensamos isso como um direito coletivo.

Para Delgado (2015):

O Direito Coletivo, ao contrário, é ramo jurídico construído a partir de uma relação entre seres teoricamente equivalentes: seres coletivos ambos, o empregador de um lado e, de outro, o ser coletivo obreiro, mediante as organizações sindicais. Em correspondência a esse quadro fático distinto, emergem, obviamente, no Direito Coletivo, categorias teóricas, processos e princípios também distintos. (Delgado, 2015, p. 80).

Podemos compreender que os Sindicatos são compostos por profissionais de uma mesma categoria e buscam condições de trabalhos dignas em um pensamento coletivo que atenda as necessidades de ambas as partes, no sentido de alcançar a justiça social para o trabalhador. Essa organização de trabalhadores é responsável por grandes feitos direcionados à categoria, desde a redução de jornada de trabalho, até a negociação salarial. São assegurados pela Constituição Cidadã. De acordo com Souza (2017) pela primeira vez na história do ordenamento jurídico pátrio, os sindicatos passaram a gozar de ampla

liberdade e autonomia, ficando afastada a possibilidade de intervenção dos entes estatais. Tal direito foi positivado no texto magno.

Inferimos com Souza (2017) que, esses espaços coletivos foram criados para exercerem autonomia, ocupando a vaga na representação da sociedade civil, sem interferência estatal e frente às lutas de defesas de direitos dos trabalhadores. Instrumento de massa frente às demandas apresentadas nas necessidades diárias de qualidade de vida e bem estar social do trabalhador brasileiro.

Ser sindicalizado é um direito da categoria, vale à pena ressaltar que Souza (2017) afirma:

O direito de associação foi garantido como um viés do princípio da liberdade, sendo a liberdade de associação uma das principais características do Estado Democrático de Direito. Com efeito, quando os indivíduos unem-se em busca de um bem comum, seus desejos e vontades passam a ser mais expressivos, o que facilita a obtenção de êxito nas demandas relativas ao grupo. (Souza, 2017, p. 13)

Dessas acepções, podemos ressaltar que é assegurado o direito do trabalhador ser sindicalizado, para que possa ter um espaço de garantia de direitos. Com base em Oliveira Neto (2019) que afirma buscarmos caminhos nos quais mostram que a liberdade sindical se caracteriza como um direito próprio das sociedades democráticas asseguradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em tratados internacionais e convenções da OIT. O trabalhador é a base e o sindicato é o pilar de sustentação da democracia sindical da categoria, onde o mesmo tem e oferta a liberdade de expressão das demandas que emanam dos sindicalizados.

2.1 Algumas legislações de amparo aos Sindicatos

Os Sindicatos são legitimados e assegurados em diversas legislações. Assim sendo, salientamos que entre as referidas Leis, estão:

A Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT:

Art. 570. Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. (BRASIL, 1943).

Outrossim, é que uma vez sindicalizado, a categoria obtém forças para lutar por seus direitos, pois tem como pilar uma organização de defesa ao coletivo e/ou individual nas demandas apresentadas as violações de direitos dos mesmos.

Constituição Federal de 1988 assegura que: Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I — a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II — é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III — ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV — a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V — ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI — é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII — o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII — é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. (BRASIL, 1988).

O sindicato é um espaço jurídico de direito privado que mover-se representando seus sindicalizados. Desta forma, como toda entidade jurídica, o referido necessita de uma

renda para custear as despesas em demandas apresentadas cumprindo devidamente com as obrigações que lhe são pertinentes das categorias.

Consideramos que o Decreto Lei 8740/46, afirma que: "Artigo 511: É livre a organização sindical, em todo o território nacional, para fins de estudo, defesa e coordenação de interesses econômicos ou profissionais." (Brasil, 1946).

A liberdade sindical está prevista na legislação e dessa forma é livre o direito do trabalhador buscar o coletivo de sua categoria para fins de defesas e ampliações de seus direitos, gerando esse acesso ao Sindicato uma contribuição sindical. Em função disso o Sindicato mantém suas despesas e o compromisso com a categoria.

De acordo com Souza (2017):

No atual cenário brasileiro, as entidades sindicais podem beneficiar-se de receitas eventuais, como doações, multas e, além disso, existem também as contribuições que podem ser cobradas dos trabalhadores, tanto dos associados, quanto dos que apenas pertencem à categoria representada, de diferentes formas, quais sejam: a contribuição social, a contribuição assistencial, a contribuição confederativa e a contribuição sindical. (SOUZA, 2017, p. 17).

Compreendemos entre as legislações pesquisadas, que os Sindicatos são assegurados e legitimados e necessitam, para ampliarem as defesas de direitos, da contribuição sindical. Porém, a mesma foi prejudicada com a Reforma da Previdência no ano de 2019 em um governo de desafio a luta e resistência desses e dos demais espaços coletivos, na qual a contribuição sindical passou a ser facultativa. Essa Reforma ficou marcada na sociedade brasileira como uma das maiores formas de negação de direitos.

3. Surgimento dos Sindicatos no Brasil

É importante ressaltar que os Sindicatos têm uma representação qualitativa e quantitativa no que se refere aos direitos trabalhistas. Por meio desses espaços qualificados no assunto, o trabalhador tem voz e vez nas demandas apresentadas capital x trabalho. Porém é preciso concordar com Souza (2017), que nem todo Sindicato atualmente luta na luta sindical, a autora afirma que muitas vezes os trabalhadores não conseguem seus direitos, pois: "são representados por uma entidade sindical por vezes acomodada" (SOUZA, 2017, p. 25).

Criados no Século XIX, os Sindicatos foram ganhando representação e empedramento no Brasil. Coaduna-se com Nassyrios (2020, p. 03) no que diz respeito os

surgimentos dos Sindicatos: “Os operários imigrantes que trabalhavam em diversas fábricas estavam insatisfeitos com suas condições de trabalho e então começaram a se unir para questionar e lutar pelos seus direitos, formando os primeiros sindicatos no país.”

Como aponta De Paula (2012): Até o início da década de 1930, o sindicato tinha como regulação para a determinação de sua base territorial uma lei de 1907, a qual possibilitava inúmeras formas de organização territorial.

Para Cardoso (2014) Tudo começou em 1931, com um decreto conhecido como Lei de Sindicalização, e foi consolidado em 1943, com a Consolidação das Leis Trabalhistas, a CLT.

Por essas conceituações compreendemos que os Sindicatos nasceram com base em lutas e reivindicações trabalhistas. Desde a década de 1930 que o cenário brasileiro apresentou demandas que necessitavam de representações em suas determinadas categorias.

4. Breve história do Sindicato dos Assistentes Sociais do Estado do Ceará – Sasec

Avaliando reivindicações, lutas e conquistas do Sindicato no qual representa a categoria que estou inserida, me vieram o interesse de apresentar um pouco da história do Sasec. Fazendo parte da diretoria, foi de conhecimento que o mesmo iniciou seu pensamento na década de 1950.

Fundado em 30 de novembro de 1963, hoje completa 60 anos de lutas e resistências. “O Sindicato foi fundado em 30 de novembro de 1963, recebendo a Carta Sindical do MT em 03 de dezembro de 1963, com a denominação de SINDICATO DOS ASSISTENTES SOCIAIS DO ESTADO DO CEARÁ – SASEC⁷.”

Enfrentando desafios, o Sasec atravessou o Século. Com resistência a ditadura militar, manteve a força na luta de garantia de direitos de sua categoria. Na luta pelo Piso salarial, ocupando espaços na Rede socioassistencial, em busca de benefícios concretos para a Classe trabalhadora.

Frente á pandemia por Covid19, vendo vidas de trabalhadores ceifadas pelo vírus, o Sindicato defendeu arduamente a categoria, na reivindicação de equipamentos em defesa da vida. Entre outros feitos, junto com os demais Sindicatos como acordos coletivos, Planos de Cargos, Carreira, Lei da Redução da carga horária, participação em movimentos

⁷ Disponível em: Disponível em: <https://sasec.org.br/historico-2/#:~:text=A%20primeira%20forma%20de%20organiza%C3%A7%C3%A3o,tendo%20na%20C3%A9poca%2C%2017%20s%C3%B3cios.>

sociais... Tenho orgulho em dizer que desde 2018, faço parte dessa história compondo a diretoria do Sasec.

Conclusão

Consideramos que os Sindicatos têm histórias pautadas em lutas e resistências. Conseguimos por meio de a pesquisa bibliográfica atingir nosso objetivo geral no tocante a contribuição do sindicato na garantia de direitos trabalhistas. É necessário, pois, analisar que nossa pesquisa apresenta dados que dá legitimidade á representação sindical. Apontamos alguns feitos do Sasec em defesa da categoria. Concluimos a necessidade da filiação para que esses espaços coletivos de garantias de direitos possam ampliar ainda mais suas conquistas.

Referencias

BRASIL, **Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, Decreto-lei N.º 5.452, de 1943.** Brasília, DF.

____ **Decreto-lei nº 8.740, de 19 de janeiro de 1946.** Brasília, DF.

____. **[Constituição (1988)].** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF.

CARDOSO, Alberto. **Os Sindicatos no Brasil.** 2014. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/bmt56_nt01_sindicatos_brasil.pdf. Acesso em: 21. Dez. 2023.

DE PAULA, Amir El Hakim. **A relação entre o estado e os sindicatos no Brasil sob uma perspectiva territorial.** Revista Geografia em questão. V.05 N.02 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Constituição da República, Sistema Trabalhista Brasileiro e Direito Coletivo do Trabalho.** Revista LTR, vol. 79, nº 04, Abril de 2015.

NASSYRIOS, Gabriela. **Sindicalismo no Brasil.** 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/sindicalismo-no-brasil/339332671#:~:text=No%20Brasil%20o%20sindicalismo%20surgiu,os%20primeiros%20sindicatos%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em: 21. Dez. 2023.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. **Contribuições sindicais:** modalidade de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical: de acordo com a lei 13467/17. São Paulo: LTR 2019.

SINDS, SISTEMA DE GESTÃO PARA SINDICATOS. **História dos sindicatos no Brasil, 2018.** Disponível em: <https://sindis.com.br/posts/historia-dos-sindicatos-no-brasil>. Acesso em: 13. Dez. 2023.

SOUZA, Thainá Emilia da Silva. **A contribuição sindical e a defesa dos direitos trabalhistas:** o caráter compulsório da contribuição, em afronta ao princípio da liberdade sindical. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/6195/1/thainaemiliadasilvasouza.pdf> Acesso em: 13. Dez. 2023

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 12, III, DA LEI 8.429/93

VICTOR CYPRIANO CORRÊA⁸

RESUMO: A moralidade administrativa é um princípio constitucional intimamente ligado à boa administração, fomentando a efetividade de serviços e políticas públicas a serviço da população, principalmente dos mais vulneráveis. A Lei 8.429/92, fruto do mandamento constitucional de tutela da probidade administrativa, foi alterada pela Lei 14.230/21, que reduziu o âmbito de proteção da norma, especialmente em relação aos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, os quais, agora, não são punidos com a perda do cargo público. A nova lei ofende a Constituição Federal, que possui um rol mínimo e obrigatório de sanções em face de atos ímprobos, bem como viola o princípio da proporcionalidade ao gerar uma proteção deficiente do bem jurídico. Isso tudo sem prejuízo de promover um retrocesso social e descumprir acordo internacional do qual o Brasil é signatário.

Palavras-chave: improbidade administrativa, direito fundamental, proteção deficiente, retrocesso social

Abstract: Administrative morality is a constitutional principle closely linked to good administration, promoting the effectiveness of services and public policies at the service of the population, especially the most vulnerable. Law 8,429/92, the result of the constitutional mandate to protect administrative probity, was amended by Law 14,230/21, which reduced the scope of protection of the norm, especially in relation to acts of improbity that violate the principles of Public Administration, which, now, they are not punished with the loss of public office. The new law offends the Federal Constitution, which has a minimum and mandatory list of sanctions in the face of unlawful acts, as well as violating the principle of proportionality, by generating deficient protection of legal interests. All this without prejudice to promoting social regression and failing to comply with the international agreement to which Brazil is a signatory.

Keywords: administrative improbity, fundamental right, deficient protection, social setback

Introdução

A moralidade administrativa refere-se à conduta ética e transparente no âmbito da administração pública, sendo norteadas por princípios éticos e valores morais de observância obrigatória por agentes públicos no exercício de suas funções. A ideia por trás

⁸ E-mail: v.cypriano@hotmail.com

da moralidade administrativa é assegurar que a gestão pública seja pautada pela integridade, honestidade e interesse público.

Trata-se de um direito fundamental, de terceira dimensão, essencial para a promoção dos direitos sociais dos cidadãos. A corrupção administrativa, por sua vez, representa uma violação desses princípios éticos, prejudicando não apenas a eficácia das políticas sociais, mas também o combate às desigualdades sociais.

A conduta ímproba gera um custo social que compromete não apenas o erário público, mas também nas iniciativas e políticas públicas que buscam reduzir as desigualdades sociais. Quando recursos destinados a programas sociais são desviados ou mal utilizados devido à corrupção, o impacto negativo sobre a população, especialmente os mais vulneráveis, é significativo.

A gestão pública ética e transparente é um meio para alcançar um objetivo fundamental da justiça social. Em outras palavras, a garantia da moralidade administrativa não é apenas uma questão de legalidade, mas também está intrinsecamente ligada à busca por uma sociedade mais justa e igualitária.

Na contramão das necessidades da população e do interesse público, foi aprovada a Lei 14.230/21 que em sua maior parte é responsável pela depredação da Lei 8.429/92 e por diversas inconstitucionalidades, restringindo-se o presente trabalho à análise do artigo 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa.

A fundamentalidade da improbidade administrativa

Prevalece na doutrina que a improbidade administrativa é um direito fundamental de terceira dimensão que decorre tanto do direito à boa administração quanto da indissociabilidade entre uma gestão pública eficiente e a consecução dos demais direitos fundamentais como a saúde, educação e a vida.

É importante destacar que a corrupção do patrimônio público tem sérias consequências econômicas, afetando diretamente o alcance dos objetivos do Estado, especialmente no que diz respeito à promoção dos direitos sociais. Ao praticar atos ímprobos, agentes públicos comprometem o capital que deveria ser direcionado para áreas cruciais, como saúde, meio ambiente e outros direitos sociais essenciais.

O professor Mauro Paolo sustenta:

[...] Como forma de afetação econômica, a corrupção pode: a) reduzir a efetividade dos fluxos de ajuda por meio da diversificação dos fundos, o que é relevante para o desenvolvimento dos países, b) diminuir a arrecadação de impostos quando isso leva à forma de

evasão ou de aplicação indevida da discricionariedade na concessão de isenções e pode mesmo afetar a distribuição orçamentária, c) influir nos contratos de aquisição pública de bens e serviços, gerando uma baixa qualidade da infraestrutura pública e de serviços e, por fim, d) a corrupção pode afetar a composição dos gastos governamentais por meio da escolha de tipos de empreendimentos pelos oficiais do governo que permitam coletar propinas com maior facilidade e manter a situação em segredo.

O direito fundamental à boa administração pública garante uma gestão estatal que seja eficiente, eficaz e orientada por princípios éticos. A violação da moralidade por parte dos administradores públicos serve como um obstáculo à aquisição dos direitos da cidadania, um dos fundamentos da república (artigo 1º, II, da CF/88), além de atrapalhar os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º, III, da CF/88, como a redução das desigualdades sociais e regionais.

O professor Juarez, grande defensor da boa administração como direito fundamental, aduz:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o rol de direitos fundamentais não está restrito ao artigo 5º da CF/88, havendo outros interesses marcados pela fundamentalidade ao longo da Carta Política. Sem dúvidas que a proteção do patrimônio público faz parte desse rol. A partir de uma interpretação sistemática da Constituição, verifica-se que os direitos humanos que exigem uma prestação positiva do Estado, como a saúde, são intrinsecamente ligados à boa gestão pública.

Há menos recursos que necessidades, por isso deve a eficiência ser buscada incansavelmente, não havendo lastro para agentes públicos ímprobos, que desperdiçam recursos públicos e se enriquecem à custa da marginalidade de um povo pobre, carente de recursos e serviços públicos.

Inconstitucionalidade do artigo 14, III, da LIA

O poder constituinte tratou de forma expressa da improbidade administrativa, demonstrando a importância da proteção do bem jurídico moralidade administrativa na busca por maior eficiência das políticas públicas, especialmente no Brasil, onde a população em sua maioria é extremamente pobre e dependente dos serviços públicos.

O artigo 14, III, da Lei de Improbidade Administrativa é inconstitucional por ofensa ao princípio implícito da proporcionalidade, observado sob o viés da proibição da proteção deficiente. Esse princípio implica que, ao garantir direitos fundamentais, o Estado deve adotar medidas proporcionais e eficazes para concretizar esses direitos e protegê-los contra violações ilegítimas, seja por parte de particulares ou do próprio Estado.

A Constituição Federal atribui ao Estado a responsabilidade de adotar uma postura que efetivamente concretize os direitos fundamentais. A força normativa constitucional implica em um poder-dever do Estado na promoção e proteção dos direitos fundamentais. A falta de ação eficaz do Estado para proteger esses direitos pode levar à inconstitucionalidade por proteção deficiente. Em outras palavras, se o Estado não age de maneira adequada para assegurar os direitos fundamentais, ele viola a própria Constituição.

Ao prever, no artigo 37, §4º, as sanções de suspensão dos direitos políticos, indisponibilidade de bens, perda da função pública e ressarcimento integral do dano, este último com sua imprescritibilidade reconhecida, a Carta Política elencou um rol mínimo de penas e medidas visando a prevenção e repressão aos servidores que pratiquem atos tipificados com de improbidade administrativa.

A novel legislação não prevê como sanção para a prática de atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública a perda do cargo pelo agente infrator. Dessa forma, além de reduzir a proteção contra a improbidade administrativa, como por exemplo o estabelecimento de um rol taxativo de condutas que ofendam princípios administrativos, criou uma espécie de improbidade que não se submete aos preceitos sancionatórios mínimos previstos na Constituição Federal (artigo 37, §4º).

A ofensa aos princípios da administração pública é prevista no artigo 11 da Lei 8.429/92, enquanto as sanções referentes a sua prática estão no artigo 12, III, da LIA. O dispositivo, ao não prever a perda do cargo pública, descumpra diretamente a determinação constitucional, ofendendo a proporcionalidade e criando uma lacuna de proteção, favorecendo a impunidade.

Do mesmo modo que não é possível criar uma espécie de racismo que não seja imprescritível ou um crime hediondo que seja cabível a graça ou anistia, não é concedida ao legislador infraconstitucional liberdade de atuação legiferante para criar um tipo de

improbidade administrativa imune à incidência do artigo 37, §4º, da CF/88, sob pena de tornar a Carta Política um instrumento meramente programático, não vinculativo.

A professora Juliana Venturella Nahas Gavião arrazoou:

Desse modo, em não havendo uma proteção normativa ao direito fundamental, no que tange à sua dimensão objetiva (ou seja, como imperativo de tutela), verifica-se ato de omissão estatal flagrantemente inconstitucional, porquanto impedirá a realização e o desfrute do direito fundamental por seu titular. Em outras palavras, não existe liberdade absoluta de conformação legislativa, ainda que deva ser reconhecido o espaço que é conferido ao legislador para adaptar os mandamentos constitucionais.

É nítido o retrocesso social causado pela legislação que altera substancialmente a Lei de Improbidade. A Lei 14.230/21 favorece o agente infrator, enfraquece o combate à corrupção administrativa, e viola a proibição de retrocesso social e de proteção deficiente de direito fundamental. Dissertando sobre a vedação ao retrocesso social, Canotilho explica:

A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Por fim, cabe acrescentar que a repressão à improbidade administrativa é objeto de acordo internacional, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, sendo certo que, ao considerar a proteção do patrimônio público um direito humano, o diploma possui supremacia formal em relação à legislação ordinária, consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, a novel legislação desprotege o patrimônio público, ofende a Constituição Federal e descumpre acordo internacional do qual o Brasil é signatário, promovendo verdadeiro retrocesso social, de modo a restar como única solução a declaração de inconstitucionalidade do artigo 12, III, da LIA, repristinando a redação primitiva.

Conclusão

A defesa da moralidade administrativa é um instrumento para a concretização da igualdade social. Não por outro motivo, o constituinte previu de forma expressa a necessidade de repressão contra ofensas à improbidade administrativa, elencando rol mínimo de sanções no artigo 37, §4º, da CF/88, de modo que o legislador infraconstitucional não pode reduzi-lo.

A Lei 14.230/21 é um obstáculo à proteção efetiva do direito fundamental à moralidade administrativa, violando o princípio da proporcionalidade e colocando em risco, além da força normativa e vinculante da Constituição, seus fundamentos e impedindo a consecução dos objetivos da república.

É inegável o retrocesso social causado pela alteração legislativa, que gera uma proteção deficiente a direitos fundamentais, em prejuízo ainda de acordo internacional celebrado pelo Brasil, sendo forçoso concluir pela inconstitucionalidade e inconveniência do artigo 12, III, da LIA, especialmente no que diz respeito à ausência de perda do cargo público como sanção decorrente da prática de atos de improbidade administrativa.

Bibliografia

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. A proteção ineficiente dos princípios da moralidade administrativa em razão das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6909, 1 jun. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/98213>. Acesso em: 22 jan. 2024.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas, in A Proibição de proteção deficiente. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 61, maio/2008 a outubro/2008.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

PENSAMENTOS SOBRE AS IDEOLOGIAS POLÍTICAS E ECONÔMICAS DE GOVERNO E SEU PAPEL DECISIVO NA RUPTURA DO ESTADO PARADIGMA POR MEIO DAS REVOLUÇÕES OPORTUNISTA

JEFF DAVID MAC DONALD DA SILVEIRA CARNEIRO: Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, com formação em Direito pela Universidade Nilton Lins. Pós-graduado em Direito civil e processual civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.⁹

OSMAN NASSER ANTUNES AGUIAR¹⁰

(coautor)

RESUMO: Ideologias políticas e econômicas de governo são forças motrizes nas revoluções oportunistas, estimulando a ruptura com o paradigma estatal vigente. Guiando aspirações e ações, tais ideologias inspiram mudanças radicais, desestabilizando estruturas estabelecidas. Revoluções, aproveitando circunstâncias favoráveis, convertem ideais em ação, remodelando sistemas políticos e econômicos. Essas ideologias incitam a coletividade a desafiar convenções, trilhando um novo caminho para a governança e a sociedade através do processo de ressignificação.

Palavras-chave: Ideologias. Revoluções. Ressignificação.

ABSTRACT: Political and economic ideologies of government are driving forces in opportunist revolutions, stimulating the break with the prevailing state paradigm. By guiding aspirations and actions, such ideologies inspire radical changes, destabilizing established structures. Revolutions, taking advantage of favorable circumstances, convert ideals into action, reshaping political and economic systems. These ideologies incite the community to challenge conventions, treading a new path for governance and society, through the process of reframing.

⁹ Ex-advogado. Delegado de Polícia de Carreira do estado do Amazonas, Presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia do Amazonas- SINDEPO/AM. Diretor da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BR. jeff.david.macdonald@gmail.com

¹⁰ Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, com formação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior Batista do Amazonas (2013). Ex-integrante das Forças Armadas Brasileira, no posto de Tenente da Aeronáutica. Delegado de Polícia de Carreira do Estado do Amazonas. osman_nasser@hotmail.com

Keywords: Ideologies. Revolutions. Reframing.

Sumário: 1. Introdução. 2. Ideologias Políticas e Econômicas e o surgimento das revoluções. 2.1 Ideologia Política e Econômica. 2.2 Revoluções. 3. Considerações finais. 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O cenário mundial contemporâneo está passando por profundas mudanças geopolíticas, de modo que temas outrora relegados ao esquecimento da grande massa dos seres humanos ganharam força e estão no epicentro das discussões nos mais diversos nichos sociais, desde reuniões com a cúpula dos líderes mundiais até nas rodas de bares em discussões acaloradas com amigos de infância.

Nesse contexto, faz-se necessário tratar brevemente de tais temas para, em seguida, discorrer sobre as revoluções e a quebra do paradigma estatal, visto que aquelas, muitas vezes, iniciam-se com base em uma insatisfação sentida por específico nicho social relativo à determinada questão pontual. Tal cenário gera a cultura ideal para o surgimento de "líderes", os quais, movidos por boas ou más intenções, colocam-se à frente de tais "revoluções", conduzindo os insatisfeitos para um choque frontal com o Estado paradigma. A este, por sua vez, só lhe resta resistir, na maioria das vezes pela força, ou se curvar, rompendo com o paradigma e permitindo que o revolucionário se torne o novo paradigma estatal.

Em suma, ideologia nada mais é que o estudo das ideias. O sentido de ideia foi se modificando com o tempo a partir de pensadores filósofos que foram dando significados à palavra a partir do contexto histórico e social que viviam. Para o filósofo francês Destutt de Tracy, "as ideias eram o resultado da relação entre os seres pensantes e o meio ambiente", no entanto, foi com Napoleão Bonaparte que a ideia de ideologia ganhou conotação negativa, considerando como ideológicas as ideias fora da realidade. E foi nesse sentido crítico que Karl Marx seguiu e que ainda hoje predomina, tendo o filósofo explicado a causa da alienação econômica, defendendo a predominância do poder econômico e político sobre as relações sociais.

Os pensamentos ideológicos surgiram ao longo dos anos, ganhando relevância após a primeira guerra mundial, cada uma pregando a melhor forma de governo, o melhor modelo econômico a ser seguido e os valores sociais e morais a serem seguidos pela Sociedade, gerando embates acalorados que acabaram resultando na segunda guerra mundial, de forma que regimes totalitários e democracias liberais se colocaram em linha de frente na tentativa de uma se sobrepor à outra.

Nesse diapasão, é necessário deter a noção, ainda que perfunctória, dos conceitos centrais das aludidas discussões ideológicas, sejam elas políticas ou econômicas, a exemplo do socialismo, comunismo, fascismo, liberalismo, anarquismo, capitalismo e democracia. Tais conceitos, na verdade, possuem um sentido político e econômico e descrevem diferentes ideologias e sistemas de governo, os quais, há tempos, vêm sofrendo influência de pensadores e estudiosos que diuturnamente lapidam e esmerilham estes conceitos, na ideia de torná-los mais palatáveis para serem trabalhados no dia a dia.

2. Ideologias Políticas e Econômicas e o surgimento das revoluções

2.1 Ideologia Política e Econômica

É possível classificar o socialismo como uma ideologia que busca a igualdade social e econômica por meio da propriedade coletiva ou estatal dos meios de produção. A rigor, o pensamento desenvolvido pelos socialistas acredita que os recursos devem ser distribuídos de forma equitativa, e que o Estado desempenha um papel central na regulação da economia e na prestação de serviços sociais. Em outras palavras, os socialistas acreditam que a sociedade é mais bem servida quando os recursos são compartilhados de forma justa, em vez de serem acumulados por indivíduos ou empresas privadas.

Ressalte-se que o Estado desempenha um papel importante na regulamentação da economia e na prestação de serviços essenciais, como saúde, educação e segurança pública. O objetivo é criar uma sociedade em que as desigualdades sejam minimizadas, viabilizando o acesso a oportunidades e necessidades básicas a todos. É possível citar como exemplos de países que adotaram tal modelo a União Soviética, China, Cuba e países do leste europeu. No entanto, é importante destacar que nem todos os países que se autodenominam socialistas seguem os mesmos princípios e práticas, e há diferenças significativas entre as implementações do socialismo ao redor do mundo.

Pensadores divergem brutalmente ao tratar sobre o tema, ora criticando ferrenhamente tal sistema político e econômico, ora o idolatrando. Um dos maiores críticos ao Socialismo é o político britânico Winston Churchill, quando fez uma declaração de que "O socialismo é a filosofia da falha, o credo da ignorância e a crença no falso. Sua virtude inerente é a divisão igualitária da miséria." (CHURCHILL apud pensador, 2003). Noutro giro, dentre os maiores defensores desta corrente ideológica estão o Conde de Saint Simon, considerado o fundador do socialismo francês, seguido de Robert Owen, Karl Mark, Friedrich Engels, dentre outros ícones pela defesa da igualdade e da repartição.

No que tange ao comunismo, esta corrente ideológica apresenta-se como uma forma mais radical do socialismo, a qual defende a abolição da propriedade privada e a eliminação das classes sociais. Neste modelo, a propriedade e os meios de produção são

de propriedade coletiva, e o Estado é considerado desnecessário, pois acredita-se que as pessoas são capazes de se autorregular em uma sociedade igualitária. Sobre o tema, vale mencionar citações de um dos maiores expoentes da defesa do Comunismo. In verbis: "A teoria do comunismo pode ser resumida em uma única frase: a abolição da propriedade privada." (MARX, 1847). "Lutai, operários de todo o mundo, uni-vos!" (MARX, 1847).

Trata-se, portanto, de ideologia política e econômica que busca a criação de uma sociedade sem classes, onde os meios de produção são de propriedade coletiva e os bens e recursos são distribuídos de acordo com as necessidades de cada indivíduo, não havendo propriedade privada, nem desigualdades sociais. Cumpre destacar que a teoria comunista se baseia principalmente nas obras de Karl Marx e Friedrich Engels, sociólogos que argumentaram que o capitalismo é inerentemente injusto e leva à exploração das classes trabalhadoras pela classe capitalista. Para tanto, propuseram que, por meio de uma revolução proletária, os trabalhadores deveriam tomar o controle dos meios de produção, derrubar o sistema capitalista e estabelecer uma sociedade comunista.

Outrossim, uma das características centrais do comunismo é a abolição do Estado, o qual, segundo os teóricos comunistas, é uma instituição que serve aos interesses da classe dominante e, portanto, deve ser eliminado, pois uma vez alcançado o comunismo, o Estado se tornará obsoleto e desaparecerá, dando lugar a uma sociedade autogerida. Na prática, o comunismo foi implementado em alguns países, como a União Soviética, China, Cuba e outros países do leste europeu durante o século XX. No entanto, as interpretações e as práticas do comunismo variaram nessas diferentes nações. Alguns críticos argumentam que as experiências comunistas resultaram em regimes autoritários e violações dos direitos humanos, enquanto outros defendem que esses regimes não representaram adequadamente os princípios e os objetivos genuínos do comunismo.

Dando continuidade às ideologias políticas, tem-se o fascismo, ideologia autoritária e nacionalista que surgiu na Europa, no início do século XX, com o dogma de valorizar um Estado forte e centralizado, com a supremacia da nação e da raça, gerido por um líder carismático. Sua característica principal é o forte controle governamental sobre a economia, aliada a supressão dos direitos individuais em prol do bem-estar da nação, tudo em nome do interesse coletivo.

Tais regimes geralmente buscam a unificação e a mobilização da sociedade em torno de uma ideologia nacionalista, frequentemente promovendo a superioridade étnica ou racial. Eles tendem a restringir a liberdade de expressão, controlar os meios de comunicação e impor uma forte censura, exercendo ainda um controle sobre a economia, com o Estado intervindo e regulamentando amplamente o setor privado.

Os exemplos mais notórios de tal regime foram implementados no governo de Benito Mussolini na Itália, durante a década de 1920 e o liderado por Adolf Hitler na

Alemanha nazista, ambos caracterizados pela intolerância, repressão política, violações dos direitos humanos e a busca pela expansão territorial. Já dizia Hitler : "O futuro do movimento é condicionado pelo fanatismo, sim, a intolerância, cuja aderência o sustenta como o único movimento correto, e o impulsiona sobre outras formações similares." (FILOSOFIAMATEMÁTICA apud HITLER, 2020). Na mesma direção se apresentava Mussolini, vejamos:

Contrária ao individualismo, a concepção fascista é voltada para o Estado, e é para o indivíduo, na medida em que ele concorde com o Estado... Ela - a posição fascista- se opõe ao liberalismo clássico, que surgiu como uma reação contrária ao absolutismo e esgotou a sua função histórica quando o Estado tornou-se a expressão da consciência e da vontade do Povo. O liberalismo negou ao Estado em nome do indivíduo; O fascismo reafirma os direitos do Estado, como expressão da verdadeira realidade do indivíduo ... neste sentido fascismo é totalitário. ...o Estado fascista é a forma maior e mais poderoso de personalidade, é uma força, mas uma força espiritual, que assume todas as formas da vida moral e intelectual do homem, portanto, não pode limitar-se simplesmente para as funções de ordem e supervisão como liberalismo propõe (PENSADOR apud MUSSOLINI, 2013)

É importante ressaltar que o fascismo é amplamente condenado como uma ideologia perigosa e prejudicial, devido às tendências autoritárias, xenófobas e discriminatórias. No entanto, a história e a implementação do fascismo podem variar de um país para outro, sendo fundamental examinar os contextos específicos para entender suas características e impactos em diferentes períodos históricos.

O liberalismo, por sua vez, é uma ideologia que valoriza a liberdade individual, a propriedade privada, a economia de mercado e o Estado de direito. É uma das principais correntes teóricas do capitalismo, de forma que defendem um governo limitado, com a proteção dos direitos individuais e a promoção da livre concorrência. O liberalismo busca o equilíbrio entre a liberdade individual e a necessidade de intervenção estatal para garantir a justiça social, senão vejamos: "O liberalismo é a crença na supremacia da lei e dos direitos individuais, na liberdade de pensamento e expressão, e na livre iniciativa como motores do progresso e da prosperidade." (FRIEDMAN, 1956).

Nestes termos, os liberais acreditam que os indivíduos devem ter o máximo de liberdade possível para buscar seus objetivos pessoais, desde que isso não prejudique os direitos e a liberdade dos outros. Na esfera política, o liberalismo defende a proteção dos

direitos individuais, como a liberdade de expressão, de associação e de religião, bem como a garantia de eleições livres e justas e um sistema de governo democrático, sustentando que o Estado deve ter funções limitadas e que a intervenção governamental na economia deve ser mínima.

No âmbito econômico, promove a economia de mercado e a livre concorrência, defendendo a propriedade privada dos meios de produção e acreditando que a livre troca e o empreendedorismo impulsionam o crescimento econômico e a prosperidade para a sociedade como um todo. Sua origem remonta ao Iluminismo europeu do século XVIII e teve influência significativa nas democracias ocidentais, as quais adotam princípios liberais, embora haja variações na implementação desses princípios de acordo com o contexto e as necessidades de cada país. Nesse contexto, é importante observar que existem múltiplas correntes dentro do liberalismo, com algumas variantes mais progressistas e outras mais conservadoras. Essas variantes podem ter diferentes ênfases relacionadas ao papel do Estado na economia, a justiça social e a extensão dos direitos individuais.

2.2 Revoluções

Por outro lado, temas como guerra e revolução são eventos históricos frequentemente associados a mudanças políticas e sociais significativas que, via de regra, geram ruptura no paradigma estatal estabelecido. A guerra pode ser classificada como um conflito armado entre diferentes grupos, como nações, estados, grupos étnicos ou facções políticas. Por via de consequência, pode envolver confrontos militares diretos, com o uso da força e da violência, gerado por várias causas, como disputas territoriais, divergências ideológicas, interesses econômicos, questões étnicas ou religiosas, entre outros fatores.

A rigor, ela tem sido parte recorrente da história humana, e seus impactos são deveras significativos no contexto geopolítico mundial e, lamentavelmente, resultam em perda de vidas, ferimentos, destruição de infraestrutura, deslocamento de populações, instabilidade política e social, entre outras consequências devastadoras, tais como impactos econômicos negativos, afetando o comércio, os investimentos e o desenvolvimento das regiões envolvidas.

De fato, não se deve pensar em guerra de forma simplista somente como uma disputa armada entre dois ou mais conflituosos, pois, de fato, existem diferentes tipos de guerra, como guerras convencionais, guerras assimétricas, guerras civis e guerras de independência. Destaca-se, ainda, que a forma de travar os referidos combates também mudou bastante ao longo do tempo, em face do avanço da tecnologia militar e o surgimento de novas táticas e estratégias.

No entanto, embora as batalhas devam ser evitadas a todo custo, pois o caminho ideal é a resolução pacífica dos conflitos, fato é que, às vezes, tem-se a guerra como um

meio necessário para a autodefesa, proteção de interesses nacionais ou luta pela liberdade e justiça. É neste cenário que a comunidade internacional tem se esforçado para promover a paz e evitar conflitos armados, através de instituições como as Nações Unidas, que buscam a mediação, a diplomacia e a negociação como alternativas à guerra.

Por sua vez, a revolução é um processo de mudança social, política ou econômica que ocorre de forma rápida e radical. Ela envolve uma transformação fundamental nas estruturas e nas relações de poder, rompendo com os paradigmas existentes em determinada sociedade, geralmente resultando em grandes mudanças nas instituições governamentais, nas normas sociais e nas relações de poder entre diferentes grupos.

Tal fato pode ocorrer por várias razões, tais como o descontentamento popular, desigualdade social, opressão política, abuso de poder, injustiça econômica, aspirações por liberdade e igualdade, entre outros fatores, os quais, por sua vez, podem ser impulsionadas por movimentos sociais, grupos políticos, líderes carismáticos ou coalizões de diferentes setores da sociedade.

Com efeito, deve-se compreender a existência de diferentes tipos de revoluções, como as políticas, que buscam uma mudança no sistema de governo; as sociais, que pretendem uma transformação na estrutura social e nas relações de classe; e as econômicas, que visam a reforma ou a substituição do sistema econômico vigente, bem como podem assumir diferentes formas, desde revoluções pacíficas e não violentas, como o movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos, até revoluções violentas e armadas, como a Revolução Francesa. Tal cenário pode resultar em diferentes desfechos, desde a instauração de um novo governo e uma nova ordem social, até conflitos prolongados, guerras civis ou a restauração do *status quo*.

Fato é que as revoluções têm tido papel significativo na história humana, moldando sociedades, instituições e sistemas políticos ao longo dos séculos. No entanto, é importante notar que nem todas as mudanças sociais profundas são consideradas revoluções, e o termo é frequentemente usado para descrever eventos específicos e impactantes na história, mas também podem ser usadas por líderes oportunistas na intenção de aplicar seu "modelo ideal de Estado".

Segundo James Hunter (2004, p.25), na obra *O Monge e o Executivo*, liderança é "a habilidade de influenciar pessoas para trabalharem entusiasticamente visando atingir os objetivos identificados como sendo para o bem comum", vinculado a um fenômeno social, de forma que as pessoas acreditam e apostam nesse líder por enxergarem como um verdadeiro estrategista, capaz de satisfazer as necessidades de um grupo. A existência de lideranças é reconhecida desde a Antiguidade clássica, sendo salutar para a continuidade da humanidade.

Ocorre que há diversos estilos de liderança, todos com suas peculiaridades, podendo essa liderança ter um cunho mais democrático, liberal ou mesmo autocrático, não se sobrepondo um ao outro, mas se complementando, devendo o líder se utilizar do estilo mais adequado de acordo com o momento em que deve exercer seu poder de gestão e comando para tomada de decisão. Ocorre que essa liberalidade de escolha do melhor estilo de liderança a ser praticado pelo líder não deve se confundir com ações premeditadas de líderes mal intencionados, de forma que, utilizando-se de sua capacidade de persuasão perante os grupos que lidera, grupos estes dotados de pessoas muitas vezes desprovidas de capacidade ideológica e com conhecimentos rasos, que se conformam com a superficialidade, conduzem e influenciam nichos sociais em busca da quebra do paradigma Estatal estabelecido, gerando desordem e instabilidade.

3. Considerações finais

Com a globalização e a conseqüente integração econômica, social e cultural entre os países, aliada ao advento da internet e à criação das redes sociais, as informações passaram a ser disseminadas de forma bastante célere e abrangente, de forma que todos que têm acesso aos mais diversos meios de comunicação estão sendo atingidos por tais informações, ou mesmo desinformações. E é esse poder do líder mal intencionado, que no intuito de se buscar um modelo ideal de Estado e capaz de influenciar massas acéfalas, geram preocupação no cenário global, pois sob o pretexto de um objetivo ideológico, mas que na verdade é um objetivo pessoal, utiliza-se de sua capacidade de influência para com grupos sem visão ideológica, de forma que, ao angariar aliados que o apoie, por meio de um golpe, rompe com o paradigma Estatal estabelecido sob o subterfúgio da Revolução.

Sob tal prisma, evidencia-se a necessidade de a Sociedade passar por um processo de ressignificação, de forma que padrões comportamentais estabelecidos sejam desconstruídos, sob pena de o distanciamento da realidade social se estabelecer em detrimento de líderes com padrões ideológicos desvirtuados, insanos e de estrito cunho pessoal, resultando no enfraquecimento, ou melhor, no banimento do Poder Estatal e de suas respectivas Instituições.

4. Referências Bibliográficas

- ENGELS, Friedrich. **Do Socialismo Utópico ao Socialismo Científico**. Ed. Edipro, 2017.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Ed. Intrínseca, 1.ed., Rio de Janeiro, 2023.
- HUMES, James C. **The Wit & Wisdom of Winston Churchill**. Ed. Harper Perennial, 1995.
- HUNTER, James. **O Monge e o Executivo: Uma história sobre a essência da liderança**. Ed. Sextante, Rio de Janeiro, 1ª ed., 2004.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich; FERNANDES, Sabrina. **O Manifesto comunista**. Ed. Paz&Terra. 1.ed. - Rio de Janeiro, 2021.

MARX, Karl; Engels, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Ed. Marin Claret Ltda, São Paulo, 2014.

MUSSOLINI, Benito. **The Doctrine of Fascism**. Blackhouse Publishing, 2015.

DURKHEIM, Émile. **Lições de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

ORWELL, George. **Fascismo e Democracia**. Ed. Montecristo, 2021.

EAGLETON, Terry. **Ideologia**. Ed. Unesp, 1ª ed,2006.

ASPECTOS CONCEITUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ALEXANDRE ORION REGINATO:

Graduado em Direito na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS -2013), Pós-graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica (Anhanguera-2015), Mestre em Direito Processual e Cidadania (Unipar-2016), Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP- 2021), Pós-Doutor na Universidade do Vale do Itajaí com investigação na Universidade de Perugia - Itália (2022-2023)¹¹

RESUMO: A conceituação da desconsideração da personalidade jurídica ser um tema demasiadamente debatido no entanto ainda é alvo de muitos questionamentos quanto ao seu momento de aplicabilidade, o presente estudo nos fornece subsídios concretos sobre uma conceito mais enxuto e objetivo descrito no atual artigo 49 A e artigo 50 do Código Civil Brasileiro alterado pela Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) em confronto com vários entendimentos doutrinários construído em nosso ordenamento jurídico.

Palavras Chave: Desconsideração da personalidade jurídica; código civil; Liberdade Econômica.

ABSTRACT: The concept of disregarding legal personality is an overly debated topic, however it is still the subject of many questions regarding its applicability. The present study provides us with concrete information on a leaner and more objective concept described in the current article 49 A and article 50 of the Brazilian Civil Code amended by the Economic Freedom Law (Law 13.874/19) in confrontation with various doctrinal understandings built in our legal system.

Keywords: Disregard for legal personality; civil code; Economic Freedom.

A expressão "desconsideração da personalidade jurídica"¹² recebe diferentes nomenclaturas para denominar o mecanismo; ela é chamada pelos alemães de

¹¹ e atuou como Docente no Curso de Direito atuou na UEMS, UniRV (efetivo), Anhanguera, UNIESP e UnirG-TO. Atualmente Procurador Geral no Município de Gurupi- TO E-mail: alexandreron@alumni.usp.br

¹² Em obra clássica, Tullio Ascarelli (2008, op. cit., p. 130) indica outro nome para chamada "teoria da desconsideração da personalidade", o autor faz referência "corporação fictícia -os tribunais vão ignorar a existência corporativa, onde é fraudulento o que o acionista não pode legalmente fazer: como indivíduo ou empresa, normalmente não é responsável pelos débitos deste último".

*Durchgriff bei juristischen Person; pelos italianos de superamento dela personalita giurica; em países da Common Law: Piercing the Corporate Veil, entre outros termos*¹³.

Segundo Menezes Cordeiro, o termo “desconsideração” é um termo inadequado. Menezes Cordeiro entende que o termo mais adequado seria o de “superamento”, utilizado pelos italianos, tendo em vista que a pessoa jurídica não pode ser considerada um obstáculo, mas algo perfeitamente regular, a afastar, em certos casos¹⁴. O autor afirma que o verbo *levantar* seria o termo mais assertivo que o “desconsiderar”, e que “desconsiderar” é tratar semrespeito ou desatenção o instituto.

Desde 1989, quando falamos em desconsiderar a personalidade jurídica¹⁵ (penetrá-la, superá-la), na correta acepção, deve ser a suspensão da eficácia momentânea¹⁶ da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade dos sócios, e não o levantamento de sua personalidade.

13 É conhecida pelas designações no direito inglês e no americano, como disregard of legal entity, disregard of corporate entity, lifting the corporate veil, cracking open the corporate shell; no direito italiano superamento dela personalita giuridica; no direito argentino, teoria de la penetracion o desestimacion de la personalidad; no direito francês, mise a l'écart de la personnalite.

14 CORDEIRO, Antônio Menezes. Tratado de Direito Civil Português. Almedina: Coimbra, 2010. v. 1. t. III. p 619.

15 Conforme afirma Claus, “a personalidade jurídica, porém, submete-se à ordem constitucional que serve de fundamento de validade a todos os institutos jurídicos, de modo que está vinculada ao programa constitucional de forma geral e de forma específica ao valor social da livre iniciativa (CF, art, 1º, IV) e à função social da propriedade privada (CF, art. 5, XXIII e art. 170, III), razão por que sua atividade deve guardar as balizas do interesse maior da sociedade. Em outras palavras, a personificação societária tem função econômica e social, mas não pode ser instrumento para fraude ou abuso de direito”. (CLAUS, Ben-Hur Silveira. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista: alguns aspectos teóricos. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 42, n. 167, p. 57-76, jan.-fev. 2016).

16 Dessa maneira, compreende Fábio Ulhôa Coelho: “O juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude

O termo “desconsiderar”¹⁷ é a suspensão momentânea¹⁸ da autonomia patrimonial para alcançar os bens dos membros da pessoa jurídica. Desconsiderar, para fins de responsabilidade patrimonial, é suspender eficácia de limitação da responsabilidade instituída por ato normativo¹⁹ e declarar a responsabilidade indireta (ou seja, atribuir esta responsabilidade a terceiros). Essa definição traz consequências processuais relevantes para averiguar a posição do responsável subsidiária ou solidária (sócio ou sociedade) dentro do processo²⁰.

No Brasil, é importante compreendermos que a desconsideração foi um instituto nascido de discussões doutrinárias recepcionadas pela jurisprudência e não incorporado diretamente por meio da Lei, como relembra Marçal Justen Filho²¹ “*não partiu de fundamentos teóricos já definidos e sistematizados*”.

17 [...] Com efeito, o que se pretende com a doutrina do disregard não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)” (REQUIÃO, op. cit., 1977, p. 60 e 65). 129 Segundo a autora Marcela Blok, o termo desconsiderar é uma suspensão momentânea de eficácia da personalidade diferentemente de despersonalizar, “[d]espersonalizar significa anular a personalidade, o que não ocorre na desconsideração. Assim, nesta, não se anula a personalidade, ao contrário, esta resta mais protegida, não se trata de despersonalização (anulação definitiva da personalidade), mas de simples desconsideração, leia-se, retirada momentânea de eficácia da personalidade”. (BLOK, Marcela. Desconsideração da personalidade jurídica: visão contemporânea. [S. n.]: [S. l.], 2020. Ebook kindle. pos. 366-473).

18 Segundo Rubens Requião: “O mais curioso é que a Disregard Doctrine não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou aos bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia incólume para seus outros fins legítimos. [...] Com efeito, o que se pretende com a doutrina do disregard não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)” (REQUIÃO, op. cit., 1977, p. 60 e 65).

19 Código Civil (art. 50); Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação de Empresas e Falências (art. 82); Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (art. 135, II); Lei nº 8.884/1994 – Lei Antitruste Brasileira (art. 18) (atualmente, Lei nº 12.529/2011, art. 34); Lei nº 8078/1991 – Código de Defesa do Consumidor (art. 28); Lei nº 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais (art. 4º).

20 BIANCHI, op. cit., p. 87-91.

21 JUSTIN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade jurídica societária no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 54.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras analisaram e aplicaram a teoria de desconsideração da personalidade jurídica antes de ela ser consagrada por algum dispositivo legal. Segundo Lamartine Corrêa²², há decisões na:

*jurisprudência de nossos tribunais que envolvem já, de modo mais claro ou menos claro, quebra do princípio da separação e, explícita ou implicitamente, aceitação de teses de desestimação da pessoa jurídica, pelo menos no sentido amplo empregado pelo pensamento de Serick.*²³

Posteriormente, a norma foi positivada em várias áreas do Direito. No entanto, nos parece que o legislador e o Judiciário, atualmente, estão mais preocupados com autonomia patrimonial como um meio de dificultar o recebimento do credor, distorcendo a desconsideração propriamente dita, seguindo seus ditames clássicos²⁴, o que veremos mais adiante nesta investigação doutoral.

Em nossa doutrina, a sistematização da desconsideração da personalidade jurídica sobre o uso abusivo da pessoa jurídica foi Rubens Requião²⁵, em sua obra *Aspectos*

²² O autor adota a técnica de classificação das decisões em grupo, referindo-se aos seguintes: no primeiro, as decisões que visaram impedir a "fraude a dever contratual", onde apresenta o caso julgado pelo juiz da 11ª Vara Cível do antigo DF, Dr. Antonio Pereira Pinto, envolvendo a sociedade Predial Corcovado S/A, controlada por José João Abdalla, e o acionista Alziro José D'Ávila Junior, que se tornou importante justamente "por ser uma das primeiras decisões brasileiras em que foi invocada e aplicada de modo expresso a doutrina do Durchgriff ((RF 188/268), e o segundo grupo, decisões que visam coibir a "fraude a lei" onde são referidos os julgados citados por Rubens Requião, em sua conferência (RT 238/393, 343/181 e 316/165) e no terceiro grupo, as "decisões que desconsideravam a separação patrimonial apenas para limitados efeitos de natureza processuais, onde são analisadas, além de outro decisório lembrado por Rubens Requião, duas decisões do STF (RT 156/826 e RTJ 72/77), no último grupo, "as decisões que de modo genérico estendem a responsabilidade aos sócios em casos de insolvência da sociedade, citando o acórdão TJ/ SC, inserto na RT 500/194, e, estranhamente, citando a Súmula 486 do STF, além dos casos de sociedades compostas exclusivamente por marido e mulher (RT 484/419 e 418/213). (CORRÊA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 521; p. 533-536).

²³ Ibid., p. 521.

²⁴ Nos ditames clássicos, a desconsideração deveria resultar a partir de atos impróprios da personalidade jurídica, que gerasse desvio da entidade, ou o próprio abuso da personalidade jurídica, com animus de prejudicar os terceiros e a sociedade geral.

²⁵ Importante, desde já, ressaltarmos que apesar do doutrinador ser o primeiro jurista a sistematizar a desconsideração da personalidade jurídica, o autor era defensor da autonomia patrimonial, contrário a banalização na aplicação da desconsideração, devendo considerá-la como um evento de caráter excepcional, para os casos de fraude ou abuso do direito. As lições do referido autor frisam "Com efeito, o que se pretende com a doutrina disregard não é a anulação da personalidade jurídica em toda sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da

Modernos do Direito Comercial, em 1969, tratou sobre a *disregard doctrine* em uma conferência da UFPR, apontando o início dos debates na temática.

No Brasil, Menezes Cordeiro explica que a origem da teoria da desconsideração está fortemente subordinada a uma sociedade alicerçada em um grande desequilíbrio de renda e acesso. O autor entende que o Poder Judiciário precisou fornecer respostas rápidas, pois a demora na prestação jurisdicional em conflitos, prioritariamente o uso da lei para esquivar-se de suas obrigações, cometendo inúmeras fraudes. Nesse contexto, surgiu a desconsideração da personalidade no Brasil, como forma do julgador estancar as manobras da inadimplente diante das facilidades preceituadas em nossa legislação²⁶.

No Brasil, em 1919, todos os tipos societários admitidos pelo ordenamento jurídico imputavam aos sócios a integral responsabilidade solidária e ou subsidiária, naquele momento a separação entre pessoa física e jurídica não significava a responsabilização limitada²⁷. Em nossa legislação, consagrou-se, no passado, autonomia patrimonial²⁸, no artigo 20, do CC de 1916²⁹. A desconsideração é uma elaboração teórica que busca o rompimento desta autonomia³⁰ quando presente a realização de fraudes e abusos.

Posteriormente, o entendimento se modificou com a promulgação do Código Civil de 2002, já com uma responsabilização limitada e com o legislador impondo uma ordem jurídica positiva, o conceito de sanção por abuso do direito, que estabeleceu o

personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)". (REQUIÃO, 1977, op. cit., p. 65).

26 CORDEIRO, Antônio Menezes. A desconsideração da personalidade jurídica. In: ALVIM, A.; CERQUEIRA CÉSAR, J.; ROSAS, R. (coords.). Aspectos controvertidos do Novo Código Civil, 2003. p. 87.

27 ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Palestra proferida na Primeira Semana do Consumidor – Faculdade de Direito do UniCeub. Brasília, 18 de março de 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058513.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021. p. 3-4.

28 A separação entre os patrimônios da pessoa jurídica e os das pessoas que a compõem gerando importantes consequências no tocante a responsabilização patrimonial, posto que pelas obrigações dos membros da pessoa jurídica não responde o patrimônio da pessoa jurídica, nem pelas obrigações desta será possível alcançar o patrimônio individual de seu membro, senão em hipóteses excepcionais e raras.

29 Art. 20. As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros. § 1º Não se poderão constituir, sem prévia autorização, as sociedades, as agências ou os estabelecimentos de seguros, montepio e caixas econômicas, salvo as cooperativas e os sindicatos profissionais e agrícolas, legalmente organizados.

30 Nesse sentido, estabelece Fabio Ulhoa a respeito da autonomia patrimonial que "[a] teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa, justamente, a impedir que essa fraudes e esses abusos da pessoa jurídica, perpetrados com utilização do instituto pessoa jurídica, se consumam. É uma elaboração teórica destinada a coibição das práticas fraudulentas que se valem da pessoa jurídica. E é, ao mesmo tempo, uma tentativa de preservar o instituto pessoa jurídica, ao mostrar que o problema não reside no próprio instituto, mas no mau uso que se pode fazer dele." (COELHO, op. cit., 1989, p. 13).

elemento moral ou ontológico da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que antes não existia o termo desconsideração da personalidade jurídica³¹.

Nesse cenário, o texto normativo exposto no artigo 50, do Código Civil, representa o fundamento legal para a desconsideração da personalidade jurídica nas relações que não são objeto de microsistemas específicos, pretende, como ele mesmo aduz, reprimir uma espécie de abuso do direito, ou seja, aquele cometido pela manipulação da personalidade jurídica.³²

O artigo 50, do Código Civil³³ conservaria, em tese, esses ditames clássicos, ou seja o alcance dos sócios através de parâmetros líquidos e certos, por meio de critérios discutidos e amadurecidos ao longo do tempo na doutrina, mesmo que hermeneuticamente desviados, explicitando conceitualmente quais momentos seriam considerados abuso da pessoa jurídica, para então levantarmos o seu véu.

É necessário o “plus” da fraude ou do abuso decorrente a personificação para, então, atingirmos determinados sócios; a explicação é lógica, no sentido de que a teoria

31 Importante ressaltar que, apesar de a norma do Código Civil de 2002, não estabelecer os conceitos objetivos em seu artigo, o enunciado nº 7 do Centro de Estudos Judiciários do conselho da Justiça Federal aplica a desconsideração nos seguintes termos: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/653>. Ainda nesse pensamento, são as palavras de Napoleão Nunes Maia Filho: “No que se refere ao tão comum fenômeno da subcapitalização, cabe registrar que o Código Civil de 2002 (art. 50) não a inseriu como causa pré-justifi cadora da desconsideração da personalidade jurídica; ocorre esse fenômeno quando os recursos da pessoa jurídica (entidade) não insuficientes para cobrir as suas operações normais e os seus acionistas não a socorrem ou não lhe aportam recursos adicionais, levando-a ao descumprimento de suas obrigações; por conseguinte, não se mostra viável se ter a subcapitalização como fraude objetiva ou excesso objetivo de poder”. (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica em face da Evolução do Direito Obrigacional e os limites de sua aplicação judicial*. Superior Tribunal de Justiça

– Doutrina, Edição Comemorativa – 20 anos. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/dout20anos/article/view/3415/3539>. Acesso em: 09 out. 2021. p. 52).

32 ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil**. Editora MP: São Paulo, 2005. p. 63-68.

33 Redação dada pelo Código Civil de 2002, art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

em debate não pune o inadimplemento de uma obrigação, mas sim o mau uso da pessoa jurídica³⁴.

Por esses desvios hermenêuticos, é importante aprofundarmos a terminologia do abuso da personalidade, pois, em nossa pesquisa empírica realizada, o principal fundamento para desconsiderar a pessoa jurídica é o abuso da personalidade jurídica.

Segundo Leandro Zanitelli, o abuso pode ocorrer em dois momentos: "*o abuso da pessoa jurídica pode ser flagrado em duas ocasiões distintas, às quais corresponderão espécies também distintas de contrariedade à função*"³⁵. NO primeiro caso, está atrelada à limitação da responsabilidade, por exemplo, quando o sócio pratica atos que geram redução anormal do risco (que modifica a limitação natural que desperta a realização dos negócios, por exemplo o empreendimento é um porte médio a grande com um capital social de trinta (30) mil reais), não condizente com o aporte do empreendimento³⁶. A segunda ocasião é quando este abuso está relacionado aos seus membros e à pessoa jurídica. Nessa espécie, o abuso é verificado na alteração da separação invocada em condições anormais, adversas às funções estabelecidas³⁷. Podemos ponderar que a desconsideração da personalidade jurídica é uma sanção por eventual abuso do direito. A grande problemática é que o termo "abuso do direito" pode ser utilizado para qualificar inúmeros atos. Pode ser empregado para designar todo ou qualquer exercício anormal e a intensidade dessa pessoa jurídica³⁸. Autores, como Leandro Zanitelli, qualificam a desconsideração da personalidade jurídica como o exercício de direito de forma incomum ou apenas quando é um obstáculo a ser vencido para o recebimento de eventual crédito de terceiros, de modo que há uma desproporção objetiva dos

34 Entendendo que a mera insuficiência patrimonial, falência, insolvência, inadimplência não se apresentam como causas para a desconsideração são as posições de Marcio Guimaraes ao criticar os equívocos de interpretação oriundos da Lei 8078/90 e Lei 8.884/94 e Monica Gusmão, a qual inclusive cita o precedente revelado pelo desembargador Sergio Cavaliere Filho nesta mesma linha. (GUIMARÃES, Marcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n. 25. 2004. p. 234; e GUSMÃO, Monica. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o abuso do direito de sócio, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n. 26, v. 07, p. 269-271, 2004).

35 ZANITELLI, Leandro Martins. Abuso da pessoa jurídica e desconsideração. In: MARTINS COSTA, J. (org.). A reconstrução do Direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 248. p. 719.

36 Ibid., p. 719-720.

37 Ibid., p. 719-720.

38 Como no caso de a empresa faturar com uma enorme massa de fornecedores, dispondo de um capital social muito aquém da sua capacidade, intensificando o uso desta pessoa além do seu exercício natural.

parâmetros para este ato³⁹. Ao definir o abuso, Calixto Salomão traz uma importante distinção. Diz que há o abuso individual e institucional. O individual seria aquele uso indevido da pessoa jurídica *“com objetivo específico de causar dano a terceiro”*. Já o abuso institucional é aquele em que há geral *“utilização do privilégio da responsabilidade limitada contrária a seus objetivos e a sua função” e tem como diferença a desconsideração em benefício a qualquer credor*⁴⁰

A confusão⁴¹ supracitada pode ser designada quando uma espécie de mistura entre o patrimônio da sociedade e a do sócio, ou seja, quando não é possível diferenciar se determinado bem é do sócio ou da sociedade. A confusão dá-se quando a qualidade do credor e de devedor venham a reunir-se na mesma pessoa⁴².

Na extensão da desconsideração, a confusão⁴³ está conectada a uma interpretação funcional da pessoa jurídica, como afirmam Comparato – Salomão⁴⁴. Até porque um dos propósitos da criação da personalidade jurídica é o da constituição de

39 ANDRADE FILHO, op. cit. O autor (op. cit., p. 86-87) da referida obra sobre o abuso, explica: “a expressão é problemática porque encerra, de plano, uma ideia de contradição. A ideia do abuso é contrária ao Direito, que existe para sancionar exatamente as condutas abusivas em geral”.

40 SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. Revisada e ampliada. São Paulo: Malheiro, 2015. p. 222.

41 “É importante notar que a noção de confusão estudada não se limita à mera confusão de patrimônio, caracterizado pelo aproveitamento de bens ou capital pelo sócio para uso pessoal, desvinculado dos interesses sociais (como depósito de pagamentos devidos à sociedade na conta do sócio, registro de veículos para uso pessoal em nome da sociedade, despesas particulares em geral, tais como viagens turísticas ou alimentação, pagas com dinheiro da sociedade etc.). Pelo contrário, a confusão que se pretende coibir abrange hipótese muito maior, alargando a sua noção para incluir também hipóteses em que se verifica a confusão de denominação social ou organização societária. São hipóteses bastante frequentes a confusão entre nomes semelhantes atribuídos à sociedade controladora e à controlada; a coincidência de sede, administração ou contabilidade; além da confusão patrimonial acima exposta”. (GIANNICO NETO, Francisco Ettore. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019).

42 TORRENTE, Andreia. Manuale di diritto privato. 17. ed. Milano: Giuffrè., 2004. p. 390.

43 Para Ceolin a confusão: “[...] não se pode entender por confusão patrimonial, enquanto critério de aplicabilidade da desconsideração, por exemplo, a mera transferência de bens do sócio para a sociedade ou vice-versa. Nessas hipóteses, caracterizada estará a ocorrência de simulação ou fraude, seja contra credores, seja contra o processo executório, jamais abuso da estrutura formal da pessoa jurídica”. (CEOLIN, Ana Caroline Santos. Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 54).

44 Os autores ainda lecionam que em matéria empresarial, a pessoa jurídica é apenas uma técnica de separação patrimonial. (SALOMÃO FILHO, Calixto; COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 362).

separação patrimonial entre ela e os membros que a compõem. Assim, ocorrendo a confusão patrimonial, há um nítido desvio de sua função e, neste caso, poderia ser alcançado pelo instituto.

Para Dropnig, amalgama patrimonial por si, não é suficiente para condenar os seus membros a uma possível desconsideração, sendo fundamental o esvaziamento do patrimônio social⁴⁵ Ainda sobre esta conceituação, a Ministra Nancy exemplifica de diversas formas "*empresas com os mesmos sócios, muitas vezes no mesmo endereço, conglomerados familiares, empresas controladas e empresas controladoras, nas quais é normal a transferência de ativos e passivos, custos e de lucros*"⁴⁶.

Apesar de não estar expressa em nosso artigo 50, do CC, a terminologia "fraude"⁴⁷ também está embrenhada nas mais presentes aplicações jurisprudenciais da desconsideração. Apesar de não explícitas as hipóteses de fraudes cometidas na utilização da personalidade jurídica, estão indiretamente compreendidas no ordenamento jurídico do artigo 50, do Código Civil. A fraude é, em si, uma figura do abuso e que exige o *animus* de prejudicar mais acentuado⁴⁸.

Se aplica sob duas formas. Fraude à lei, que ocorre "*com a utilização de uma pessoa jurídica sempre que os destinatários de determinada forma jurídica se ocultarem por trás de pessoa jurídica já existente ou criada para tal finalidade específica, subtraindo assim a incidência da norma*"⁴⁹. E fraude a disposições contratuais, que se dá quando o

45 "Logicamente que a mistura por si só não é fator suficiente que autoriza a desconsideração. Porque se há a confusão, mas o credor consegue distinguir o patrimônio suficiente da sociedade, falta-lhe o interesse público para pedir a desconsideração". *Haftungsdurchgriff bei kapitalgesellschaften* (BIANCHI, op. cit., p. 55).

46 ANDRIGHI, op. cit., p. 5.

47 Para Clóvis Beviláqua, o vocábulo fraude trouxe do Direito romano uma certa vacilação de significado, que passou para o Direito francês e o pátrio. Realmente, os romanos, umas vezes, designavam por *fraus* qualquer meio ardil ou embuste empregado no intuito de enganar, outras vezes, *fraus* equivalia à simulação, como na frase *fraudem* sinônima a simulação, e Coelho da Rocha apresenta como equivalente a dolo. Teixeira de Freitas, porém, acentuou a distinção que se deve fazer entre os dois vocábulos e fixou a noção de fraude. E a definição de Caio Mario da Silva Pereira como artifício malicioso para prejudicar terceiro. (COELHO, 1989, op. cit., p. 56). Por fim, Alexandre Couto explica "A fraude é o artifício malicioso o qual pode ser traduzido como uma 'distorção intencional da verdade com o intuito de prejudicar terceiros'". (SILVA, Alexandre Couto, op. cit., p. 46).

48 ANDRADE FILHO, op. cit., p. 97-104.

49 CORRÊA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 300.

sócio visa a utilizar a pessoa jurídica para driblar determinada vedação a algum contrato⁵⁰.

As perplexidades geradas pelo conflito apresentado neste estudo são, na verdade, fruto de uma confusão conceitual, como bem afirma Calixto Salomão Filho,⁵¹ pois é necessário distinguir o problema do método quando se trata da desconsideração da personalidade jurídica. O problema da desconsideração é algo muito mais profundo que o método⁵² e manifesta sempre que se trata de imputar certa norma, dever ou obrigação a pessoa diversa de seu destinatário normal, é imprescindível admitir que qualquer qualidade de discussão a respeito da imputação de direitos e obrigações (e não apenas da responsabilidade patrimonial) implica averiguar os limites de cada centro de imputação e, conseqüentemente, a respectiva viabilidade de desconsideração.⁵³

É possível considerar a lei como algo não acabado, pois o legislador não consegue prever todas as variações que a prática produzirá. Por esse motivo, o juiz dará o acabamento: como aplicador das normas, muitas vezes, percorrerá um caminho para além da lei⁵⁴.

Contudo, isso não pode nos levar a uma arbitrariedade; ao realizar o direito na decisão de casos concretos, o juiz deve fazê-lo de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, com a Constituição e correspondência em

50 Serick exemplifica o este caso "a pessoa assume contratualmente uma obrigação de não fazer e, para burlar essa cláusula, constitui determinada pessoa jurídica para a prática do ato" (Forma e Realidade da pessoa jurídica, Milano, Giuffrè p 40 e s. apud BIANCHI, op. cit.

51 SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 251-258.

52 "A desconsideração entendida como método não pode ser confundida com uma ampliação da teoria dualista da obrigação, ou seja, da imputação da responsabilidade a pessoa diferente do devedor". (Ibid., p. 229). E continua o autor "Coisa diversa é o 'método' de desconsideração da personalidade jurídica. Esse é dotado de pressupostos específicos de aplicação. Com relação a ele, não é possível misturar questões de responsabilidade e de imputação. Essas últimas se referem-se, o mais das vezes, a situações potencialmente conflituais". (Ibid., p. 260).

53 Em sistemas como o Brasil, no qual a personalidade jurídica é atribuída a todas as sociedades, com ou sem responsabilidade limitada. Sua definição do problema da desconsideração torna-se, portanto, aplicável apenas admitindo-se a função de máxima separação de esferas por ele atribuída à pessoa jurídica, o que, do ponto de vista positivo, é arriscado e, do ponto de vista histórico-sistemático, incerto. (CORRÊA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 611).

54 LARENZ, Karl. Metodologia de ciência do direito. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkin, 1997. p. 331-333.

regulamentações legais efetivamente existentes; em suma, deve poder integrar-se no sistema intrínseco da ordem jurídica⁵⁵.

Dessa forma, apesar de uma certa autonomia na aplicação da lei, o juiz não pode decidir segundo suas concepções pessoais ou seu arbítrio, devendo, na realidade, manter-se no âmbito global da ordem jurídica, fundamentando nela suas decisões⁵⁶.

Nesse ponto nevrálgico de nosso trabalho, dada as recentes formas de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a partir das primeiras análises conceituais, em primeiro momento, conseguimos compreender o campo em que se deve desenvolver a desconsideração. Essas análises conceituais atreladas à pesquisa jurimétrica realizada sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, deparamo-nos com novos meios, ou seja, conceitos além do que está evidenciado pelo artigo 50, do Código Civil.

Observamos que o procedimento processual alterou substancialmente a maneira segundo a qual a desconsideração é tratada, gerando reflexos jurídicos em várias searas do

direito, por exemplo, na Justiça do Trabalho⁵⁷.

Importante ressaltar que existem microssistemas legais⁵⁸ que possuem sua construção jurídica, como a legislação consumerista, ambiental, entre outras, em que parte da doutrina convencionou utilizar a nomenclatura "Teoria Menor"⁵⁹.

⁵⁵ Ibid., p. 344-345.

⁵⁶ Corroborar, nesse sentido, Luiz Siches, quando explica que o juiz deve verificar os resultados práticos que a aplicação de norma, sempre que estes resultados se mostrarem de acordo com valorações que inspiram a ordem jurídica positiva, deve-se aplicar a ordem jurídica positiva. Caso contrário a norma ao ser aplicada produzirá efeitos que são opostos a ordem jurídica. (SICHES, Luis Recaséns. Nueva Filosofía de la interpretación del derecho. 2.ed. México. Porrúa. 1973 apud FARIAS, Marcia Ferreira Cunha. A norma no pragmatismo jurídico e a lógica do razoável: Um paralelo da filosofia jurídica de Oliver Wendell Holmes e de Luis Recaséns Siches. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 40, n. 158, p. 71-96, abr./jun. 2003).

⁵⁷ Vários estudos demonstrando alterações da jurisprudência trabalhista sobre os reflexos do CPC.

⁵⁸ Art. 28, do Código de Defesa do Consumidor; art. 4º, da Lei do Meio Ambiente (Lei nº 9.605/98); art. 34, da Lei nº 12.529/11 e Lei nº 12.846/2013 (aplicação da teoria no âmbito do processo administrativo).

⁵⁹ "A aplicação dessa teoria (menor) parte de mero casuismo e nega toda a base de direito societário porque não relativiza a distinção consagrada entre a figura da sociedade e a de seus sócios e ignora todo o princípio da autonomia patrimonial [...]. Há quem invoque a regra do artigo 28 desse artigo com o fundamento para aplicação da teoria menor, ou seja, a insatisfação do credor seria o bastante para que o juiz determinasse a responsabilidade pessoal dos sócios." (GUSMÃO, Monica. A desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 74. 2016 p. 185).

Só para demonstrar as várias formas com que a teoria⁶⁰ se manifesta, Marcio Nunes expressa *uma variedade de nomenclaturas*, como as mais conhecidas Teoria Maior e Teoria Menor; Teoria Objetiva e Subjetiva e ainda Teoria Inversa, Teoria Direta, Teoria Indireta, Teoria Benéfica, Desconsideração da Responsabilidade Limitada, Desconsideração, Despersonalização, Desestimação, Superação Episódica, entre outras. Para o autor, a vasta nomenclatura resulta em uma inegável manipulação e uma perigosa sensação de impotência gerada pela submissão a interpretações extremamente vaga/ imprecisa⁶¹.

Nesse pensamento é o argumento de Bruno Meyerhof Salama, de modo que a solução para o problema da *disregard doctrine* é o uso de terminologias imprecisas e atalhos interpretativos que geram insegurança jurídica⁶².

60 Conquanto definir a teoria da desconsideração da personalidade jurídica seja tarefa complexa, lançaremos mão de uma, assim formulada: a desconsideração da personalidade jurídica é a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio da função da pessoa jurídica, perpetrada por estes. (BLOK, op. cit., pos. 366-473).

61 NUNES, 2005, op. cit., p. 28-29.

62 SALAMA, Bruno Meyerhof. O fim da responsabilidade limitada no Brasil – história, direito e economia. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 295.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO DA PENA

VICTOR CYPRIANO CORRÊA⁶³

RESUMO: Trata-se o presente artigo de uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade do regime inicial de cumprimento de pena fechado em caso de crimes hediondos. Os fundamentos utilizados foram o princípio da individualização da pena e o dever de fundamentação das decisões judiciais. Ocorre que o referido princípio também influencia a atuação do legislador, que submete-se a um poder-dever municiado pela Constituição Federal de reprimir mais severamente os crimes mais graves, consoante opção política dos representantes do povo. No mais, não cabe alegar ausência de fundamentação, afinal nada mais democrático que obedecer ao estabelecido pela lei a partir de um mandamento constitucional.

Palavras-chave: crime hediondo, regime inicial de cumprimento de pena, princípio da individualização da pena

Abstract: This article is an analysis of the Federal Supreme Court's decision regarding the unconstitutionality of the initial regime for serving a closed sentence in the case of heinous crimes. The grounds used were the principle of individualization of the sentence and the duty to justify judicial decisions. It turns out that the aforementioned principle also influences the actions of the legislator, who submits to a power-duty provided by the Federal Constitution to repress the most serious crimes more severely, depending on the political option of the people's representatives. Furthermore, it is not possible to allege a lack of justification, after all, there is nothing more democratic than obeying what is established by law based on a constitutional commandment.

Key words: heinous crime, initial sentence regime, principle of individualization of punishment

Introdução e a evolução da jurisprudência do STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) havia decidido pela constitucionalidade do regime integralmente fechado para o cumprimento de penas por crime hediondo. Essa decisão foi objeto do habeas corpus 69.657, julgado em 18.12.1992.

Já em 23 de fevereiro de 2006, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus n.º 82.959-7-SP, decidiu que o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, padecia de vício de inconstitucionalidade por vedar a progressão de regime prisional aos

63 E-mail: v.cypriano@hotmail.com

condenados por crimes hediondos, o que ofenderia o princípio da individualização da pena.

Após essa decisão, o legislador modificou o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, introduzindo na lei a obrigatoriedade do regime inicial fechado para o cumprimento de pena em caso de crimes hediondos.

Atualmente, entende o STF que também é inconstitucional o estabelecimento de regime inicial fechado decorrente da condenação de crimes hediondos, conforme decidido em sede de repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 1.052.700 Minas Gerais. Segundo a Corte, ofende novamente o princípio da individualização da pena e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, de modo que só poderia ser aplicado o regime inicial mais gravoso caso a decisão fundamentasse a partir de elementos casuísticos a escolha pelo regime mais adequado.

O Princípio da Individualização da Pena

A constituição federal prevê expressamente, em seu artigo 5º, inciso XLVI, que a lei regulará a individualização da pena e adotará outros tipos de restrição de liberdade, como a perda de bens, de multa, de prestação social alternativa, e de suspensão ou interdição de direitos, consagrando o princípio da individualização da pena que, propõe uma adaptação da pena de acordo com as necessidades e características pessoais do condenado.

O Princípio da Individualização da Pena tem como objetivo garantir ao condenado a pena justa e proporcional ao mal praticado, devendo ser suficiente e necessária à prevenção e repressão do crime, tornando o condenado único e diferenciado, inclusive entre eventuais coautores ou partícipes.

Segundo Nucci:

“A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida”.

A partir de uma hermenêutica constitucional, percebe-se que a primeira incidência do princípio ocorre na atuação do poder legislativo, devendo o legislador selecionar as condutas que “atacam os bens mais importantes”. (GRECO, 2012, p.69). Por meio de um critério político-criminal, é mister do representante eleito pela sociedade atribuir a cada tipo penal uma ou mais penas que devem ser proporcionais ao bem jurídico protegido e a gravidade da ofensa, individualizando, assim, as penas de cada infração penal.

A constitucionalidade do regime inicial fechado

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90. O legislador a editou com o intuito de individualização da pena, visto que os delitos contidos na Lei dos Crimes Hediondos merecem maior rigor da constrição da liberdade. São delitos que o legislador, por determinação constitucional, considerou especialmente repulsivos e que, por essa razão, recebem tratamento penal e processual penal mais gravoso que os demais delitos.

A Constituição Federal exara mandados de criminalização, apontando expressamente a existência de crimes mais graves, afirmando, inclusive, que crimes como racismo são imprescritíveis. Menciona também que os crimes hediondos são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, não definindo, entretanto, quais são os delitos hediondos.

Acrescenta-se que a espécie dos crimes hediondos tem previsão constitucional, obra do poder constituinte originário, que indicou na Carta Maior a necessidade de repressão mais intensa a certos crimes etiquetados como hediondos. É certo, ainda, que o poder constituinte concedeu o poder-dever ao legislador infraconstitucional para a escolha e catalogação desses crimes que, nos termos da lei, são considerados de maior gravidade.

Trata-se, portanto, de intenção do poder constitucional de promover um tratamento mais gravoso em caso de crimes de maior ofensividade aos bens jurídicos mais importantes da sociedade. Uma opção democrática que vincula o legislante a, no exercício de sua função típica, conferir um regime mais gravoso a tais crimes.

É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro adota a tripartição de poderes, sendo cada poder responsável por suas atribuições constitucionais. Nesse sentido, cabe ao legislador a criação de leis, como atividade típica, ao judiciário a sua interpretação e aplicação e ao executivo a gestão pública nos seus estritos termos.

Quando o legislador edita uma lei, ela nasce com presunção de constitucionalidade, podendo ser afastada a presunção por decisão do STF, órgão de cúpula responsável pela higidez da constituição e do ordenamento jurídico pátrio. A despeito da indiscutível

importância da função constitucional de último intérprete da Carta Política, tal função deve ser exercida com deferência e razoabilidade, sob o risco de desequilíbrio entre os poderes.

A atividade legiferante deve obedecer às formalidades necessárias bem como aos direitos fundamentais. Todavia, quando o legislador fizer uma opção democrática, deve ser respeitada, salvo se ferir frontalmente qualquer disposição constitucional. Isso deve ser visto com prudência e técnica, não podendo ser fruto de posições ideológicas e doutrinárias de um poder não eleito.

Sem dúvidas que o poder judiciário deve ser livre para decidir, vinculado apenas à Constituição e a sua consciência. Essa liberdade no exercício de sua competência não é absoluta, notadamente em casos que a própria Carta Política confere um poder-dever ao legislador como faz no caso dos crimes hediondos, ocasião em que o poder constituinte originário delega ao legislador infraconstitucional a escolha de delitos mais graves a fim de etiqueta-los com hediondos.

Nesse diapasão, não se mostra válida a decisão de inconstitucionalidade do regime inicial fechado em caso de crimes hediondos em razão do princípio da individualização da pena e da necessidade de fundamentação das decisões jurídicas, pois afasta uma função constitucionalmente dirigida ao poder legislativo de promover um tratamento mais gravoso a certas espécies de crimes.

Cabe salientar que o princípio da individualização da pena não tem caráter absoluto e tem incidência sobre a atuação não só do poder judiciário, mas também sobre a atuação do poder legislativo. Assim, é plenamente possível a escolha política do legiferante no sentido de determinar por meio de lei o início da execução penal no regime fechado.

Entender diferente seria defender a inconstitucionalidade do artigo 33, §2º, "a", do Código Penal, dispositivo em que há previsão de regime fechado para criminosos que recebam uma condenação penal superior a 8 anos. Trata-se de um valor pré-estabelecido de forma abstrata pelo legislador, fazendo parte de seu juízo de conformação política, razoável e proporcional. Se foi escolhido determinado *quantum* para o início da execução penal em regime fechado, por qual motivo não poderia ser escolhida uma determinada espécie de crime para iniciar a execução da pena no regime mais gravoso?

Com efeito, não pode o juiz, a pretexto de ajustar a pena ao indivíduo, afastar-se dos preceitos legais que disciplinam o apenamento e sua execução. É dizer, não pode aplicar pena de natureza diversa da correspondente ao tipo penal, reclusão por detenção ou multa; multa por detenção. Não é permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando a condenação decorre de crime praticado com

violência a pessoa ou quando excedente, a primeira, ao quantitativo escolhido pelo legislador.

A Constituição, ainda que com expressa previsão do princípio da individualização da pena, permite ao legislador dosar as penas de acordo com a maior ou menor gravidade do crime cometido, regulando sua aplicação e execução. Concede ao Poder Legislativo um juízo de conveniência e oportunidade a respeito da política criminal, reprimindo crimes mais graves com sanções mais severas.

No mesmo sentido a Constituição Federal proíbe a concessão de graça e anistia aos crimes hediondos. O legislador dentro de seu espectro de atuação, incluiu outra proibição, qual seja, a concessão de indulto, sendo certo que o Pretório Excelso já se manifestou sobre o tema, atestando a constitucionalidade dessa inovação legal.

Ademais, todo tratamento mais gravoso aos crimes hediondos será necessariamente previsto de forma abstrata e prévia, em prejuízo às particularidades do caso concreto. Isso porque, a matéria penal deve ser veiculada por lei em sentido formal, em homenagem ao princípio da legalidade, mais especificamente, princípio da reserva legal. Desse modo, como característica da própria lei, é impositiva a sua generalidade, abstração e impessoalidade, sendo impossível, por questão lógica, a observância pelo legislador de possíveis individualidades de um caso concreto.

O princípio da individualização da pena é de aplicação no âmbito da criação da lei, do julgamento do caso concreto e da execução penal. O mesmo princípio pode ser aplicado de forma diferente em situações diferentes, isso fica claro quando esse tipo de norma entra em conflitos com outros princípios. Há ponderação, aplicando em maior ou menor escala a depender da situação. No caso da escolha pelo regime inicial fechado não se trata propriamente de uma ponderação, mas de uma aplicação diferente em momentos diversos, à luz de uma opção democraticamente e constitucionalmente proporcional, ressaltando que o referido princípio não é absoluto.

Também não se justifica o fundamento de ofensa ao dever de fundamentação. O magistrado sempre fundamentará sua decisão, mas, assim como no caso do artigo 33, §2º, "a" do Código Penal, o fundamento - seja para prisão em regime fechado, seja para adoção do regime inicial mais gravoso - será a própria lei, instrumento democrático de regulamentação de condutas.

Por derradeiro, cabe destacar que decisão do STF acaba por ofender o princípio da isonomia, já que redundará em tratamento jurídico idêntico para situações ontologicamente desiguais. A Constituição da República determina que o legislador deva tratar mais severamente os crimes hediondos. O regime inicial mais gravoso é uma opção política, lastreada na vontade constitucional, que ao ser afastada pela Suprema Corte gera

como consequência o tratamento idêntico entre o agente que pratica um furto e o homicida qualificado.

Conclusão

O artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, que estabelece o regime inicial fechado para cumprimento de pena decorrente de decisões judiciais transitadas em julgado não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade, já que o legislador constituinte deixou ao encargo do legislador ordinário a fixação dos parâmetros de individualização da pena, com a expressa previsão de mandados de criminalização a fim de proteger bens jurídicos caros à sociedade. O fundamento é a própria lei, que indiretamente cumpre uma determinação constitucional. A escolha feita pela Casa do Povo não pode ser substituída pela vontade do juiz aquilatando a constitucionalidade de um dispositivo legal pelas suas predileções pessoais sobre a melhor forma de se proceder à execução da pena de forma mais severa em caso de crimes mais graves, bem como incorrendo em ofensa à isonomia.

Bibliografia

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 1.052.700. Minas Gerais. Relator MIN. Edson Fachin.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O regime inicial de pena nos crimes hediondos não precisa ser obrigatoriamente o fechado. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/429e4a44bec547a527df987730b19aab>>. Acesso em: 22/01/2024

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.34.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

IMPACTOS ECONÔMICOS DA LIMITAÇÃO DOS JUROS DO ROTATIVO DO CARTÃO DE CRÉDITO A PARTIR DE JANEIRO DE 2024.

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA: advogado (OAB/SP 407.499), sócio proprietário do Fidelis Sociedade Individual de Advocacia (<https://fidelisadvocacia.com/>), bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) e especialista em Direito Empresarial pela FGV-SP.

Em 03.10.2023 foi publicada a Lei Federal nº 14.690, conhecida como a legislação do Programa Emergencial de Renegociação de Dívidas de Pessoas Físicas Inadimplentes, ou simplesmente "Desenrola Brasil". A referida lei estabeleceu normas para facilitação de acesso ao crédito e mitigação de riscos de inadimplimento e de superendividamento de pessoas físicas.

Entre outras medidas, o diploma legal em tela disciplinou o chamado rotativo do cartão de crédito, que é um dos maiores alçozes do consumidor endividado. Em suma, o crédito rotativo é ofertado por instituições financeiras quando o cliente não paga o valor total da fatura do cartão de crédito até a data de vencimento, de modo que o saldo residual da dívida é transportado para a fatura do mês subsequente, acrescido de juros, IOF e encargos financeiros.

A respeito do tema, em agosto de 2023, o Presidente do Banco Central do Brasil ("BACEN"), Roberto Campos Neto, afirmou⁶⁴ que:

"A gente tem um mercado que tem características muito diferentes no Brasil. A gente tem um parcelado sem juros, que ajuda muito o comércio, que ajuda muito a atividade, mas que tem aumentado muito o número de parcelas, de três para cinco, para sete, para nove, para 11. Hoje, o prazo médio são 13 parcelas. Então, é como se fizessem um financiamento de longo prazo sem juros. A pessoa que toma a decisão de dar os juros não é a mesma que paga pelo risco, isso gera uma assimetria."

"Os bancos, novos entrantes e varejistas acabaram usando o cartão de crédito como um instrumento de fidelizar o cliente. Então, nós saímos de cento e poucos milhões de cartões de crédito para 215"

64 < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-08/banco-central-estuda-o-fim-do-credito-rotativo-do-cartao-de-credito> > Acesso em 22.12.2023.

milhões de cartões de crédito num período de dois anos e meio, isso é uma alta bastante grande"

"O resultante disso foi uma inadimplência no rotativo de 52%. Não tem nenhuma inadimplência, nem parecida, em nenhum outro lugar do mundo, que eu tenha olhado, no cartão de crédito".

Segundo dados⁶⁵ do próprio BACEN, entre 04/12/2023 a 08/12/2023, a taxa média de juros praticados pelo mercado no crédito rotativo foi de incríveis 477,59% a.a. Se a inadimplência média nessa modalidade de crédito é superior a 50%, conforme afirmou Campos Neto, temos o cenário perfeito para o superendividamento do consumidor brasileiro.

As taxas proibitivas praticadas pelo mercado, na prática, significam uma servidão financeira dos consumidores, que, sem melhora salarial equiparada aos juros das operações de crédito (o que seria uma utopia) e desprovidos de educação financeira, acabam emaranhados em uma teia de dívidas impagáveis, que se retroalimentam com o passar do tempo, fazendo com que o cidadão pague quatro, cinco ou até mais vezes o valor da dívida original já no curto prazo (1 a 2 anos).

Trata-se de expediente catalisador de uma mobilidade social reversa, isto é, os juros astronômicos cobrados no rotativo do cartão de crédito fazem o consumidor estagnar financeiramente ou, frequentemente, causam o empobrecimento sistemático de famílias inteiras, que não sabem lidar com finanças pessoais.

Neste contexto, o art. 28 da Lei Federal nº 14.690/2023 disciplinou as taxas de juros e encargos financeiros que podem ser cobrados em operações de crédito rotativo e de parcelamento do saldo devedor de faturas de cartão de crédito:

"Art. 28. Os emissores de cartão de crédito e de outros instrumentos de pagamento pós-pagos utilizados em arranjos abertos ou fechados, como medida de autorregulação, devem submeter à aprovação do Conselho Monetário Nacional, por intermédio do Banco Central do Brasil, de forma fundamentada e com periodicidade anual, limites para as taxas de juros e encargos financeiros cobrados no crédito rotativo e no parcelamento de saldo devedor das faturas

⁶⁵ < <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros?codigoSegmento=1&codigoModalidade=204101> > Acesso em 22.12.2023.

de cartões de crédito e de outros instrumentos de pagamento pós-pagos.

§ 1º Se os limites referidos no caput deste artigo não forem aprovados no prazo máximo de 90 (noventa) dias, contado da data da publicação desta Lei, o total cobrado em cada caso a título de juros e encargos financeiros não poderá exceder o valor original da dívida.

§ 2º O limite previsto no § 1º deste artigo também será aplicável aos emissores de cartão de crédito e de outros instrumentos de pagamento pós-pagos que deixarem de aderir à autorregulação de que trata o caput deste artigo.

§ 3º O disposto neste artigo não constitui infração à ordem econômica prevista na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e será regulamentado pelo Conselho Monetário Nacional."

Como se vê, a legislação deixou a cargo do Conselho Monetário Nacional ("CMN") a definição anual dos limites dos juros e dos encargos financeiros do crédito rotativo das faturas de cartão de crédito.

O CMN⁶⁶ é o órgão superior do Sistema Financeiro Nacional e tem a responsabilidade de formular a política da moeda e do crédito, objetivando a estabilidade do real e o desenvolvimento econômico e social do País. Integram o CMN o Ministro do Estado da Fazenda (Fernando Haddad), na condição de Presidente do Conselho; a Ministra de Estado do Planejamento e Orçamento (Simone Tebet); e o Presidente do BACEN (Campos Neto).

Na última reunião mensal do CMN, realizada em 21/12/2023, o órgão não chegou a um consenso acerca dos limites de juros e encargos, de modo que, a partir de 01/01/2024 passará a vigorar o disposto no § 1º do art. 28 da Lei Federal nº 14.690/2023, ou seja, o total de juros e encargos cobrados no rotativo do cartão de crédito não poderá exceder o valor original da dívida.

Desse modo, se o consumidor gastou R\$ 100,00 no cartão de crédito e não pagou a fatura, os juros e encargos do rotativo não poderão exceder R\$ 100,00, ou seja, a instituição financeira poderá cobrar, no máximo, R\$ 200,00, excluindo-se deste teto o valor do Imposto sobre Operações Financeiras ("IOF").

66 < <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/cmnm> > Acesso em 22.12.2023.

Naturalmente, se o cliente gastar mais R\$ 200,00 no mês seguinte e novamente não pagar a fatura, estes R\$ 200,00 entrarão no crédito rotativo e poderão ser cobrados até R\$ 400,00 após a aplicação dos juros e encargos financeiros. Em outras palavras, sobre cada nova entrada de valores no crédito rotativo, o banco ou financeira poderá cobrar juros e encargos de até 100% (sem computar o IOF).

Pondere-se que tais regras valerão apenas para dívidas incluídas no rotativo do cartão de crédito a partir de 01.01.2024. Se o consumidor já estava devendo crédito rotativo em dezembro de 2023 ou antes, a instituição financeira poderá cobrar juros e encargos que excedem o teto de 100% da dívida original, mesmo a partir de 2024.

A medida é benéfica para a saúde financeira dos consumidores, ao menos no curto prazo, pois haverá redução substancial dos juros e encargos financeiros que, em média, quase alcançaram a marca dos 500% a.a. em dezembro de 2023.

As instituições financeiras, por sua vez, reformularão os critérios para concessão de crédito, possivelmente diminuindo as quantias disponibilizadas aos consumidores em razão da imposição do teto de 100% dos juros e encargos do rotativo.

Há grandes chances de os lucros corporativos serem impactados negativamente neste momento de adaptação, especialmente em instituições financeiras de pequeno e médio porte, cuja atividade empresarial se concentra na concessão de crédito de risco para pessoas físicas. Grandes bancos, a nosso ver, não terão o balanço tão impactado, pois trabalham com outras linhas de produtos altamente rentáveis.

No longo prazo, todavia, é fundamental que o Governo Federal implemente políticas públicas que promovam a educação financeira dos brasileiros (preferencialmente desde o ensino básico), pois, sem disciplina nos gastos, é certo que num horizonte de 10 anos ou mais, o cenário de superendividamento perdure ou até mesmo piore, mesm’o com a medida paternalista de limitação dos juros e encargos.

Ademais, as instituições financeiras provavelmente criarão novos produtos e linhas de crédito ao consumidor para contornar o teto de 100% que, aliás, valerá apenas para o ano de 2024, podendo ser alterado a partir de 2025, já que o *caput* do art. 28 da Lei Federal nº 14.690/2023 estabeleceu periodicidade anual para fixação dos limites de juros e encargos.

OS DIREITOS HUMANOS COMO JUSTIFICATIVA PARA CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)⁶⁷.

O presente artigo tem como objetivo trazer algumas considerações referentes aos Direitos Humanos e sua evolução que acabou por eclodir na criação do Tribunal Penal Internacional -TPI, para julgar crimes de guerra. Em outra oportunidade, trataremos da evolução histórica do Tribunal Penal Internacional, discorrendo sobre o Tribunal de Nuremberg, o Tribunal do Extremo Oriente e por fim, os Tribunais Penais Internacional para Ex-Iugoslávia e para Ruanda.

Nesse sentido, partimos dos ensinamentos de Fábio Konder Comparato (2011, p. 24), segundo o qual, foi no período axial, que se inicia no sec. VIII a.C., que surgiu a ideia de uma "igualdade essencial entre todos os homens", que somente se concretizou vinte e cinco séculos depois quando surgiu a primeira organização internacional que pudesse englobar todos os povos da terra, proclamando a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que prescreve em seu primeiro artigo que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade" (GOMES e PIOVESAN, p. 360). Além disso, previu no seu terceiro artigo que "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança"

⁶⁷ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

No entanto, para se chegar à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), várias leis foram criadas, e, cada uma, a seu tempo, evoluindo no tratamento do ser humano. Neste contexto, afirma Sidney Guerra (2008, p.3) que:

O Egito foi a primeira civilização na história da humanidade que desenvolveu um sistema jurídico praticamente individualista, e os mesopotâmios redigiram textos jurídicos que podiam ser chamados de códigos, os quais formularam regras de direitos.

Leite (2011, p.1), ao tratar sobre os antecedentes históricos dos direitos humanos, relaciona as seguintes leis que tiveram influência na sua formação: a) 1694 a.C – Código de Hamurabi (Mesopotâmia); b) 3000-1000 a.C – Civilização Egípcia; 1300-450 a.C – Lei Mosáica (Pentateuco); 1.300-800 a.C – Código de Manu (Hinduísmo); 1000 a.C. – Leis Zoroastrianas; Séculos XV-XIV a.C – Legislação Budista e Confuciana; 450 a.C – Leis das XII Tábuas (Roma); Séculos I a XV – Legislação Cristã; e, Século VII – Legislação Islâmica.

Como não é objetivo da pesquisa discorrer sobre referidas leis, tais informações servem para indicar que há séculos a humanidade busca criar mecanismos em defesa da pessoa humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria. Vale trazer à colação o pensamento de Comparato (2010), quando afirma que: “todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”.

Maria Soub (2006, p. 14), ao citar Cançado Trindade, afirma que a idéia de direitos humanos é

[...] tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em movimentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra a o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação da vida comunitária e do princípio da legitimidade.

Existe um consenso doutrinário de que antes da Declaração dos Direitos Humanos, algumas normas limitando a atuação dos reis denunciavam conteúdo de proteção aos direitos humanos, tais como : *Magna Carta Libertatum*, de 1215; *Lei de Habeas Corpus*, 1679; *Bill of Rights*, de 1689, sendo que a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 16 de junho de 1776, conforme mencionado por Leite (2011, p.2) foi o “marco da universalização dos Direitos Humanos”, visto que em sua Seção I, proclamava o direito à vida, à liberdade e à prosperidade.

Ressalte-se que naquele ano (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos, também conhecida como Declaração Americana, comemorada em 4 de julho, foi proclamado em seu art. 1º que “todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis, entre os que estão a vida, a liberdade e a busca pela felicidade”.

Desde já, chama-se a atenção para o fato de que a proteção à vida já se desenhava nas referidas leis, o que é relevante para a presente pesquisa, visto que em capítulo próprio se discorrerá sobre a pena de morte.

Do outro lado do mundo, com a pretensão de universalizar dos princípios de liberdade, da igualdade e da fraternidade, em 26 de agosto de 1789, proclamava-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da revolução francesa contra o *ancien regime* (COMPARATO, 2011, p.145-148).

A partir daí, pode se afirmar que os direitos humanos saem do plano personalíssimo para o coletivismo, sendo que:

O personalismo, em seus contornos mais simples, enuncia o ser humano primeiro. O indivíduo é a origem e a razão de ser do coletivo. Possui dignidade própria, sendo a preservação do seu corpo, da sua vontade e do seu espírito o objetivo de qualquer forma de organização política. [...] O coletivismo, diversamente do personalismo, proclama o coletivo primeiro. A pessoa deixa de ser vista como ser isolado e indiferente ao seu entorno, é integrada a um universo de coexistência e necessária convivência como seus iguais; o bem individual é ajustado e condicionado à realização do bem coletivo. O egocentrismo do ser humano cede lugar à solidariedade social e do direito puramente individual, em certa medida, é pressionado pela expansão da função social atribuída a cada componente do grupamento (GARCIA, 2009, p. 17-18).

Assim, as expressões *liberdade, igualdade e fraternidade*, que inspirava a revolução francesa, serviram para desencadear um novo sentimento entre as pessoas, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais. Neste contexto, Comparato (2011, p. 148) afirma:

Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, limitava-se praticamente à supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de

ofícios. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios.

Em uma breve leitura na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), é possível constatar a garantia à liberdade (art. 2º), à manifestação do pensamento (arts. 10 e 11), à propriedade (art. 2º), à segurança (art. 2º), à soberania do Estado (art. 3º), a limitação dos direitos individuais em prol da sociedade (art. 4º e art. 5º), o princípio da legalidade penal (art. 7º e 8º), presunção de inocência (art. 9º), entre outros, chamando-se a atenção pela não previsão da expressão “direito à vida”, assim como não há proibição à pena de morte.

A Declaração Americana (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), apesar de representar uma certa pretensão universalista, a proteção dos direitos humanos se restringe aos territórios dos Estados. Neste contexto, os países passaram a incorporar os direitos humanos no corpo de suas constituições (GUERRA, 2008, p. 12).

Ressalte-se que desde 1818 surgiu na Europa a necessidade da criação de uma parceria entre a Inglaterra, França, Rússia, Prússia e Áustria, firmando a Declaração de *Aix-la-Chapelle*, com a finalidade de manter uma íntima união de regular consulta para a preservação da paz baseada no respeito aos tratados (RODRIGUES, 2000, p. 23). Esta parceria foi expandindo com as Conferências multilaterais, ocorridas em Haia em 1899 e 1907, ou seja, quando da Primeira Guerra Mundial, desencadeada entre julho de 1914 a novembro de 1918, já se podia falar em sociedade internacional universal, incluindo representantes das Américas, Ásia e África, no entanto, conforme afirma Simone Rodrigues (2000, p. 63), “apesar de universal (os direitos humanos), ainda permanecia eurocêntrica”.

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos iniciou-se especialmente pela necessidade de minimizar os efeitos das guerras, a exemplo da Convenção de Genebra de 1864, dando origem à criação da Cruz Vermelha, ficando convencionado o respeito aos cuidados às vítimas de guerra e dos militares feridos ou doentes, sem discriminação, surgindo-se então a denominação Direito Internacional Humanitário, cujo marco histórico, segundo Japiassú (2004, p. 9) foi a batalha de Solférino, onde tropas franco-sérvias de Napoleão III enfrentaram as tropas austríacas do Imperador Francisco José, fato que ocorreu em 24 de junho de 1859, gerando a morte e ferimentos de aproximadamente 40.000 pessoas.

Neste contexto, a evolução dos direitos humanos toma dois caminhos: o primeiro segue a linha do direito internacional humanitário, voltado a proteção da humanidade no campo das guerras, que culminará com a criação do Direito Penal Internacional, com forte ligação com o direito internacional público. Já a segunda linha

segue a evolução natural dos direitos humanos, motivando parte da doutrina a separar o estudo deste ramo do direito em gerações de direitos humanos.

Não se quer aqui afirmar que o direito internacional público teve suas origens na evolução dos direitos humanos, apenas foi possível detectar, durante a pesquisa, que no campo da evolução dos direitos humanos, a sua internacionalização acaba por adentrar no campo do direito internacional, considerando a necessidade de cooperação dos países, para validar os tratados e convenções voltados à proteção da humanidade.

A doutrina afirma que “o direito internacional é tão antigo quanto a civilização em geral, posto que seja consequência necessária e inevitável de toda a civilização” (Guerra, p. 8). Nesta linha de estudo, Rezek (2010, p. 11) afirma que:

O primeiro registro seguro da celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX^a dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição. Relewa observar o bom augúrio que esse antiqüíssimo pacto devera, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egípcio-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos; e assinalando-se, na história do Egito, a partir desse ponto da XIX^a dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde em processo de decadência, sem que haja notícia de uma quebra sensível do compromisso.

Para a presente pesquisa, interessa a primeira linha, visto que para tratar do direito penal internacional, será imprescindível discutir a questão das relações internacionais, em especial a cooperação judicial internacional, a quebra de paradigma do conceito de soberania, a valoração dos tratados internacionais no âmbito da legislação interna de cada Estado. No entanto, voltar-se-á nesta linha de estudo, após um breve discorrer sobre a classificação dos direitos humanos em gerações de direito.

Preliminarmente vale dizer que parte da doutrina rechaça veementemente esta classificação, sob o argumento de ser prejudicial à formulação do direito internacional dos direitos humanos, conforme defende Cançado Trindade, citado por Guerra (2009, p. 164), que por sua vez, visando justificar a análise dos direitos humanos em gerações, adverte que tais direitos “não se sucedem ou substituem uns aos outros, mas se expandem, se

acumulam e se fortalecem”, servindo a classificação em gerações apenas para demonstrar como os direitos humanos foram conquistados, identificando-se o correspondente marco histórico, constituindo-se como uma forma didática para compreensão do “estudo dos direitos humanos na órbita jurídica internacional e doméstica”.

Neste contexto, os direitos humanos de primeira geração “se fundam numa separação entre Estado e sociedade que permeia o contratualismo dos séculos XVIII e XIX” (Guerra, 2009, p.165). Nos ensinamentos de Paulo Bonavides (1996, p.) são os direitos da liberdade, “os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos”. Tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”, que, por sua vez, tem o dever de abstenção em violar os direitos humanos, assim como garantir o gozo destes direitos.

No que tange à segunda geração os direitos humanos, são os direitos sociais, culturais e econômicos, decorrente das transformações surgidas no final do séc. XIX e início do séc. XX, em especial, conforme Guerra (2009, p. 166) e Bonavides (1996, 518), “pela crise das relações sociais decorrentes dos modos de liberais de produção, acelerada pelas novas formas trazidas pela Revolução Industrial”.

Já a terceira geração dos direitos humanos, se retrata nos direitos de solidariedade ou direitos de fraternidade, desenhado como direitos globais ou de toda a humanidade, ou seja, direito à paz, à autodeterminação dos povos e do meio ambiente equilibrado: o direito de viver em um ambiente não poluído.

Fala-se ainda em direitos humanos de quarta e quinta gerações, sendo que os de quarta geração são representados pela proteção dos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo e os de quinta geração aos direitos humanos relacionados aos direitos virtuais e tecnológicos (RUBIO; FLORES; CARVALHO, 2004, p.3-9).

Voltando à linha da internacionalização dos direitos humanos, com escopo de se chegar ao Tribunal Penal Internacional, vale lembrar a afirmação de Bobbio (1992, 32) que os direitos humanos “não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas”, está em constante processo de construção e reconstrução, conforme mencionado por Piovesan, ao tratar dos Direitos Humanos e Justiça Internacional (2011,p. 35-36), argumentos que justificam a pequena incursão que se fez neste capítulo, quanto a análise superficial da classificação das gerações dos direitos humanos.

Para Bobbio (1992), o maior problema dos direitos humanos não é a sua fundamentação, mas sim a sua proteção, que deve transcender às divisas territoriais dos Estados, exigindo-se a internacionalização dos direitos humanos e consequentemente uma

redefinição do conceito de soberania estatal, ou seja, uma flexibilização nas normas soberanas dos Estados. Neste contexto, Flavio Piovensan (2011 b, p. 169) nos informa que o primeiro marco no processo de internacionalização dos direitos humanos surgiu com o Direito Humanitário (direitos humanos da lei da guerra), com a Liga das Nações, acrescido da Organização Internacional do Trabalho.

Como dito anteriormente, o Direito Internacional Humanitário, segundo Japiassú (2004, p. 9), surgiu em 1859, após a batalha de Solferino, onde tropas franco-sérvias de Napoleão III enfrentaram as tropas austríacas do Imperador Francisco José, fato que gerou a morte e ferimentos de aproximadamente 40.000 pessoas. A necessidade de minimizar os efeitos das guerras, desencadeou a criação da Convenção de Genebra de 1864, dando origem à criação da Cruz Vermelha, ficando convencionado o respeito aos cuidados às vítimas de guerra e dos militares feridos ou doentes, sem discriminação, surgindo assim o Direito Internacional da Guerra, também conhecido como Direito Humanitário.

Nos ensinamentos de Flávia Piovesan, o surgimento da Liga das Nações, criada em 1920, após a primeira guerra mundial (1914 – 1918), reforçou a ideia de relativização da soberania dos Estados, sendo que a Liga das Nações “tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus (Estados) membros”. Neste sentido, o seu preâmbulo trazia as seguintes orientações:

As partes contratantes, no sentido de promover a cooperação internacional e alcançar a paz e a segurança internacionais, com a aceitação da obrigação de não recorrer à guerra, com o propósito de estabelecer relações amistosas entre as nações, pela manutenção da justiça e com extremo respeito para com todas as obrigações decorrentes dos tratados, no que tange à relação entre povos organizados uns com os outros, concordam em firmar este Convênio da Liga das Nações.

Verifica-se que a Primeira Guerra Mundial, conhecida também como “A Grande Guerra”, foi fator primordial à criação da Liga das Nações, assim como a internacionalização dos direitos humanos, em face do resultado da guerra, estimando-se que morreram aproximadamente 8 milhões de pessoas (HAVARD, 1922).

Outro destaque que se dá quanto à internacionalização dos direitos humanos foi o nascimento da Organização Internacional do Trabalho, após a Primeira Guerra Mundial, com a finalidade de “promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar” (PIOVESAN, 2011b, p. 171), regulando-se, no plano internacional as relações

de trabalho, dentre elas a igualdade de remuneração no emprego para mulheres e menores, à jornada de trabalho noturno, à liberdade de associação, entre outras.

Pode-se afirmar que o Direito Humanitário, a Liga das Nações, e a Organização Internacional do Trabalho, desencadearam o início do reconhecimento do indivíduo com sujeito de direitos no plano internacional, conforme afirma Piovesan (2011b, p. 175):

Aos poucos, emerge a ideia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional. A partir dessa perspectiva, começa a se consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional.

Esta perspectiva tem relevância, na medida em que se verá oportunamente que o Direito Penal Internacional responsabiliza criminalmente o indivíduo no plano internacional, independentemente da sua condição social.

A consolidação dos Direitos Humanos no âmbito internacional se deu nos meados do século XX, em decorrência das atrocidades praticadas na Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), sendo que nas palavras de Thomas Buergenthal, citado por Piovesan (2011b, 175):

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

Acrescenta Piovesan (2011b, 176) que “a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas”, ou seja, é possível constatar que o período compreendido entre 1914 a 1945 foi traçado por duas grandes guerras e pelo horror absoluto, com ocorrência de crimes bárbaros, tais como genocídio, crimes contra humanidade e crimes de guerra.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, ainda em abril de 1945, nasce a Organização das Nações Unidas – ONU, uma organização internacional fundada com a participação inicial de 51 países (atualmente são 193) “comprometidos com a manutenção da paz e segurança, entre as nações relações de amizade e promover o progresso social,

melhores padrões de vida e direitos humanos” **68**, que em seguida adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, passando a “ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais”(PIOVENSAN, 2011b, p. 177), consolidando o reconhecimento internacional dos direitos do indivíduo**69**.

Em face das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, no seio das Organizações das Nações Unidas, surgem os primeiros movimentos para que se estabelecessem bases concretas para criação de um Direito Penal Internacional e uma jurisdição penal internacional permanente (JAPIASSÚ, 2004, p. 75), justificando assim, o desencadeamento da criação dos tribunais militares *ad hoc* de Nuremberg e Ex-ioguslândia, até chegar à criação do Tribunal Penal Internacional, conforme se verá adiante.

Neste contexto, pode-se concluir que o Direito Penal Internacional não surgiu repentinamente. Foi um processo longo, desencadeado com a evolução dos direitos humanos, que parte do âmbito dos Estados para o campo internacional, fazendo surgir o direito humanitário internacional, até que a humanidade percebeu a necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional permanente para julgar os autores de crimes bárbaros, especialmente àqueles praticados em conflitos armados.

REFERENCIAS

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Org.). **O direito penal no Estatuto de Roma. Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

68 No site oficial das Nações Unidas, encontramos as seguintes informações quanto à atuação da ONU: “La labor de las Naciones Unidas llega a todos los rincones del mundo. Aunque es más conocida por el mantenimiento de la paz, la consolidación de la paz, la prevención de conflictos y la asistencia humanitaria, hay muchas otras maneras en que las Naciones Unidas y su sistema (organismos especializados, fondos y programas), afectan a nuestras vidas y hacer del mundo un lugar mejor. La Organización trabaja en una amplia gama de temas fundamentales, desde el desarrollo sostenible, medio ambiente y la protección de los refugiados, socorro en casos de desastre, la lucha contra el terrorismo, el desarme y la no proliferación, hasta la promoción de la democracia, los derechos humanos, la igualdad entre los géneros y el adelanto de la mujer, la gobernanza, el desarrollo económico y social y la salud internacional, la remoción de minas terrestres, la expansión de la producción de alimentos, entre otros, con el fin de alcanzar sus objetivos y coordinar los esfuerzos para un mundo más seguro para las generaciones presentes y futuras”. Disponível em: < <http://www.un.org/es/aboutun/>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

69 Importante registrar que hoje, conforme ensina Bacelar Gouveia (2008, p. 27), a proteção internacional dos Direitos Humanos conta com diversos sistemas que se foram instalando no mundo, sendo eles: a) o sistema universal; b) o sistema europeu; c) o sistema comunitário; d) o sistema americano; e, e) o sistema africano.

BARRETO, Augusto Dutra. **Pena de Morte. Um remédio social urgente**. São Paulo: Leud. 1998.

BÍBLIA SAGRADA. Revisada por Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Ave Maria, 2005.

BOBBIO, Norberto (1909). **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

BRASIL. 2008. Presidência da República. Disponível em: **Projeto de Lei n. 4.038/2008**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2008/msg700-080917.htm>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal Militar. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL, Presidência da República Federativa. **Código Penal - CP - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 06 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.20073>>. Acesso em: 27 jan. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.19913>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 maio 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.26785>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4375.htm>. Acesso em: 25 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2001). EDcl no REsp 222653/RR, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2001, DJ 13/08/2001, p. 203. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=222653&b=ACOR#DOC1>. Acesso em 13 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 18799 – RS. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=18799+&b=ACOR#DOC2>. Acesso em: 18 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 351487, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 10-11-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-03 PP-00571 RTJ VOL-00200-03 PP-01360 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 543-557 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 494-523. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000090845&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 460.971 - rel. Sepúlveda Pertence - j. 13.02.2007 - DJU 30.03.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000006928&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 DJ 19-05-1978 PP-03468 EMENT VOL-01083-02 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000105263&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 18 de jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 19 jan. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI N. 466-DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>>. Acesso em 01 fev. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. v. 1. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos direitos Humanos**. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal**. São Paulo: Unijuí, 2008.

DEATH PENALTY WORLDWIDE. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyworldwide.org/index.cfm>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional**. 2^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito internacional penal - uma perspectiva dogmático-crítica**. Almedina, 2008.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direitos Humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOWARD, Michael Eliot, 1922. **Primeira Guerra Mundial**. Tradução de Rosausa Eichenberg. Porto Alegre, RS: L&PM, 2011.

ICC. **The States Parties to the Rome Statute**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/states+parties/The+States+Parties+to+the+Rome+Statute.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

ICC. **Situations and Cases**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/>>. Acesso em 12 jan.2012.

_____. **Rome Statute**. 1998. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>>. Acesso em 13 jan. 2012.

_____. 1998. **Assembly of States Parties. Crime of Aggression**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/Crime+of+Aggression/>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O direito penal internacional**. Belo Horizonte: DelRey, 2009.

_____. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JOBIM, Marcelo Barros. **Pena de Morte no Brasil:Um Desafio às CláusulasPétreas**. Maceió: Editora Nossa Livraria, 2008.

JORGE, Fernando. **Pena de Morte: sim ou não? Os crimes hediondos e a pena capital**. São Paulo: Mercury, 1993.

KREß, Claus, et. all. org. Pablo R. Alflen da Silva. **Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional Alemão**. Tradução de Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre: Fabris Editor, 2004.

KREß, Claus. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2000.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, Vital e outros. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ONU. **Member States of the United Nations.** Disponível em: <
<http://www.un.org/fr/members/growth.shtml#content> >. Acesso em: 29 dez. 2011.

ORTIZ, Fernando Arellano. **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 nov. 2011. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=5.34090&seo=1>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar.** 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança internacional e direitos humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUBIO, David Sánches; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de. **Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RWANDA. Office of The President. **Rwanda has never regretted decision to abolish death penalty – President Kagame.** *Kigali, 13 October 2011.* Disponível em:
<<http://www.presidency.gov.rw/component/content/article/1-latest-news/532-rwanda-has-never-regretted-decision-to-abolish-death-penalty--president-kagame>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do Tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2006, p. 433-470.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e Direitos Humanos.** 2º tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUB, Maria Anaidés do Vale Siqueira. **O Ministério Público na jurisdição penal internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SZAC, Murielle. **Victor Hugo: Não à Pena de Morte.** Tradução Marcos Bagno. São Paulo: Edições SM, 2010.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/04 (Sistema Normativo Brasileiro)**. Curitiba: Juruá. 2008.

TPIY. **Judgement List**. Disponível em: <<http://www.icty.org/sid/10095>>. Acesso em: 08 jan. 2012.

TWAHIRWA, *Aimable*. **DEATH PENALTY-RWANDA. Abolition Spurs Quest for Justice**. 2007. Disponível em: <<http://ipsnews.net/africa/nota.asp?idnews=38821>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

UN. **Member States of the United Nations**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/members/index.shtml#a>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

UNICTR. **Statute of the Tribunal**. Disponível em: <<http://www.unicttr.org/Legal/StatuteoftheTribunal/tabid/94/Default.aspx>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

RECUPERAÇÃO DE PASTO E O ARRENDAMENTO RURAL

OTAVIO GOETTEN: Advogado integrante do escritório Battaglia & Pedrosa Advogados, pós-graduando em direito processual civil pela PUC com atuação na área de direito de família e do agronegócio⁷⁰.

Como bem se sabe, a atividade da pecuária ocupa importante espaço na economia brasileira. De acordo com o CEPEA (Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada), estima-se que a participação do setor na economia ocupe o espaço de 24,5% no ano de 2023, um pouco abaixo dos 25% registrados no ano de 2022. De todo modo, falamos de um setor que ocupa algo em torno de 1/4 de toda a economia do país.

Considerando que a maior parte da produção do país decorre da pecuária extensiva, ou seja, decorrente da criação do gado a pasto em grandes áreas, a importância da manutenção de uma pastagem de boa qualidade se torna crucial para o sucesso da fazenda. Nesse sentido, para aqueles que não se aventuram ou não querem se aventurar com as lavouras, uma boa opção para realização da recuperação do solo se dá através da realização do arrendamento rural, através da rotação de culturas para reposição de nutrientes no solo.

MAS AFINAL, O QUE SERIA O CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL?

O QUE É O ARRENDAMENTO RURAL?

O arrendamento rural nada mais é do que um contrato agrário onde uma pessoa, por livre e espontânea vontade, se obriga a ceder à outra, parte de sua propriedade para uso e gozo do imóvel rural, por tempo determinado ou não, sendo em parte ou partes do mesmo, incluindo ou não outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da lei, conforme previsto pelo artigo 3º do Decreto 59.566/66.

Conforme descrito acima, o objetivo principal do contrato de arrendamento é a utilização da propriedade pelo "arrendatário", ou seja, aquele que recebe a terra cedida pelo "arrendador", para a exploração de atividade de exploração agrícola, pecuária,

⁷⁰ E-mail: otavio@bpadvogados.com.br

agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição, que também pode ser chamada de aluguel.

LEGISLAÇÃO E CARACTERÍSTICAS IMPORTANTES DO ARRENDAMENTO RURAL

A respeito do arrendamento rural, pode-se citar duas legislações pertinentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/94) e o Decreto nº 59.566/66.

As características do contrato de arrendamento são previstas pelo Decreto acima mencionado. Dentre elas, cita-se que o contrato poderá ser verbal ou escrito. Sendo o contrato escrito, o artigo 12 do Decreto 59.566/66 estabelece alguns requisitos essenciais para sua confecção, como a informação em relação às características do arrendador, características do arrendatário, objeto do contrato, identificação de imóvel e de seu registro no Cadastro de imóveis rurais do IBRA, descrição da gleba, etc.

Ainda, em relação à sua duração, o artigo 13, em seu inciso II, alínea "a", do mesmo Decreto, estabelece os prazos mínimos para a realização do arrendamento, quais sejam:

I- 3 (três), anos nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração de lavoura temporária e ou de pecuária de pequeno e médio porte; ou em todos os casos de parceria;

II- 5 (cinco), anos nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração de lavoura permanente e ou de pecuária de grande porte para cria, recria, engorda ou extração de matérias primas de origem animal;

III- 7 (sete), anos nos casos em que ocorra atividade de exploração florestal;

Importante frisar em relação aos prazos trazidos pelo Decreto que, a depender do volume do gado a ser explorado durante o arrendamento, ou até mesmo em relação à característica da lavoura a ser cultivada na terra arrendada, impõe-se prazos específicos para a duração mínima do arrendamento, a se observar os itens "I" e "II" trazidos acima. Tal observação se faz necessária no momento da elaboração do contrato de arrendamento rural.

PRECIFICAÇÃO E SEUS LIMITES LEGAIS

Ademais, em relação ao valor a ser pago pela utilização da terra, a retribuição paga em contrapartida ao arrendamento da terra apresenta grandes semelhanças com a forma como é pago o aluguel nos contratos de locação. Porém, observa-se que, no contrato de arrendamento rural, as partes poderão estabelecer, previamente, o valor acordado para a utilização da propriedade, observados os limites impostos pela legislação, quais sejam:

No caso de arrendamento da área total do imóvel rural, a soma dos preços de arrendamento não pode ser superior a 15% (quinze por cento) do valor da terra nua, fornecido na Declaração de Propriedade de imóvel rural, constante no recibo de pagamento do imposto territorial rural (ITR), nos termos do §1º, do artigo 17, do Decreto nº 59.566/66;

Nos casos de arrendamento parcial a um ou mais arrendatários, a soma dos preços de aluguel não poderá exceder a 30% (trinta por cento) do valor das áreas arrendadas, avaliado esse com base no valor do hectare declarado e aceito, para o Cadastro de imóveis rurais do IBRA, nos termos do §2º, do artigo 17, do Decreto nº 59.566/66.

HIPÓTESES DE RESCISÃO DO ARRENDAMENTO RURAL

E, finalmente, o Decreto que rege o contrato de arrendamento ainda prevê algumas hipóteses de rescisão, sendo uma delas a prevista pelo artigo 27 do mesmo que prevê, em resumo, que constando inadimplemento das obrigações assumidas nos contratos de arrendamento regidos pelo Estatuto da Terra e pelo Decreto nº 59.566/66, incidirá sobre a obrigação a rescisão do contrato de pleno direito, obrigando-se a parte que deu causa à rescisão a ressarcir à outra os prejuízos sofridos por perdas e danos em decorrência de sua inadimplência.

CONCLUSÃO

Portanto, como se observa, ainda que o arrendamento rural se assemelhe a um contrato de locação, as peculiaridades deste tipo de contratação são claras em função da legislação que rege a obrigação. Dada sua importância para o produtor, a elaboração de um contrato de arrendamento rural que proteja a propriedade e esteja de acordo com a legislação é de suma importância para o bom funcionamento da relação entre arrendador e arrendatário.

Observadas as obrigatoriedades previstas em lei, trata-se de uma excelente forma de garantir, por exemplo, uma renda extra para quem assim deseja ou até mesmo, como mencionado no início, uma forma a ser pensada para a realização da recuperação do pasto para a retomada, no futuro, da atividade da pecuária em um solo em um bom estado de conservação.

ASPECTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO ESTADUNIDENSE E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA

ALEXANDRE ORION REGINATO:

Graduado em Direito na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS - 2013), Pós-graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica (Anhanguera- 2015), Mestre em Direito Processual e Cidadania (Unipar- 2016), Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP- 2021), Pós-Doutor na Universidade do Vale do Itajaí com investigação na Universidade de Perugia - Itália (2022-2023)⁷¹

RESUMO: Trata-se de um estudo que busca analisar a desconsideração da personalidade jurídica sob tratamento jurídico diferenciado na aplicação do instituto em outros países para traçarmos paralelos e propor reflexões com a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Poder Judiciário de nosso país.

ABSTRACT: This is a study that seeks to analyze the disregard of legal personality under different legal treatment in the application of the institute in other countries to draw parallels and propose reflections with the application of disregard of legal personality in the Judiciary of our country.

Não há uma posição sedimentada sobre a desconsideração da personalidade jurídica, bem como da natureza da pessoa jurídica nos Estados Unidos em nossa investigação⁷². Há divergência no assunto, como afirma Presser, para quem parte da literatura entende que a pessoa jurídica não é uma ficção do Estado, e outra parte que se

⁷¹ e atuou como Docente no Curso de Direito atuou na UEMS, UniRV (efetivo), Anhanguera, UNIESP e UnirG-TO. Atualmente Procurador Geral no Município de Gurupi- TO E-mail: alexandreron@alumni.usp.br

⁷² Nos EUA, não há um Código de Processo Civil unificado e obrigatório a todos como acontece no Brasil, lá cada um dos mais de 50 Estados-Membros pode legislar em matéria processual civil, no entanto há um harmonização de leis que resultou na edição do Código de Processo Civil Federal (*Federal Rules of Civil Procedure- FRCP*), em vigor com várias emendas. (PARENTONI, op. cit., p. 202-203).

trata de um ente que realiza a separação patrimonial, impondo um “privilégio” conhecido por todos em face de terceiros⁷³.

Nos Estados Unidos, a legislação comercial, por exemplo, é de competência estadual, ou seja, os 50 Estados do Estados Unidos regulam o seu Direito Comercial, cada um da forma que julga ser relevante. A diversidade de ordenamentos existentes prejudica a uniformidade nacional sobre a matéria⁷⁴.

Para os tribunais americanos, desde 1912, segundo Maurice Wormser⁷⁵, a pessoa jurídica que se instrumentalizava no interesse da realização de uma fraude deveria ser desconsiderada, visto que a sociedade (empresa) seria um mero meio para atingir determinada fraude, nesse caso, a autonomia patrimonial deveria ser superada.

Depois, em 1931, o instituto da desconsideração foi novamente avaliado por Frederick J. Powell⁷⁶ que determinou dois fatores para ser apreciada a desconsideração: a) instrumentalidade da subsidiária (ou seja, o *background* da empresa) e b) objeto social irregular. Em 1978, um estudo realizado pelos irmãos Krendi, muito mais pormenorizado que os anteriores, chamado por alguns de Teoria Krendi e Krendi, que através deste trabalho foram apresentados 32 itens⁷⁷ para investigar as hipóteses da desconsideração da personalidade jurídica.

73 PRESSER, Stephen B. Piercing the corporate veil. Eagan: West, 2010. p. 19 apud CERVASIO, Daniel Bucar. Desconsideração da personalidade jurídica: panorama e aplicação do instituto no Brasil e nos Estados Unidos da América. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 8, p. 2016, 2016. p. 98.

74 MOREIRA, André Tavares. A desconsideração da personalidade jurídica em Portugal e nos Estados Unidos, breve análise doutrinal e jurisprudencial. 2015. 63 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Porto, Porto, 2015. p. 31-34. Ainda, Walfrido Jorge Warde Junior sobre as cortes americanas, aduz “Em busca de critérios, as cortes americanas concentram-se – por desapego as formas jurídicas – nas realidades econômicas. É sensível a tentativa, nem sempre bem sucedida, de se construir um sistema objetivo que seja capaz de adaptar-se a dinâmica empresarial”. (WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Del Rey: Belo Horizonte. 2007. p. 205).

75 WORMSER, op. cit., p. 517-518.

76 O trabalho de pesquisa desenvolvido por Powell recebe a nomenclatura de *Powell rule* dedicada aos grupos societários “*Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent Corporation for the Obligations of Its Subsidiary*”.

77 Para o autor, são situações que não permitem a desconsideração: 1- Quando o sócio não é parte da obrigação contratual da sociedade; 2- a controlada não se encontra subcapitalizada; 3 – a sociedade controlada não opera de forma deficitária, com aporte de lucros pela sociedade controladora ; 4- os credores das sociedades não são induzidos a erro sobre a companhia que esta fazendo negócios; 5- os credores não são induzidos a erro quanto a solvência da sociedade controlada; 6- os empregados da controladora e da filial são separados e não há mobilidade entre as atividades; 7- Os pagamentos realizados pela sociedade

Nos Estados Unidos, o sistema jurídico utilizado é *Common Law*, ou seja, as decisões judiciais dos tribunais possuem um papel determinante para a valoração da jurisprudência sendo um protagonista deste sistema.

Neste ambiente, no ano de 1998⁷⁸, a jurisprudência relevante sobre a desconsideração da personalidade jurídica é conhecida como “Teste dos dez Fatores” (*10-factor test*, no original) dos Tribunais de Nova Iorque, o que, na verdade, foi um importante julgado que uniu várias discussões sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica. Essa visão jurisprudencial trouxe uma discriminação de fatores à aplicação da desconsideração da personalidade, dentre os quais estão⁷⁹: (1) ausência de formalidade corporativa sobre a sociedade dominada; (2) capitalização inadequada; (3) se os recursos financeiros são colocados e retirados da sociedade para fins não corporativos; (4) se existe uma superposição de patrimônio, direção e pessoal; (5) se as companhias envolvidas compartilham escritório e números de telefone; (6) quais os limites da discricionariedade da direção da companhia filial; (7) se as sociedades se relacionam de forma íntima; (8) se as sociedades são tratadas como centro de lucros

controlada são por ela realizados, assim como a fixação dos salários e a política interna da empresa são separados; 8- As relações trabalhistas entre a controlada e controladora são distintas; 9 – A sociedade controladora e controlada possuem números de telefone e escritório diferentes; 10- as reuniões da diretoria são separadas; 11 – a controlada possui livros e registros contábeis próprios; 12 – as empresas possuem contas bancárias diferentes; 13- Os lucros da sociedade controlada não estão refletidos em registros contábeis da controladora; 14- As sociedades não apresentam declaração de renda em conjunto; 15 - a controlada negocia os seus próprios contratos de empréstimo; 16- a controlada não obtém empréstimo com a controlada; 17- Os empréstimos e movimentação financeira entre controlada e controladora são documentadas e com acompanhamento especial; 18- A controladora não garante o empréstimo da controlada; 19- a receita da controlada representa pequeno percentual da receita da controladora; 20 – Os contratos de seguro são realizados de forma separada; 21- As compras da sociedade são realizadas de forma separada ; 22- As duas sociedades evitam fazer publicidade em conjunta; 23- A controlada e controlada não se referem como um grupo societário; 24- Os bens de cada sociedade são separados; 25- As duas companhias não dividem bens ou permutam; 26- não há contrato entre as sociedades para aquisição de bens e serviços entre elas; 27- as sociedades não se relacionam de forma exclusiva entre elas; 28- a controladora não revisa os contratos da controlada, ofertas etc, além da forma usual que qualquer sócio faria; 29- a controladora não supervisiona a alocação de trabalho pela controlada; 30- a controladora não possui poder substancial sobre as decisões societárias da controlada; 31- as sociedades estão envolvidas em diferentes atividades. 32 – A sociedade controladora não controla diretamente as decisões empresárias da sociedade controlada; [...]. (KRENDL, Cathy S.; KRENDL, James R. Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry. *Denver Law Review*, v. 55, n. 1, p. 1-59, 1978. p. 16-17).

78 Compilado em julgado de 1998. *Liberty Mut. Ins.Co. versus Leroy Holding Co. Inc.* Disponível em : <https://casetext.com/case/liberty-mut-ins-co-v-leroy-holding-co-inc>. Acesso em: 09 jul. 2021.

79 CERVASIO, op. cit. Apresenta também Tan Cheng Han, Jiangyu Wang e Christian Hofmann esta lista de fatores que os tribunais norte-americanos devem buscar para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica. (TAN, Cheng-Han; WANG, Jiangyu; HOFMANN, Christian. Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, n. 1, p. 140-204, 2019. p. 23).

independentes; (9) se o pagamento das dívidas da sociedade controlada é feito pelas controladoras; (10) se o patrimônio da controlada é usado pelo controladora como se sua fosse.

Em nossas investigações sobre o cenário jurídico estadunidense, identificamos que a desconsideração da personalidade jurídica, de forma recorrente, é utilizada para punir os desvios relacionados a grupos societários, utilizados como barreiras para desviar a responsabilidade. As regras são rigorosas para o preenchimento dos critérios; neste quesito, bem diferente da aplicação do instituto no Brasil⁸⁰.

Para Daniel Cervásio, algumas considerações a respeito da superação da autonomia patrimonial merecem destaque, entre elas, o debate doutrinário sobre a aplicação da desconsideração em relações contratuais no qual o levantamento do véu é contestado na hipótese de inadimplemento contratual⁸¹. Esse entendimento, segundo o autor, deve-se ao conhecimento do credor contratual sobre a solvência de sua contraparte, o que pode negociar previamente a distribuição dos riscos sob um eventual inadimplemento⁸². Essa diferença nos mostra a discrepância do que, muitas vezes, a doutrina brasileira não consegue distinguir.

Outro ponto relevante destacado pelo autor são os estudos estatísticos (jurimétricos) amplamente realizados nos Estados Unidos. Esses estudos demonstraram a maior probabilidade de ocorrência da desconsideração em casos de sociedades com menor número de sócios, o que revela, estatisticamente, uma segurança mais elevada nas relações em companhias de capital aberto.

⁸⁰ Vale ressaltar, ainda, uma crítica parecida com a do nosso país, estabelecida por Stephen M. Bainbridge, que dois custos a sociedade em matéria de desconsideração, um deles motivado pela perspectiva de erros judiciais ocasionais, que em outras palavras, os tribunais presumivelmente chegam ao resultado errado em alguns casos decidido de forma errônea, e outro momento também envolve não apenas o Poder Judiciário, a culpa também é da doutrina que é muito falha. Comenta ainda que a corrente favorável a desconsideração normalmente argumentam sobre as injustiças de não permitir a desconsideração, esta corrente para o autor encoraja investimento ineficiente em precauções irrelevantes enquanto encoraja litígios caros e complexos. Eles desencorajam a formação de capital em pequenas empresas, expondo a estas empresas uma desproporcional parte da carga do sistema de responsabilidade civil, que por sua vez prejudica a valiosa contribuição democrática correndo o risco de desestimular o sonho americano de propriedade de pequenas empresas e o empreendedorismo. (BAINBRIDGE, Stephen M. Abolishing LLC Veil Piercing. *Illinois Law Review*, n. 1, 2005. p. 99-102).

⁸¹ BARBER, David H. Piercing the corporate veil. *Willamette Law Review*, Oregon, v. 19, p. 371-404, 1980.

⁸² MILLON, David. Piercing the corporate veil, financial responsibility, and the limits of limited liability. *Emory Law Journal*, v. 56, n. 5, p. 1307-1382, 2007.

Apesar dos estudos relatarem a maior probabilidade de ocorrência da desconsideração em sociedade menores, apontando estabilidade em companhia de capital aberto, Stephen M. Bainbrigde explica que, se considerarmos as evidências históricas, perceberemos que a responsabilidade limitada surgiu devido a um desejo de maior progresso econômico e de maximização da riqueza estatal por meio do incentivo ao investimento. Um fator importante e que contribui com o fortalecimento da responsabilidade limitada no mercado corporativo americano; o desejo da lei, segundo ele, é encorajar o investimento individual de pequenas empresas.

Por fim, aponta que a política americana busca fortalecer o pequeno empresário, e a responsabilidade limitada é a medida que reflete o desejo de ajudar os investidores menores, refletindo diretamente na economia. A responsabilidade limitada deveria ser mais sagrada para empresas menores, e não para aquelas que possuem grande riqueza econômica⁸³.

Na jurisprudência norte-americana, há sucessivos casos que amoldam a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive, com o viés adotado nesta investigação. Todavia, o recorte específico⁸⁴ de análise das investigações se limitou ao aspecto pertinente à pesquisas empíricas desenvolvida em sede desta tese doutoral.

Superada a análise pontual da realidade estadunidense, cabe a discussão comparativa deste cenário com o panorama brasileiro. O estudo realizado por Daniel Cervasio⁸⁵ é relevante para essa reflexão, pois o autor colhe dados dos tribunais superiores brasileiros e americanos para nos demonstrar empiricamente a fragilidade da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil:

Figura 2 – Casos EUA x Brasil

83 BAINBRIGNE, op. cit.

84 Seria possível uma análise mais abrangente da literatura estadunidense sobre a desconsideração da personalidade jurídica, no entanto buscamos um recorte mais específico respeitando a proposta da tese que é o estudo concentrado nas análises empíricas sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

85 Nesta primeira tabela, são apresentados os números totais da pesquisa. A comparação se dá entre os casos coletados nos Estados Unidos no período compreendido entre 01.01.1990 a 01.04.2008 e os acórdãos proferidos pelo STJ, entre 07.04.1989 e 15.03.2013. (CERVASIO, op. cit., p. 110)

	Casos totais	Com desconsideração	Sem desconsideração	% Desconsideração
EUA	929	296	633	31,86%
Brasil	168	108	60	64,60%

Fonte⁸⁶: Cervásio.

Podemos depreender da tabela que, mesmo com o número de casos totais em quantidade inferior, o tribunal brasileiro (STJ) reconheceu a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em mais que o dobro de situações em comparação aos tribunais norte-americanos. Ainda sobre a desconsideração da personalidade jurídica, o autor dividiu nos tribunais superiores quais fundamentos jurídicos utilizados para aplicação do instituto mencionado.

EUA (Tabela 2)

Espécies	Casos	Com desconsideração	Sem desconsideração	% Desconsideração
Responsabilidade contratual	598	213	385	35,6%

Figura 3 – Fundamentação dos

Responsabilidade extracontratual	289	63	226	21,8%
Violação a Estatutos	105	32	73	30,5%
Falência	25	25	38	39,7%
Criminal	26	12	14	46,2%

casos

Fonte⁸⁷: Cervásio.

⁸⁶ Ibid., p. 110

⁸⁷ Ibid., p.110.

Brasil (Tabela 3)

Espécies	Subespécie	Casos	Com desconsideração	Sem desconsideração	% Desconsideração
Responsabilidade contratual	Consumidor	12	8	4	66,67
	Civil	51	33	19	64,70
Responsabilidade extracontratual	Consumidor	3	2	1	66,67%
	Civil	10	6	4	60,00%
Tributário		12	6	6	50,00%
Falência		20	19	1	95,00%

Figura 4 – Fundamentação dos casos no Brasil

Fonte: Cervásio.88

Em que pese cada particularidade legislativa e sistema de seu respectivo país⁸⁹, e a justiça americana realizar um uso mais profícuo de meio alternativos (arbitragem, conciliação e mediação), alguns apontamentos podem ser realizados. É percebida na jurisprudência americana uma grande relevância na defesa da concorrência⁹⁰; no Brasil, além das hipóteses do artigo 50, do Código de Civil, ainda se observam aspectos de maior valoração, como a seara consumerista, trabalhista e tributária.

Como o próprio Cervásio assevera em seu trabalho:

*Se por um lado a economia americana tem fortes tintas liberais, a ordem econômica brasileira encontra-se constitucionalmente fundada no trabalho e na defesa do consumidor (artigo 170 da Constituição Federal), o que termina por impor na jurisprudência, um reflexo desta concepção.*⁹¹

88 Ibid., p.110.

89 No sistema *common law*, há possibilidades de atos normativos (*acts, statutes*) entre as relações sociais, podendo existir hipótese de desconsideração da personalidade jurídica em casos específicos.

90 "De forma a tutelar o mercado com a desconsideração da pessoa jurídica em razão de violação de estatutos relacionados à matéria e aos ilícitos penais cometidos nessa seara" (CERVASIO, op. cit., p. 10).

91 Ibid., p. 110.

Este estudo desenvolvido por Cervásio, que busca compreender de forma comparada a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito americano e o direito brasileiro, tem o propósito de fornecer subsídios que despertam reflexões quanto a aplicação do instituto. O jurista brasileiro, na discussão do instrumento pondera outros valores e que poderia ser operacionalizada a desconsideração por mero inadimplemento de uma obrigação, mesmo nos casos em que valores são adstritos somente ao artigo 50, do Código Civil. Tais apontamentos nos indicam que a desconsideração da personalidade jurídica no direito americano recebe um tratamento diferenciado em comparação ao direito brasileiro.

Ainda sobre esta investigação jurisprudencial americana, não podemos esquecer do estudo de Thompson⁹² no qual se revela que os tribunais nos Estados Unidos adotam uma postura defensiva e protetora quanto às empresas (como uma relevante fonte de receita ao Estado).

Os casos americanos estão atrelados numa *laundry list* que inclui "*situações de confusão de patrimônios, fraude, descapitalização, relação de grupo, instrumentalização do veículo societário e até a inobservância de formalidades societárias.*"⁹³

Logicamente, em tom crítico, há decisões vagas e genéricas, mas em face deste cenário, há casos que não permite totalmente o recurso a desconsideração da personalidade jurídica⁹⁴, e esta também não é a posição majoritária dos tribunais americanos. Vale o destaque que a doutrina local busca reiteradamente contribuir no aperfeiçoamento dos conceitos para aplicação do instituto⁹⁵. Confirmam esses argumentos Tan Cheng Han, Jiangyu Wang e Christian Hofmann afirmando que o tribunais americanos parecem colocar mais ênfase na necessidade de proteger as pessoas que lidam com a empresa.⁹⁶

Em nossa investigação, também pesquisamos o instituto na União Europeia, atualmente formada por 28 países, onde a regulação sobre o tema envolve uma ordem

92 THOMPSON, op. cit., p. 1070-1074.

93 MARÇALO, André. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades de Responsabilidade Limitada: Contributos da Análise Económica do Direito. **RIDB**, ano 2, v. 2, p. 1391-1416, 2013.

94 p. 1409.

95 Ibid., p. 1409.

96 TAN; WANG; HOFMANN, op. cit., p. 204. Os autores ainda expressam que países altamente mercantilistas tem uma forte tendência de não desconsiderar a personalidade jurídica, com uma política inclinada no sentido de fornecer segurança e certeza as empresas..

jurídica supranacional, desta forma é importante entendermos a contribuição jurídica da UE para as empresas e seus institutos, como responsabilidade e suas possíveis restrições.

Neste ambiente o segundo parágrafo do artigo 54, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), prevê que “Empresas ou firmas constituídas” nas mais diversas diretivas que visam, sobretudo, coordenar as regras das sociedades de responsabilidade¹⁰⁸.

A principal missão do Tribunal de Justiça da União Europeia, desde a sua criação, em 1952, é de garantir que o direito europeu seja interpretado e aplicado de forma uniforme em todos os países da União Europeia⁹⁷. O TJUE analisa a legalidade dos atos das instituições da União Europeia; garante que os Estados-Membros cumpram as obrigações decorrentes de tratados e interpretando o direito da União Europeia⁹⁸. Dessa maneira, se a legislação nacional na aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica infringir as diretrizes da União Europeia, como a liberdade do estabelecimento ou livre concorrência ou causar alguma discrepância entre as decisões tomadas pelos Estados-Membros, cabe ao TJUE resolver os conflitos (*Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C-16/61)*)⁹⁹ e ajustar, no caso concreto, as normas nacionais às normas estrangeiras¹⁰⁰.

Em 2010, foi abordado outro conflito envolvendo o instituto da desconsideração no caso C81-/09, no qual o TJUE examinou a questão entre *Ldryma Typou AE* (sociedade

97 No Reino Unido, a organização do Poder Judiciário é muito mais completa do que nos EUA, mas antiga e marcada por inúmeros particularidades, mas como os EUA possui um Código de Processo Civil (*Civil Procedure Rules – CPR*), com o propósito de padronizar as normas. Não existe no Reino Unido um procedimento específico regendo como deve ser aplicada a desconsideração da personalidade Jurídica, assim como nos EUA. A situação é semelhante no direito Comunitário Europeu inexistente norma regulando o processo sobre o instituto. (PARENTONI, op. cit., p. 205-206).

98 ARNOLD Rainer. Basics of European Law: Introduction to General Structures of EU Law, EU Institutions, EU Legal 73 Order and Fundamental Freedoms – Knowledge Base. *In*: ARNOLD Rainer *et al.* **International Business Law**. Steinbeis Edition: [S. l.], 2015. p. 69.

99 Nesse contexto, em 1962, no caso *Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C-16/61)*, o Tribunal foi questionado sobre a legalidade do pagamento pelos sócios das dívidas da empresa através do seu patrimônio pessoal. Sobre esse caso, o Advogado-Geral em sua argumentação trata sobre a jurisprudência americana e alemã e tira conclusões que a perfuração da personalidade jurídica traz consequências ao direito econômico na Comunidade Europeia, refletindo a importante econômica que o tema aduz. O caso no final considera que a interpretação da legislação grega não transgrediu as normas determinadas no artigo 1 da Primeira Diretiva não são obrigados a ser pessoalmente responsável pelas dívidas de um empresa limitada por ações ou de outra forma tendo responsabilidade limitada, não se pode concluir que este é um princípio geral da empresa de lei aplicável em todas as circunstâncias (CARNEIRO, op. cit., p. 52-53).

100 CASSESSE, Antonio. **International Law**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 269.

anônima com sede em Atenas) e *Ipourgos Tipou kai Meson Makilis Enimerosis* (Ministro da Imprensa e dos meios de Comunicação Social). Nesse caso, segundo o ministro, a empresa violou as regras de funcionamento de canais de televisão na Grécia. Consequentemente, deveria estar sujeita a sanções determinadas, respondendo solidariamente o seu representante legal, diretores e acionistas com participação maior de 2,5%. O TJUE questionou a referida normal, verificando que violava e desrespeitava a entidade jurídica com responsabilidade pessoal do acionista, contrariando a liberdade econômica¹⁰¹.

Nas concepções europeias sobre os limites apropriados à responsabilidade limitada, o sistema da *Common Law* precisa ser sempre policiado para que não ocorram efetivamente abusos para os acionistas¹⁰². Em nossa investigação, percebemos que o foco da discussão da desconsideração é no sentido de ser mais protetiva à empresa do que concessiva aos credores. No entanto, Millon afirma que os tribunais devem respeitar a responsabilidade limitada desde que os acionistas tenham administrado o negócio de maneira financeiramente responsável. Se, por exemplo, a insolvência da empresa é resultado de condutas financeiramente irresponsáveis, é apropriado romper com o véu corporativo; para Millon, a responsabilidade financeira significa uma gestão de negócios baseada na boa fé e na crença de que a corporação pode satisfazer reivindicações dos credores.

Quanto a outros potenciais atos lesivos não alcançados por uma gestão responsável, para satisfação do interesse dos credores deverá alcançar por meio da

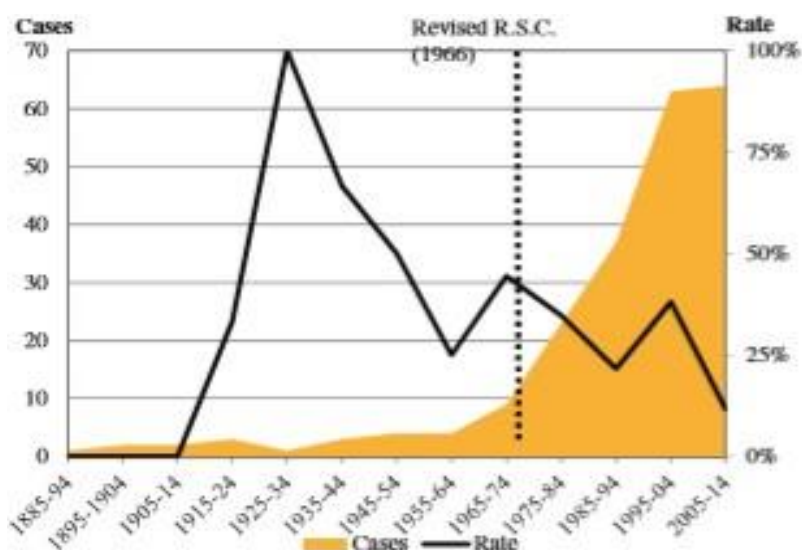
101 TJUE analisou as características fundamentais de uma sociedade anônima que são: a distinção estrita entre os ativos da empresa e dos acionistas, e a ausência de responsabilidade pessoal de acionistas para dívidas da empresa, visto que os acionistas são obrigados apenas a pagar seu capital contribuição, que corresponde à razão de sua participação acionária no total da empresa capital. No deslinde do caso o TJUE considerou que a maioria dos casos os acionistas não são obrigados a ser pessoalmente responsáveis por ações ou dívidas de uma empresa limitada. Papadopoulos, T.. (2012). Case C-81/09, Idrima Tipou AE v. Ipourgos Tipou kai Meson Mazikis Enimerosis, judgment of the court of justice (second chamber) of 21 October 2010, not yet reported. *Common Market Law Review*. 49. 401-416. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/289171226_Case_C-8109_Idrima_Tipou_AE_v_Ipourgos_Tipou_kai_Meson_Mazikis_Enimerosis_judgment_of_the_court_of_justice_second_chamber_of_21_october_2010_not_yet_reported. Acesso em: 20 jun. 2021.

102 Nesse sentido, afirma Tareq Na'el Al Tawil, em seu artigo "Piercing the corporate veil: when LLCs and corporations may be at risk" o autor explica que no Reino Unido a desconsideração da personalidade jurídica ocorre apenas em circunstâncias excepcionais, e que o "véu corporativo" só pode ser furado apenas para evitar um determinado abuso da personalidade jurídica. (AL-TAWIL, Tareq Na'el. Piercing the corporate veil: when LLCs and corporations may be at risk. **International Journal of Law and Management**, v. 61, n. 2, p. 328-344, 2019).

responsabilidade civil comum¹⁰³. Ademais, Millon explica que a desconsideração é uma área notoriamente incoerente do Direito, ressalta que a doutrina carece de compreensão clara da responsabilidade limitada e a desconsideração da pessoa jurídica. Diante disso, os tribunais baseiam suas decisões em critérios de relevância duvidosa, com resultados imprevisíveis; aduz o autor que a responsabilidade limitada é um composto destinado a encorajar o investimento empresarial e que os credores e devedores assumem riscos de insolvência corporativa, todavia, na tentativa de reduzir esses impactos, acionam o Poder Judiciário.

Em um interessante estudo realizado por Alan Dignam, em um viés empírico de pesquisa, analisou, dos anos 1885 a 2014, a desconsideração da personalidade jurídica, chegando às seguintes conclusões sobre a aplicabilidade do instituto¹⁰⁴:

Figura 5 – Número de Casos Quantitativo



Fonte: Alan Dignam¹⁰⁵.

¹⁰³ MILLON, op. cit., p. 1339-1441.

¹⁰⁴ DIGNAM; OH, op. cit., p. 21-23.

¹⁰⁵ Ibid., p. 24.

Figura 6 – Dados Quantitativos

Years	n	% of total	Disregard rate (%)
1885–1894	1	0.46	0.00
1895–1904	2	0.93	0.00
1905–1914	2	0.93	0.00
1915–1924	3	1.39	33.33
1925–1934	1	0.46	100.00
1935–1944	3	1.39	66.67
1945–1954	4	1.85	50.00
1955–1964	4	1.85	25.00
1965–1974	9	4.17	44.44
1975–1984	23	10.65	34.78
1985–1994	37	17.13	21.62
1995–2004	63	29.17	38.10
2005–2014	64	29.63	11.63

Fonte: Alan Dignam.106

Como depreendemos do estudo de Alan Dignam, notamos a geral baixa chance de sucesso, mas o aumento do número de casos de desconsideração da personalidade jurídica, respeito corporativo. Ainda na figura 5, compreendemos o peso da decisão do Salomon, observando o baixo número de casos de desconsideração ao longo da primeira metade do séculoXX, quando as regras da *Supreme Court* não permitiram que a Câmara dos Lordes anulasse diretamente decisões anteriores, como o Salomon¹⁰⁷.

Os dados começaram a modificar na década de 1960, em termos de número de casos e taxas de desconsideração, evidenciando como as mudanças nas regras da Supreme Court permitiram à Câmara dos Lords anular suas decisões anterior, bem como uma maior flexibilização de precedentes. De fato, as decisões de 1970 em diante compreendem quase 90% do conjunto de dados total, com uma taxa de desconsideração de 35,75%, enquanto quase 44% dos casos são do novo milênio, com uma taxa de desrespeito comparativamente maior, de 43,16%¹⁰⁸.

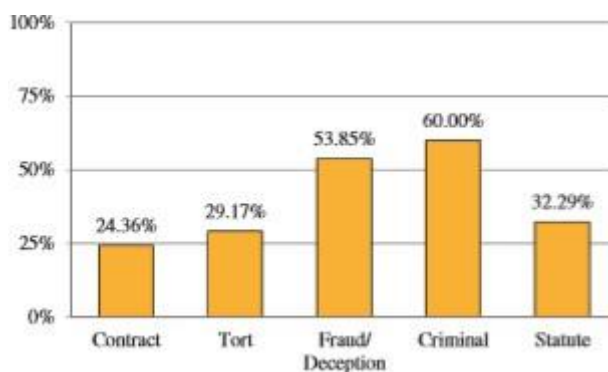
Analisa também Alan Dignam quais são os fundamentos mais aplicados para desconsiderar a personalidade jurídica, organizando quais as forças motrizes para excepcionalmente levantar o véu corporativo.

106 Ibid., p. 28.

107 Ibid., p. 28.

108 Cabe ressaltar as considerações de Alan Dignam sobre estes dados, esclarecendo que o aumento de casos não parece ser o produto de decisões não relatada, que estão disponíveis eletronicamente a partir de 1980, mas representam apenas observações neste conjunto de dados. Ainda ressalta que estes dados geram impactos sociais e econômicos (Ibid.).

Figura 7 – Fundamentos para desconsideração da personalidade jurídica



Fonte: Alan Dignam.¹⁰⁹

A figura 7 nos revela o expressivo casos de desconsideração de personalidade jurídica para casos de fraude ou engano, sendo substancialmente alta para o conjunto de fundamentos no complexo de dados colhidos. Para concluir o estudo realizado por Alan Dignam, os dados são importantes descobertas, mas não é a prova final incontestada em relação à desconsideração da personalidade jurídica; trata-se de uma trilha de estudos a ser sempre aprofundada e revista¹¹⁰.

A responsabilidade limitada não é um benefício, como alguns aplicadores entendem. Em suma, analisamos a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no cenário europeu e norte-americano¹¹¹, destacando a importância dos riscos que envolvem a discussão da matéria no aspecto econômico, e que, nesse ambiente, há um escudo mais sustentável de responsabilidade, a fim de proteger os empresários e as atividades empresárias. A investigação promove reflexões sobre a desconsideração como ferramenta que transmite custos e riscos para os negócios

¹⁰⁹ Ibid., p. 32.

¹¹⁰ Ibid. p. 32-33

¹¹¹ Cabe ressaltarmos aqui os esclarecimentos de Leonardo Parentoni: "A pesquisa de legislação comparada revelou que, em outros países, não é comum constar dos Códigos de Processo Civil procedimento específico para disciplinar a incidência da desconsideração da personalidade jurídica, tal como fez o Brasil no CPC/2015. Não existe previsão legal semelhante nem mesmo nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, pioneiros em matéria de desconsideração da personalidade jurídica. Tanto assim que a discussão candente na literatura jurídica estadunidense é a respeito da possível inclusão desse tipo de procedimento em lei, complementando a sólida construção jurisprudencial já existente." (PARENTONI, op. cit., p. 199).

empresariais, e a proteção da responsabilidade limitada deve ser analisada também sob este aspecto.

A ESCOLA DE SALAMANCA: UMA VIAGEM PELA HISTÓRIA DO APRENDIZADO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca (USAL), doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción (UAA), com título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (UNIMAR/SP), mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción (UAA), especialista em educação¹¹²

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um breve estudo sobre a Escola de Salamanca, os seus pensadores foram visionários em sua época. Eles não apenas contribuíram para o desenvolvimento de várias áreas do conhecimento, mas também nos deixaram um legado inestimável.

PALAVRAS-CHAVE: Escola de Salamanca; Pensadores; História; Aprendizado; Legado.

RESUMEN: Este artículo pretende hacer de forma sucinta un breve estudio de la Escuela de Salamanca, sus pensadores fueron visionarios en su época. No sólo contribuyeron al desarrollo de diversas áreas del conocimiento, sino que también nos dejaron un legado invaluable.

PALABRAS CLAVE: Escuela de Salamanca; Pensadores; Historia; Aprendizaje; Legado.

INTRODUÇÃO

A primeira definição de Salamanca no dicionário da verdadeira academia da língua espanhola é uma caverna natural que se encontra em algumas colinas. Outro significado de Salamanca no dicionário é na tradição popular, iguanido com poderes maléficos.

Quando pensamos em grandes centros de aprendizado, muitas vezes nos vêm à mente universidades como Oxford, Harvard ou a Sorbonne. Mas você já ouviu falar da Escola de Salamanca? Embora possa não ser tão famosa quanto as outras, essa instituição desempenhou um papel fundamental na história do conhecimento. Vamos mergulhar nessa fascinante história e descobrir o legado deixado por seus pensadores.

A Escola de Salamanca surgiu por volta do século XVI, na cidade de Salamanca, na Espanha. Ela ganhou notoriedade devido à grande quantidade de estudiosos e intelectuais

112 área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense (FAP) e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e Assessor de gabinete de Conselheira no Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE/PI). E-mail: benignonovo@hotmail.com

que lá se reuniam para debater temas variados. Esse ambiente acadêmico efervescente impulsionou o desenvolvimento de ideias inovadoras que têm ressonância até os dias de hoje.

DESENVOLVIMENTO

A Escolástica Tardia (o período dos pós-escolásticos) começou no séc. XIV e se caracterizou pela separação definitiva entre a Filosofia e a Teologia. A Teologia manteve-se em vigor na escola franciscana, representada por Escoto e Occam e a Filosofia concentrou-se no empírico, no particular e no sensível. A Escolástica conheceu então um notável florescimento na Espanha e em Portugal, comandado pelas ordens dominicana e jesuíta, orientadas para a nova interpretação que se fez da teoria de São Tomás na Itália, especialmente por Santo Antonino de Florença e São Bernardino de Siena. O dominicano Francisco de Vitória fundou uma escola em Salamanca, em que se formaram notáveis teólogos tomistas que, juntamente com os jesuítas de Coimbra e Francisco Suárez, em polêmica com o escotismo e o nominalismo, defenderam uma síntese escolástica tradicional, porém de acordo com as novas tendências de pensamento da época.

O século XVI foi um período extremamente turbulento na história da civilização ocidental. Turbulento por agitações nos mais diversos campos da cultura humana, tais como na religião, com os movimentos das reformas protestantes, contrarreforma ou reforma católica, que proporcionaram intenso debate nas bases religiosas, fundantes da então cristandade europeia; conflitos entre a vontade papal e dos reis, que se refletiu em agitações políticas das mais diversas, a exemplo dos embates envolvendo a dinastia Tudor, na Inglaterra; a descoberta de um novo mundo, a saber, as terras ameríndias no atlântico, que proporcionaram o desafio da expansão de uma visão de mundo e das relações sociais e econômicas; o renascimento das culturas clássicas, juntamente com o final da gestação do que teríamos por cultura moderna; dentre outras coisas mais.

A Escola de Salamanca pode ser dividida em dois grandes períodos, que são, Primeira e Segunda Escolas de Salamanca. A Primeira Escola tem seu início com a chegada de Francisco de Vitória, em 1526, na primeira cátedra de teologia da Universidade. Os autores mais destacados desse período, além do próprio Vitória, são: Melchor Cano, Domingos de Soto, Juan Gil de Nava, Pedro Sotomayor, Juan de Peña e Mancio de Corpus Christi, compreendendo o período histórico que vai de 1526, com a chegada de Vitória, até 1575, com o fim do magistério de Mancio na primeira cátedra de teologia. A Segunda Escola, se estende pelos magistérios de Juan de Guevara, Bartolomé de Medina e Domingo Báñez, no período histórico de 1565 a 1604 (PLANS, 2000, p. 170-83).

O frade dominicano Francisco de Vitória é considerado o fundador do direito internacional moderno, da Escola de Salamanca e sua maior referência. Foi, além de

filósofo, teólogo e jurista. O teólogo espanhol dedicou-se à defesa dos direitos dos índios do Novo Mundo e à limitação das causas que justificam a guerra.

Alguns dos principais pensadores da Escola de Salamanca:

Na Espanha, a disseminação do humanismo coube, especialmente, à figura de **Antonio de Nebrija** (1444-1522). Educado em Bolonha, dominava com perfeição o latim clássico e o grego. Foi professor nas Universidades de Salamanca, Alcalá e Sevilha. Publicou, em 1481, a Gramática Latina, seguida pela Arte de La Gramática Castellana (1492); ambos se constituem, nos mais importantes livros didáticos daquela época e foram considerados como inovadores da linguagem europeia.

Juan Luis Vives (1493-1509) nasceu em Valência, estudou na Universidad del Sena, a princípio, a lógica escolástica, mas, gradualmente, foi se inclinando em favor do humanismo. Seu diálogo, Sapiens, reflete uma certa decepção pelos saberes transmitidos nas Universidades. O humanista valenciano estudou na França, Bélgica e Inglaterra, entre 1523 e 1525, chegou até a ter aulas com Erasmo. Com a morte de Nebrija, em 1522, a Universidade de Alcalá de Henares propôs a Vives a Cátedra de Latinidad, que ficara vaga. Não se sabe bem o motivo, mas o convite foi recusado.

Vives foi um severo crítico das instituições de ensino por onde passou, expressou este descontentamento, principalmente, em *De disciplinis* (1531); *De ratione dicendi* (1534) e *De anima de vita* (1538). Ao longo de sua obra foi apresentando propostas para uma forma alternativa de saber, o qual pudesse trazer maior proveito à humanidade e permitisse o avanço do conhecimento humano, anestesiado pelo escolasticismo.

Em *De concordia et discordia* (1529), Vives tenta convencer seus contemporâneos inclusive o Imperador de que a concórdia congregou o gênero humano, fundou as cidades e lhes permitiu crescer e conservar-se; descobriu as artes úteis para a vida, para a obtenção de riquezas e o cultivo dos talentos.

A influência de Vives é assimilada pelos pensadores pertencentes às ordens: dominicana, franciscana, agostiniana e jesuítica. São seus principais componentes: Francisco de Vitoria (1492-1546), Domingo de Soto (1496-1560), Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), Martín de Azpilcueta (1492-1586), Francisco Suárez (1548-1617), Luis de Molina (1535-1600), Diego de Cavarrubias Leyva (1512-1577), entre outros.

O frade dominicano **Francisco de Vitória** (1486-1546) é considerado o fundador do direito internacional moderno, da Escola de Salamanca e sua maior referência. Foi, além de filósofo, teólogo e jurista. O teólogo espanhol dedicou-se à defesa dos direitos dos índios do Novo Mundo e à limitação das causas que justificam a guerra.

Francisco de Vitória parece ter nascido em Vitória, província basca de Álava, por

volta de 1486. Ingressou no convento de São Pablo, no ano de 1505, aos 14 anos de idade, onde realizou seus estudos de Humanidades e começou os de Artes ou filosofia. Permaneceu estudando no convento de São Pablo até o ano de 1508, quando vai continuar seus estudos em Paris. No período que passou em São Pablo, entretanto, precisa-se destacar seu contato com as línguas grega e latina, nos estudos de Gramática, visto ser este convento, de maneira profunda, comprometido com a excelência da educação e com a renovação das condições de ensino. É importante tomar nota que no ano de 1504, houveram grandes mudanças nas orientações de ensino, para garantir maior excelência, ao que Vitória, desde a mocidade, já se encontrava exposto a um ambiente de renovação e transformações, com consideráveis elementos para sua formação e futura atuação teológica. Basta citar, por exemplo, que Vitória, era conhecedor da língua grega, com registros, já em Salamanca, de opiniões e observações suas sobre tradições, bem como consultas aos originais em grego para preparação de suas aulas e palestras. Ordenou-se dominicano e estudou teologia na Universidade de Paris, onde lecionou.

Em 1523 voltou à Espanha, ensinou em Valladolid e três anos depois assumiu a cátedra de teologia da Universidade de Salamanca, que ocupou até morrer. Vitória tentou conciliar as ideias humanistas com a doutrina escolástica de santo Tomás de Aquino. Nenhuma de suas aulas se conservou a não ser em anotações de alunos, mas há um número expressivo de recapitulações e resumos do curso do ano.

No verão de 1526 com o início do processo de sucessão da principal cátedra de teologia da Universidade de Salamanca, maior posto teológico de toda a Espanha, em função da morte do seu até então ocupante, Pedro de León. Essa cadeira era ocupada por dominicanos há mais de um século e a Ordem, interessada em manter a mesma, deveria indicar seu melhor nome para a sucessão. O primeiro e principal nome era o de Diego de Astudillo, mas a Ordem indicou Francisco de Vitória, que entrou numa disputa difícil para contra o principal candidato, Pedro Margallo, catedrático de filosofia moral em Salamanca. Difícil, pois, a eleição se fazia por meio de votação entre os membros da Universidade, na qual Vitória não era ainda tão conhecido como o professor residente. Entretanto, que foi a impressão que causou durante os exercícios de sucessão, com sua habilidade e conhecimentos, que venceu com vantagem confortável a eleição e se tornou catedrático de Prima, da Faculdade de Teologia de Salamanca, realizando o juramento dos estatutos em 21 de setembro de 1526.

As ideias basilares de Vitória são, em sua essência, três: a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; b) a teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados; c) a reformulação da doutrina cristã da "guerra justa", redefinida como sanção jurídica às iniuriae (ofensas) sofridas.

A atividade de Vitória em Salamanca proporcionou uma série de mudanças que trataram de colocar ambos no mapa do pensamento europeu. Dentre elas, temos a introdução, já corrente em Paris e em boa parte das Universidades europeias, da Summa, como livro base para os estudos teológicos, em adição às Sentenças, em um processo de substituição do texto base, iniciado por Vitória, mas que só seria institucionalizado definitivamente em 1561, por conta de formalidades decorrentes das constituições da Universidade. Sua atividade, assim, se estende por vinte anos, explicando seguidamente a Summa, de Tomás de Aquino, na formação de um vultoso grupo de discípulos que viriam a assumir, nos anos seguintes, as cadeiras da Universidade e ocupar cargos importantes na estrutura eclesiástica.

As famosas Relecciones, proferidas anualmente por Vitória, segundo determinação das constituições da Universidade para todos os catedráticos. Vitória, ao longo de seu magistério, proferiu quinze Relecciones, conferindo grandeza até então inédita ao evento universitário. Suas demais contribuições para a Universidade estão na renovação da biblioteca, da qual Vitória foi encarregado da seleção e compra de obras para a Faculdade; participação no comitê encarregado de montar uma imprensa para a Universidade; dentre outros trabalhos.

Na discussão dos temas mais candentes da época, Vitória questionou a legitimidade da conquista espanhola da América, que não se justificava pelo paganismo dos nativos. Mesmo que a conquista protegesse inocentes de práticas como o canibalismo ou sacrifícios humanos, o rei da Espanha, ou qualquer outro soberano, deveria garantir tratamento justo e igualitário a indígenas e colonos, pois todos eram seus súditos, com direitos iguais. O papa não tinha o direito de dar a monarcas europeus domínio sobre povos primitivos; o máximo que podia fazer era designar esferas para o trabalho missionário. Os pagãos tinham o direito à propriedade e a ter dirigentes próprios, já que não eram irracionais.

Nos estudos sobre o direito de guerra, concluiu que ela só é admissível em legítima defesa e para corrigir um erro muito grave. Em qualquer caso, deve sempre ser precedida por esforços de conciliação e arbitragem. Sua obra constituiu uma reelaboração do jus gentium, ou "direito das nações", pela afirmação de princípios éticos universais e de igualdade entre os povos. Francisco de Vitória morreu em Salamanca em 12 de agosto de 1546.

Diego de Cavarrubias y Leyva (1512 - 1557) é considerado o primeiro teórico da política imperial da Espanha. Nasceu em Toledo, estudou cultura clássica em Salamanca com o helenista Fernando Nuñez de Toledo y Guzmán, também conhecido como El Pinciano, cujas obras sobre Sêneca, Plínio e Columela levaram seu nome por toda a Europa. Diego Cavarrubias estuda legislação canônica com Martin de Azpilcueta. Frequentou as classes de Francisco de Vitoria. Foi catedrático de Cânones na Universidade de Salamanca. Felipe II o nomeia visitador da Universidade salmantina. Participa do Concílio de Trento e

chega à suprema magistratura de Castilha. A obra de Cavarrubias, vista na sua totalidade, tem um alto sentido humanista, concebe o direito como uma suprema manifestação da atividade humana. A característica fundamental de seu espírito renascentista é a nacionalização de sua ciência: a criação de um sistema jurídico sobre uma estrutura ibérica, sem perder, contudo, o sentido de universalidade. Cultiva as ideias de soberania de Vitoria, e, desde 1550, é considerado a autoridade máxima em direito de toda a Espanha e um dos melhores intérpretes do Século de Ouro Espanhol. Sua obra mais conhecida é *Variarum resolutionum*, que reúne o conjunto de Cátedra enriquecido com a experiência judicial.

Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) deixa um legado inestimável de doutrina jurídica, especialmente no âmbito do direito das gentes. Nascido em Valladolid, em 1512, onde inicia seus estudos de direito civil e canônico, transfere-se mais tarde para Salamanca e obtém ali o título de Doutor, em 1548. Menchaca é enviado, por Felipe II, ao Concílio de Trento, justamente quando este entrava na sua terceira fase de conferências e sessões. A doutrina internacional de Vázquez de Menchaca está exposta em sua obra *Controversiarum illustrium libre tres*. Nas "Controvérsias" se estudam as mais variadas questões concernentes a matérias de direito político, internacional, civil e romano. Menchaca pertence à escola internacional espanhola do século XVI, naquilo que ela tem de específico e inconfundível, como, por exemplo, seu amor à verdade e a sua preocupação com a justiça objetiva.

Martín de Azpilcueta (1492 – 1586) também conhecido como Doctor Navarro, estuda filosofia, teologia e direito na Universidade de Alcalá. Dá continuidade aos seus estudos jurídicos na Universidade de Tolosa, que era o centro de estudos jurídicos mais célebre que existia na França. Considerou-se sempre um discípulo de Vitoria. Vê em Felipe II a realização mais exata do pensamento espanhol. Em seu *Enquiridión*, publicado em 1550 – que obteve mais de cinquenta edições - deixa em fórmulas concisas os princípios de sua teoria política e as consequências de sua análise histórica.

Domingo de Soto (1507-1519) foi quem expôs de forma mais sistemática a filosofia da escola neoclássica espanhola do século XVI. Nasceu em Segovia e cursou humanidades em Paris, onde foi discípulo de Vitoria. Volta à Espanha, é promovido à Cátedra de teologia em Salamanca e pública: *Sumulas* (1523); *Dialectica* (1543); *Comentário sobre os físicos* (1545). É enviado pelo Imperador Carlos V, ao Concílio de Trento (1545), em substituição a Vitoria. Para Domingo de Soto, a ordem jurídica se assenta sobre três pontos, a saber: a pessoa humana, o poder político e a sociedade universal. Entretanto o fundamento desta ordem está na primeira relação transcendental de superior a súdito, do homem a Deus – a justiça absoluta. Assim, a ordem jurídica atribui unidade e consistência à ordem humana e realiza a sua função histórica.

Sobre este esquema jurídico, um dos mais brilhantes entre os professores de Salamanca, durante o Século de Ouro, traça as linhas do pensamento espanhol. Toda a sua teoria de guerra é mais concretamente a teorização da conquista da América pela Espanha, descobre a função universal do poder político e dos direitos da comunidade internacional. É com Domingo de Soto que o pensamento de Salamanca entra em uma fase de sistematização lógica, promovendo um equilíbrio entre Renascimento e Escolasticismo que já vinha sendo realizado simultaneamente nas obras de Vitoria, Cavarrubias e Azpilcueta.

Melchior Cano (1509-1560) discípulo predileto de Francisco de Vitoria, esteve em Salamanca entre 1527 e 1531. Em 1543, ganha a Cátedra de Prima de Teologia na Universidade Complutense, que abandona mais tarde, para suceder seu mestre em Salamanca. Foi a Trento a mando de Carlos V que, para premiar seus serviços, o envia como bispo para as Ilhas Canárias. Quando consultado, por Felipe II, sobre os direitos do Rei Católico à coroa de Portugal, Cano se mostra favorável e aponta meios a serem postos em execução para possuí-la e conservá-la.

Exorta às armas em defesa da honra e da justiça; defende claramente o conceito de uma guerra preventiva; propõe os meios lícitos de luta; ensaia um bloqueio econômico e desenha um modelo de reformas eclesiais transcendentais; como a indenização de guerra e a garantia de paz. Nisso não se reconhece a mínima intenção de proposta de separação entre a Igreja e Estado – significa o triunfo da paz e da justiça sobre todos os demais ideais. Implica em dizer-se que os poderes soberanos e autônomos podem impor a paz por si mesmos. É o primeiro sintoma da soberania do poder político contra a universalidade do papado e do império. Toda a atividade política de Melchior Cano corresponde a um sistema de princípios. Suas Relecciones e suas leituras sobre a Suma de Santo Tomás, em Valladolid, Alcalá e Salamanca, constituem um dos primeiros monumentos sobre a justiça e o direito, comparável às Relecciones de Vitoria e aos Tratados de Domingo de Soto. Encerram, segundo Heredia, o sistema mais perfeito sobre direito internacional e ciência do Estado.

Ao teorizar sobre a política da Espanha na América e expor a teoria da guerra justa, Cano define o conceito de Comunidade Internacional, sua garantia no direito das gentes, que concebe essencialmente positivo, como a expressão fiel da vontade dos povos a serviço da paz e da civilização. Esboça uma carta de direitos humanos sobre a igualdade de todos os homens e a liberdade de todos os povos. Frente à tese escravista levanta outra, a da liberdade.

Francisco Suárez (1548–1617) é o intelectual mais importante da Companhia de Jesus. Um filósofo, teólogo e jurista espanhol, conhecido por revitalizar a filosofia dos séculos XVI e XVII, e provocar uma ruptura nos modelos teóricos vigentes adequando-os aos novos tempos. Suárez, junto a nomes como os de Luís de Molina, Domingo de Soto, Francisco de Vitoria, Juan de Mariana, Martin de Azpilcueta, José de Aguilar, Diego de

Avendaño, José de Acosta, entre outros, é a grande referência da chamada Segunda Escolástica, isto é, aquela investigação filosófica e teológica desenvolvida em torno das universidades ibéricas da época, como Salamanca, Évora, Coimbra, e ibero-americanas, como San Marcos (Lima) e San Antonio Abad del Cusco, que, nos séculos XVI e XVII, revitalizam os saberes que até então eram conduzidos dentro da tradição moldada por Tomás de Aquino, Duns Scotus e outros escolásticos medievais.

Enquanto Suárez é comumente elogiado por sua exposição abrangente, exaustiva e sistemática de mais ou menos todo o conhecimento filosófico até seu tempo, esta abrangência não compromete a profundidade, o poder e a originalidade de suas próprias ideias. Trabalhou em uma grande variedade de campos que vão desde a metafísica, a teoria do conhecimento e a teologia até a filosofia mais prática, incluindo a filosofia política e do direito. Em todas essas áreas, ele fez contribuições cuja influência é tão presente que dificilmente as identificamos. Vale destacar que figuras tão diferentes entre si, histórica e filosoficamente, como Leibniz, Grotius, Pufendorf, Schopenhauer e Heidegger, encontraram motivo para citá-lo como fonte de inspiração e influência.

Suárez enfrenta os problemas concretos da transição entre uma ordem medieval e a moderna, uma ordem política e religiosa particularmente perturbada por debates, conflitos, guerras, tréguas e renovadas hostilidades entre povos europeus, entre confissões cristãs, e em guerras civis marcadas por perseguições dos Tribunais da Inquisição, dos Parlamentos e das Coroas, sem falar dos desafios teóricos decorrentes do contato com o 'Novo Mundo', com todas as diferenças culturais e ideológicas que significou para dentro e para fora da península ibérica. O século XVII encontra instalada na Europa uma desordem política e uma confusão intelectual, porque nem as confissões religiosas, nem as ideologias nacionais conseguiam dar conta desta nova realidade de descobrimentos. Se faz necessária uma nova fundamentação filosófica, teológica e política que só a erudição deste jesuíta foi capaz de fazer. A obra de Suárez será a elaboração mais completa e sistemática do seu tempo, e a sua influência foi tal que ainda hoje resulta controversa.

As principais obras de Francisco Suárez: A primeira publicação foi impressa em 1590 em Alcalá, *Commentariorum ac Disputationum em Tertiam Partem Divi Thomae Tomus Primus*, mais conhecido pelo título *De Verbo Incarnato*. Suárez tenta superar a oposição existente entre escotistas e tomistas em relação à questão da encarnação. Ele concorda com Santo Tomás de Aquino ao revelar que a maioria das passagens das Escrituras atribuem a causa da encarnação de Cristo à vontade de redimir o homem do pecado, mas também acrescenta que a Bíblia considera a encarnação como a manifestação plena da glória divina; sua realização histórica não pode, portanto, depender do pecado do homem.

A Inovação de Suarez é o abandono do comentário por um tratamento científico e

pedagógico, que supôs uma verdadeira renovação no trabalho de ensino e pesquisa escolar, e de eco universal até os dias atuais.

De mysteriis vitae Christi (1592) é uma continuação dos comentários de De Incarnatione sobre a terceira parte da Summa Theologiae de Santo Tomás de Aquino, expondo as questões 27 a 59. A intenção de Suárez nesta publicação era dupla: uma acadêmica e outra pastoral, planejada para o benefício dos estudiosos e como um auxílio para aqueles que eram responsáveis pela pregação da palavra de Deus. Dividido em 58 disputas, nas quais as primeiras 33 tratam de questões sistemáticas relacionadas à santidade da Virgem Maria: sua santificação, virgindade, casamento, purificação, mérito, graça, morte e a gloriosa assunção. Como resultado deste trabalho, Suárez foi considerado o fundador de uma mariologia sistemática. Embora Suárez mostre grande respeito por São Tomás, ele não hesita em se opor a algumas questões, como, por exemplo, a preservação de Maria do pecado original através da Imaculada Conceição.

Disputas metafísicas (1595) foram as deficiências encontradas no ensino de teologia que o motivaram a se dedicar à filosofia (prólogo ad lectorem). Ele precisava de uma base metafísica básica em sua visão teológica, o que o fez parar na Tertia pars de la Summa Teológica de Santo Tomás para iniciar um grande projeto. Trabalho de 2.000 páginas, escrito em um ano, em dois volumes. O primeiro deles cobre as disputas 1-37, e o segundo de 38 a 54. Ele trata de: ser, suas propriedades, suas causas, divisão da entidade em infinito e finito, estudo da entidade de Deus infinito, relação de essência e existência em Deus e na criatura, divisão da entidade finita criada, substância e acidentes, entidade da razão. Quase todos os escritores gregos, árabes, patrísticos e escolásticos são citados. Entre os mais citados estão Aristóteles, Tomás de Aquino, Duns Soto e Cajeta. Eles refletem o gênero literário medieval por excelência, chamado quaestio disputata. O esforço de Suárez resultou em uma obra-prima arquetípica que cobriu todos os campos da metafísica.

Opuscula (1599) A polêmica teológico-filosófica, conhecida por De auxiliis há muito tempo, enfrentou jesuítas e dominicanos, tratou do papel da liberdade humana em relação à graça divina. Para os jesuítas, a doutrina dos dominicanos deixava pouco espaço para a liberdade humana; para os dominicanos, a doutrina jesuíta não fazia justiça à graça divina. Esta polêmica se intensificou de tal forma que o Papa Clemente VIII teve que intervir criando uma comissão, a Congregatio de Auxiliis em 1597 para resolver esta disputa; as conversas foram tão violentas que o próprio Clemente teve que dirigir os debates sem poder concluí-los em a hora de sua morte. O Papa Paulo V teve que resolver a controvérsia (1607), permitindo que os dominicanos e os jesuítas defendessem suas respectivas posições: que a defesa de cada uma das posições não fosse rotulada de herética.

Francisco Suárez conhecia muito bem essas posições, e especialmente do jesuíta Molina e do dominicano Bañez, de como conciliar predestinação e graça com liberdade. Ele mesmo havia escrito e ensinado sobre esses tópicos. Em 1599, ele publicou 6 tratados

de teologia, ou Opuscula. A obra já era conhecida antes de sua publicação pelo general jesuíta Cláudio Aquaviva, Clemente VIII a consultou quando foi publicada em Roma. Ele defende uma modificação da posição de Molina.

Por legibus (1612) obra *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* foi publicada em 1612. De legibus é um tratado abrangente e sistemático sobre a lei e todos os seus derivados: divinos ou eternos, naturais, internacionais e positivos ou humanos. Dividido em 10 livros Suárez explica, em um sentido amplo, que a lei é a norma e a medida dos bons procedimentos que se voltam para o melhor e para longe dos menos bons. Afasta-se de Tomás de Aquino, no qual a lei (divina, natural ou humana) é sempre uma característica das ideias divinas.

Parte da razão divina e associa a lei à liberdade. A lei eterna pertence aos decretos do livre arbítrio, e toda lei é um efeito da lei eterna, que dirige todas as partes do universo para um bem comum.

O Jus gentium ou lei das nações está a meio caminho entre a lei natural e a lei humana positiva. Distinguir entre direito natural e direito internacional baseado no costume. Os seres humanos têm um caráter social natural, dado por Deus, que inclui a habilidade de fazer leis. Ele refuta a teoria patriarcal de governo e o direito divino dos reis. A autoridade do Estado não é de origem divina, mas humana, portanto, sua natureza é escolhida pelas pessoas envolvidas e seu poder legislativo natural é dado ao governante.

Defensio fidei (1613) foi uma obra encomendada diretamente pelo Papa Paulo V em que Suarez defendia a teoria do poder indireto do pontífice nos assuntos temporais (ao mesmo tempo contrário à ideia de que os reis recebiam sua soberania diretamente de Deus) e considerada legítima a proteção dos cidadãos contra um príncipe que se tornou tirano. O texto foi queimado publicamente em Londres por ordem de Jacobo I, e também em Paris pelo zelo dos monarquistas galicanos. Dois anos depois de escrever este artigo, aposentou-se como professor em Coimbra. Durante o século XVII, algumas de suas obras apareceram postumamente, entre as quais estão os escritos que tratam da liberdade do homem. O alcance extraordinário de seu pensamento foi mantido vivo por quase dois séculos na maioria das universidades europeias, bem como nos sistemas filosóficos de muitos pensadores importantes.

Luis de Molina (1535-1600) há controvérsias quanto ao início do trabalho acadêmico de Luis de Molina, porém, segundo Copleston, o jesuíta leciona teologia, por vários anos, na Universidade de Évora, em Portugal – seu trabalho *Concordia liberi arbitrii cum gracie donis, divina praescientia, providencia, praedestinatione et reprobatione*, é publicado em Lisboa, em 1589. Molina, também conhecido como o "bom jesuíta", assim como Suárez, vive a Espanha do final do século XVI.

Iribarne refere-se à figura de uma "Espanha cansada", à época de Molina, que perde lentamente a sua hegemonia e cede espaço a um sistema de equilíbrio. É o tempo da dispersão política da Europa em Estados soberanos.

A origem do direito das gentes está no direito romano, que ainda atravessa a idade média. A origem dos Direitos Humanos está na releitura do Direito das Gentes. É por isso que o De legibus de Francisco Suárez não só está na base como é o texto mais citado por Grotius no seu Do Direito da Guerra e a Paz. Serve, ainda, de referencial teórico para a justificação de decisões de Cortes Internacionais de Justiça e Direitos Humanos contemporâneos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça da Haia. O conceito de jus gentium, que foi também chamado de direitos de gentes, mesmo tendo a sua origem no direito romano e tenha atravessado, sob diferentes versões, a idade média, é recebido pela geração da Escola de Salamanca, e muito especialmente por Suárez, com alguns ajustes e atualizações. Passa a ser entendido como um direito que considera as culturas dos povos como autoridade legítima que deve ser respeitada, uma consideração ao que foi construído ao longo do tempo pelos povos e que não temos direito de atropelar sob nenhuma alegação. São os casos da instituição da propriedade privada, do matrimônio, dos regimes de trabalho, dos tratados internacionais, entre outros.

O conceito de Direito de Gentes, relativo ao que hoje conhecemos como Direitos Humanos, é importante porque, mesmo sendo um direito que se expressa numa positividade, numa norma escrita, tem na sua base uma racionalidade que considera as culturas, a diversidade de modos de manifestação cultural. E isso ao mesmo tempo em que busca a sua universalidade.

Os Direitos Humanos surgiram na idade média, do casamento entre a Filosofia Cristã Católica com o Direito Natural (Jus Naturale). Tal afirmação pode ser comprovada de forma simples uma vez que ao surgir o Cristianismo todos os homens (nobres e plebeus) passaram a ser fruta do mesmo saco sendo colocados ao mesmo nível como criaturas e filhos de Deus. Até mesmo os Reis, que eram em muitos lugares da antiguidade, considerados como naturais representantes de Deus na terra passaram a necessitar da benção da igreja, pois do contrário nada mais seriam do que déspotas excomungados.

A conquista da América no século XVI pelos espanhóis resultou em um debate sobre direitos humanos na Espanha. Isto marcou a primeira vez que se discutiu o assunto na Europa. Muitos filósofos e historiadores do direito consideram que não se pode falar de direitos humanos até a modernidade no Ocidente.

Francisco de Vitória, um dos mestres da Escola de Salamanca, forneceu grandes contribuições para o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Francisco Suárez também apresentou contribuições neste sentido, pois, para ele, a formação do

conceito de comunidade universal "era um postulado objetivo, traduzia uma ordem natural pensada fora do quadro da concepção individualista dos estados, [...] indivíduos tomados isoladamente, desligados de uma ordem mais vasta sem consideração da função que nela deveriam desempenhar" (CALAFATE, 2017, p. 51).

As Escolas de Coimbra, Lisboa, Évora, Salamanca, dentre outras, tiveram uma profunda relevância para o que hoje, em conjunto, denomina-se de "Escola Ibérica da Paz". É possível afirmar que as contribuições feitas pelos pensadores egressos dessas escolas possuem em comum a retomada dos estudos de Tomás de Aquino (VICENTE, 1952, p. 12) e Aristóteles.

O Direito Natural funciona como a razão sob a qual o Direito das Gentes é construído, ou seja, o "sistema de lei natural universal do jus gentium cujas regras podem ser determinadas pelo uso da razão" (ANGHIE, 1996, p. 325). Desse modo, são auto evidentes e comuns a todas as sociedades humanas.

Assim, aduz que "o Direito das Gentes como forma do Direito Positivo tem seu fundamento na vontade humana" (VICENTE, 1952, p. 617), no consenso universal entre os sujeitos. Além disso, tem como fim específico o bem de todos que estão conectados através o gênero humano. Suárez nasce dois anos depois da morte de Vitoria. Por ter vivido um contexto de formação da Europa e nascimento do Estado Moderno, suas teorias são amplamente criticadas por alguns filósofos de matriz tomista. Para eles, o que de fato existe são duas linhas extremas que colocam Vitoria e Suárez em pontos distintos da linha internacionalista espanhola.

Nesse esforço intelectual, os estudos de Tomás de Aquino tiveram profunda relevância na sustentação de uma razão do Estado e da Razão da Humanidade, de forma que estas não se confundissem entre si. Em outras palavras, tal como aduz Suárez, é possível afirmar que não se trataria de uma "lei" das gentes, mas de um "direito" das gentes, não necessariamente positivado.

Para o mestre da Escola de Salamanca, as regras morais são superiores à soberania dos Estados. Em outras palavras: "Se a lei positiva contradiz o direito natural, perdeu sua razão de justiça. É um princípio universal na filosofia política de Francisco de Vitoria" (VICENTE, 1952, p. 626). Por isso, afirmava o bem comum universal e a igualdade natural das soberanias, estando elas sob a égide do Direito Natural e do Direito das Gentes. Contudo, cabe ressaltar o fato de que "dizer que a soberania dos estados é relativa e não absoluta significa que o soberano só tem poder para o que é justo e que para o que é injusto nenhum poder tem" (CALAFATE, 2017, p. 52).

Os Direitos Humanos, hoje, são garantidos por documento oficial, emitido pela

Assembleia Geral da ONU e chamado de Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porém, a história desses direitos remonta à Revolução Americana e à Revolução Francesa. Os Direitos Humanos dizem respeito ao seu caráter universal, tais direitos passaram a ser garantidos a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade. Com isso, o princípio da dignidade humana (direito de possuir condições mínimas para ter uma vida plena e digna) se torna inerente a todo indivíduo, trazendo consigo os fundamentos da igualdade de direitos inalienáveis, como o direito à vida, à liberdade e à justiça sem distinção de raça, sexo, língua, religião, origem social ou nacional (ONU, Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos).

A Escola de Salamanca contribuiu para as áreas do direito, filosofia, economia, estudos culturais, dentre outros campos, a definição da mesma está ligada ao estudo da teologia, como ponto de partida para todas as outras questões. As obras centrais de Francisco de Vitória e demais pensadores de Salamanca são de suma importância para fundamentação filosófica dos direitos humanos no mundo contemporâneo.

O legado da Escola de Salamanca é profundo e duradouro. Os estudiosos dessa época foram pioneiros na aplicação de métodos científicos no estudo de várias áreas do conhecimento, como direito, economia e ética. Eles também contribuíram para a criação de uma base sólida para o direito internacional moderno. O conceito de direitos humanos, que hoje consideramos essencial, teve suas raízes na Escola de Salamanca.

Além disso, os pensadores dessa época também foram fundamentais na construção de um discurso crítico em relação ao imperialismo e à escravidão. Eles questionavam a legitimidade de tais práticas, defendendo a liberdade e a igualdade de todos os seres humanos.

CONCLUSÃO

Hoje, a Escola de Salamanca é vista como um ponto de virada na história do pensamento ocidental. Seus ensinamentos e reflexões influenciaram não apenas a época em que foram produzidos, mas também as gerações subsequentes. É um verdadeiro tesouro do aprendizado que nos convida a refletir sobre questões fundamentais da nossa existência.

Portanto, ao olharmos para trás e mergulharmos na história da Escola de Salamanca, podemos entender como esses pensadores foram visionários em sua época. Eles não apenas contribuíram para o desenvolvimento de várias áreas do conhecimento, mas também nos deixaram um legado inestimável. Seja na defesa dos direitos humanos, na busca pela igualdade ou no questionamento de práticas injustas, a Escola de Salamanca nos ensina que o aprendizado e o pensamento crítico podem transformar o mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHIE, Antony. **Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law.** *Social & Legal Studies*, [s.l.], vol. 5, no. 3, p. 321-336, Sept. 1996.

CALAFATE, Pedro. **A ideia de comunidade universal em Francisco Suárez.** *IHS – Antiguos Jesuitas en Iberoamérica*, v. 5, n. 2, p. 48-65, 2017.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 22 dez. 2023.

PLANS, Juan Belda. **La Escuela de Salamanca:** y la renovación de la teología em el siglo XVI. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.

VERMEHREN, Luis Valenzuela. **Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain:** a heuristic overview. In: *Logos*, 16, 2, Primavera, 2013, p. 99-125.

VICENTE, Luciano Pereña. **El concepto del Derecho de Gentes en Francisco de Vitoria.** *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 5, no. 2, p. 603-628, 1952.

ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA

BRUNO DA SILVA AMORIM: Acadêmico de Direito pela UCPel e Gestão Pública pela UFPel¹¹³

VICTOR HUGO MOUCHET SILVA ALFAYA¹¹⁴

VITÓRIA MEDEIROS DIAS¹¹⁵

(coautores)

RESUMO: O artigo discute a importância da ética na administração pública, destacando que os valores éticos são intrínsecos e se manifestam através da atuação no setor público. Esses valores, herdados culturalmente, são essenciais para a democracia e não podem ser dissociados dela, tendo em vista que a ética é uma reflexão individual sobre os princípios morais que, no contexto da administração pública, têm implicações para o interesse nacional. O texto também abordará diferentes modelos de gestão pública, incluindo o modelo de bem-estar social e o modelo neoliberal. Será realizado um enfoque sob a ética no setor público com uma análise dos princípios da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estes que guiam as condutas e atividades públicas.

Palavras-chave: Ética; Administração; Servidor; Princípios.

ABSTRACT: The article discusses the importance of ethics in public administration, highlighting that ethical values are intrinsic and manifest through action in the public sector. These values, culturally inherited, are essential for democracy and cannot be dissociated from it, considering that ethics is an individual reflection on moral principles that, in the context of public administration, have implications for the national interest. The text will also address different models of public management, including the social welfare model and the neoliberal model. A focus on ethics in the public sector will be based on the principles of public administration: legality, impersonality, morality, publicity and efficiency, which guide public conduct and activities.

Keywords: *Ethics; Administration; Server; Principles.*

1. INTRODUÇÃO

¹¹³ E-mail: brunoamorimdireito@gmail.com

¹¹⁴ Bacharel em Direito pela UFPel e Acadêmico de Gestão Pública pela UFPel

¹¹⁵ Acadêmica de Gestão Pública pela UFPel

A ética na administração pública é contextualizada através de valores intrínsecos que se externam através de nossa atuação com o setor público, ou seja, são padrões de comportamento que merecem ser ponderados frente aos interesses estatais. Esses valores são o produto das relações entre os indivíduos com o mundo, de fato, herdados culturalmente, que resultam em sanções e aprovações. Em uma contextualização inicial, a respeito da ética no cenário republicano, é evidente elucidar que não é possível dissociar esses valores éticos da democracia, tão quanto, pensar em uma administração pública que opera em padrões antiéticos.

A ética é o ato de refletir individualmente sobre os princípios da moral, e no caso da administração pública, determinadas ações geram consequências ao interesse nacional, que carecem de uma reflexão além da individualidade. Os valores éticos são carregados no dia a dia dos indivíduos, e nem tanto se anulam dentro do serviço público, como ressaltado pelo Dicionário da Língua Portuguesa (2002, p.122): A ética é parte da Filosofia que estuda os valores morais e os princípios ideais da conduta humana, um conjunto de princípios morais que devem ser respeitados no exercício de uma profissão.

2. A ÉTICA NO SETOR PÚBLICO

O Estado, dotado de soberania, carrega junto de si um conjunto de instituições e procedimentos que permitem as relações sociais, organizando e governando um determinado povo, sobretudo, o administrando. A administração pública pode ser contextualizada como uma área que tem como seu objeto, o estudo das organizações que compõem o Estado.

Além de diversos modelos de gestão da administração pública ao longo do tempo, é essencial destacar o modelo de bem-estar social (originalmente, emergido em 1880 na Alemanha), que continha em seu complemento principal, a realização de ações sociais por meio de políticas públicas. Proposta contrária quando entramos em um pensamento neoliberal, voltado à desestatização para o mercado ou para o terceiro setor.

É importante destacar a abordagem de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 64) sobre o conceito de administração pública:

O conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo

o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas (MEIRELLES, 2005. p.64).

A ética no setor público se baseia nos princípios da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (LIMPE). Sendo fatores essenciais para que o cidadão seja resguardado constitucionalmente, preservando os seus direitos. Desta forma, é relevante contextualizar que a ética profissional está presente em toda profissão e sempre age delimitando com regras objetivas: sujeito profissional x vida privada / interesse da administração pública x interesse de um ente privado, etc.

O Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994 é um Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, ou seja, é um conjunto de normas que regulam a conduta dos servidores frente ao interesse público nacional e aos seus objetivos. É indispensável abordar o Art. 1º do referido Decreto:

Art. 1 - A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos (BRASIL, 1994).

Tão pouco distinto do Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, que institui o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, visando promover atividades que disponham sobre a conduta ética, com implementação de políticas públicas, procedimentos técnicos, bem como, a integração de órgãos relacionados à ética pública.

Os decretos e o "LIMPE", como citados, servem para garantir a transparência nos serviços prestados à população, onde as ações do serviço público devem, além de tudo, priorizar a lei e tratar todos os cidadãos com imparcialidade, ou seja, apresentar a sua atuação caminhando lado a lado com os princípios éticos, norteadores da conduta em sociedade.

Quando falamos de democracia, é necessário evidenciar que a ética é intrínseca nela, onde temos necessidades materiais, culturais e sociais, relativas aos mais diversos campos de atuação: a desigualdade, criação de políticas públicas em saúde, educação, moradia, preservação do ambiente, dentre outras. Esse suporte através da democracia, gera condições de exercer com alguma autonomia as nossas liberdades.

É relevante abordar, que a democracia é caracterizada como um regime político que favorece a opinião e a atuação popular nas decisões políticas, também orientando a atuação do governo e da administração pública. No cenário brasileiro, é imprescindível adotar políticas públicas que favoreçam o trabalho social, bem como, a legalidade e vitalidade da atuação pública em todos os setores do país.

3. CONCLUSÃO

A administração pública tem como o objetivo principal, de adotar uma posição de mediadora entre os mais variados modelos de gestão pública que, até mesmo os mais antigos, emergem cicatrizes no funcionamento do aparato estatal nos dias de hoje, sendo historicamente utilizado por alguns, como um meio de satisfação individual. Por esses motivos, sendo a ética um padrão de comportamento externado pelos indivíduos, é necessário a regulação e padronização dessas condutas a fim de manter um ambiente social e cultural próspero ao desenvolvimento da máquina pública.

Desta forma, é evidente que a ética transcende o sujeito, elencando uma lógica de institucionalização, onde em determinados momentos nossas preferências particulares perdem lugar para o coletivo, assim, ao interesse público. A ética, administração pública e democracia, caminham juntas para preservar a dignidade, zelo e eficácia dos princípios norteadores do serviço público, garantindo os direitos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994.** Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência.

UFPEL. **Tópicos em administração pública.** Curso de Administração.

Dicionário da Língua Portuguesa. Melhoramentos, 2002. p.122.

BRASIL. **Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007.** Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência.

KULTIVI. **Ética no Serviço Público.** 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ppkf_uJIA3M>. Acesso em: 26 nov. 2022.

XAVIER, Milena. **Ética na Administração Pública.** Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34835/etica-na-administracao-publica>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

IFRO Campus Porto Velho Zona Norte - EaD. **Ética Profissional – Aula 1**. 2021. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=KkSERi1UfhE>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 64.

MATÉRIAS PARA CONCURSOS. **Ética no Setor Público / Ética no Serviço Público**. 2020. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=fuAZJgk7XAE>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

Centro de Liderança Pública. **LIMPE: Os 5 princípios da Administração Pública**. CLP. Disponível em: < <https://www.clp.org.br/limpe-os-5-principios-da-administracao-publica-mlg2/>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

DESAPROPRIAÇÃO E PRECATÓRIOS: UMA ANÁLISE DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MÁRIO CÉSAR OLIVEIRA CAVALCANTI DE ARRUDA:
Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Maurício de Nassau.¹¹⁶

Resumo: O presente trabalho aborda a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre regime constitucional de precatórios e a previsão constitucional de que a indenização, na desapropriação, deve ser prévia. Destaca-se que, tradicionalmente, o Pretório Excelso posicionava-se no sentido de que a diferença entre o valor inicialmente ofertado pelo Poder Público e o montante final do *quantum* indenizatório judicialmente fixado deveria ser paga através do regime de precatórios, conforme art. 100 da Constituição, ressalvadas as exceções constitucionais, considerando que a Fazenda Pública só passaria a ser proprietária do bem com a transferência formal de sua titularidade, que só poderia ocorrer após o término da demanda judicial. Entrementes, uma alteração significativa nesse panorama foi introduzida com o julgamento do RE 922144, com Repercussão Geral Reconhecida (Tema 865). Na oportunidade, a Suprema Corte decidiu que, nas hipóteses em que o ente público não esteja em dia com os precatórios, a complementação da indenização deve ser feita por meio de depósito judicial direto, ao final do processo expropriatório. Tal entendimento objetiva garantir a satisfação da indenização de forma prévia e justa, embora mantenha o pagamento pelo regime de precatórios para os Estados que estão em dia com suas obrigações. Destaca-se, outrossim, a potencial incompatibilidade do art. 34-A do Decreto-Lei nº 3.365/1941 com as premissas do antigo entendimento do STF, parcialmente mantido pelo RE 922144, mormente no que tange à possibilidade de transferência da propriedade antes do término do processo judicial e do pagamento da indenização, ressaltando-se a importância de que seja ampliada a discussão do tema pelo Pretório Excelso com o necessário debate sobre a constitucionalidade do referido dispositivo normativo. Alfim, conclui-se pela relevância desta evolução jurisprudencial para a concretização dos direitos fundamentais no Brasil, especialmente o direito à propriedade, e a necessidade de equilibrar os direitos dos expropriados com o regime constitucional do precatório.

Palavras-chave: Desapropriação; Precatórios; Indenização prévia; Constituição Federal; Artigo 100 da CF; Tema 865 do STF.

1. Introdução

116 E-mail: mariocesarconcurso@gmail.com

O art. 5º, XXIV, da Constituição Federal autoriza a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvadas as hipóteses previstas no texto constitucional.

Não obstante a previsão de pagamento prévio da indenização, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que, havendo diferença a ser paga entre o montante da indenização ofertado pelo Poder Público, na petição inicial da ação de desapropriação, e o valor fixado na sentença, tal montante deve ser satisfeito por meio do regime constitucional do precatório, consoante dispõe o art. 100, do diploma constitucional.

A despeito disso, a Corte Constitucional, em recente precedente, evoluiu, em parte, o seu entendimento, culminando com edição da tese, em sede Repercussão Geral (Tema 865), segundo a qual: "*No caso de necessidade de complementação da indenização, ao final do processo expropriatório, deverá o pagamento ser feito mediante depósito judicial direto se o Poder Público não estiver em dia com os precatórios*"¹¹⁷.

Esta tese, inovadora em sua natureza, traz à tona debates significativos sobre a relação entre a Administração Pública e os credores, a eficiência dos procedimentos expropriatórios e a segurança jurídica no contexto das obrigações do Estado.

Portanto, busca-se, com o presente trabalho, oferecer uma visão atualizada sobre como a Suprema Corte tem tratado a questão dos precatórios no contexto das desapropriações, contribuindo para o debate acadêmico e prático acerca deste tema de profunda relevância no direito administrativo e constitucional brasileiro.

2. O rito constitucional do precatório para satisfação dos débitos da Fazenda Pública

O art. 100 da Constituição Federal estabelece rito próprio para cobrança dos créditos judiciais contra a Fazenda Pública. O referido regramento constitucional foi erigido pelo constituinte nos seguintes termos:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação

117 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 922.144/MG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 19 de outubro de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=922.144&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim¹¹⁸.

Em comentário ao dispositivo constitucional supracitado, J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Medes, Ingo Wolfgang e Lenio Luiz lecionam que:

A norma constitucional em análise tem como finalidade assegurar a isonomia entre os credores da Fazenda Pública, impedindo qualquer espécie de favorecimento ou de privilégios, por razões políticas ou pessoais, em consonância com o Princípio Republicano, que preside nossa Constituição, bem como com os da Administração Pública, constantes do art. 37 da CF.¹¹⁹

Ainda sobre o regime de satisfação dos débitos do Poder Público, Leonardo Carneiro da Cunha acentua que:

A execução contra a Fazenda Pública pode, como se viu, fundar-se em título judicial ou em título extrajudicial. Quando o título for judicial, há cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (arts. 534 e 535). Sendo extrajudicial, propõe-se a execução disciplinada no art. 910. **Tanto numa como noutra, é necessário observar o regime de precatórios ou de Requisição de Pequeno Valor - RPV -, previsto no art. 100 da Constituição Federal.**

Nos termos do 3º do art. 100 da Constituição Federal, não há necessidade de expedição de precatório nos casos de execução de pequeno Valor.

(...)

Fora dessa hipótese prevista no §3º, do art. 100 da Constituição Federal, a execução de quantia certa em face da Fazenda Pública

118 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 de janeiro de 2024.

119 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: São Paulo: Saraiva/Almeidina, 2013, p. 1341.

segue a regra geral, adotando-se a sistemática do precatório.¹²⁰
(original sem os grifos)

Os entendimentos doutrinários acima mencionados se alinham ao entendimento reiteradamente manifestado pelo Pretório Excelso, consoante se deduz, ilustrativamente, do seguinte precedente daquele Tribunal de Superposição:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO DE JULGADO. SISTEMA DO PRECATÓRIO. DISCIPLINA CONSTITUCIONAL. ART. 100 CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBSERVÂNCIA. PRECEDENTES.

1. **Provimento liminar que determina o imediato pagamento, sem observância ao regime constitucional de precatórios, de crédito de caráter indenizatório. Grave lesão à economia e à ordem públicas configurada.**

2. **Processo de execução contra a Fazenda Pública submete-se, nos termos do art. 100 da Constituição Federal, a procedimento executivo especial que se estende a todas as pessoas jurídicas de direito público interno.** Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.¹²¹ (Original sem os grifos)

Impende ressaltar que, nem mesmo a natureza alimentar do crédito contra a Fazenda Pública elide o rito dos precatórios.

Em igual diretriz, o e. Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 889.173, submetido ao regime de Repercussão Geral, salientou, em seu voto condutor, que:

é assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública estão adstritos ao sistema de precatórios, nos termos do que dispõe o artigo 100 da

¹²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Fazenda Pública em juízo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 368/369 e 373.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. SS 2961 AgR. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 10 de março de 2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 74, 25 abr. 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=2961&sort=_score&ortBy=desc. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

Constituição Federal, o que abrange, inclusive, as verbas de caráter alimentar(...).¹²²

Ainda segundo o STF: *“a Fazenda Pública, quando executada, sujeita-se ao regime de precatórios, qualquer que seja a natureza do débito, inclusive os alimentares, ressalvadas as obrigações de pequeno valor”*¹²³.

Aliás, em algumas oportunidades, a Suprema Corte firmou teses vinculantes prestigiando o rito constitucional do precatório para satisfação dos débitos judiciais da Fazenda Pública.

A propósito, confirmam-se, ilustrativamente, as seguintes teses firmadas em regime de repercussão geral:

Tema 1262/STF: Não se mostra admissível a restituição administrativa do indébito reconhecido na via judicial, sendo indispensável a observância do regime constitucional de precatórios, nos termos do art. 100 da Constituição Federal.¹²⁴

Tema 831/STF: O pagamento dos valores devidos pela Fazenda Pública entre a data da impetração do mandado de segurança e a efetiva implementação da ordem concessiva deve observar o regime de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal.¹²⁵

122 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 889173 RG. Relator: Ministro Luiz Fux, 07 de agosto de 2015. Publicado em 17 de agosto de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=889173&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

123 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. AI 813.366-AgR. Relator: Ministro Dias Toffoli, 28 de novembro de 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=813.366&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

124 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 1420691 RG / SP. Relator(a): Ministra Presidente, 21 de agosto de 2023. Publicado em 28 de agosto de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral13227/false>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

125 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 889173 RG. Relator: Ministro Luiz Fux, 07 de agosto de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 160, 17 ago. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral7581/false>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

Nesse cenário, infere-se que a Corte de Uniformização da Jurisprudência em Matéria Constitucional – STF tem, em regra, determinado a observância do rito do precatório para satisfação dos débitos judiciais da Fazenda Pública, excepcionando o referido procedimento na estrita hipótese de submissão do montante a satisfação pela Requisição de Pequeno Valor (RPV), conforme autorizado pelo próprio texto constitucional.

3. A satisfação do valor indenizatório pelo bem objeto de desapropriação

A Constituição Federal de 1988 abordou a desapropriação, em seu art. 5º, XXIV, segundo o qual *“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”*¹²⁶.

Em sede doutrinária, José dos Santos Carvalho Filho conceitua desapropriação nos seguintes termos:

A desapropriação é um procedimento por meio do qual o ente público determina a retirada de bem privado do seu proprietário, para que este faça parte do patrimônio público, sempre embasado nas necessidades coletivas, mediante o pagamento de indenização previamente definida, de forma justa ao proprietário.¹²⁷

Há muito se discute a respeito do que consiste a indenização prévia em desapropriação.

Em regra, a Fazenda Pública deposita a oferta inicial para a obtenção da imissão provisória da posse do imóvel objeto da desapropriação, no início da causa, conforme preconiza o art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

Entretanto, o Pretório Excelso pacificou o seu entendimento no sentido de que, nas hipóteses em que a decisão final fixa valor superior ao depositado inicialmente pela Fazenda Pública, o montante correspondente a essa diferença deveria ser satisfeito pelo regime constitucional do precatório, na forma do artigo 100 da Constituição Federal, ressalvada a hipótese de expedição de Requisição de Pequeno Valor.

126 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 de janeiro de 2024.

127 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 1002.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Plenário da Corte de Uniformização da Jurisprudência em Matéria Constitucional – STF:

Ação de desapropriação. Imissão na posse.

- A imissão na posse, quando há desapropriação, é sempre provisória.

- Assim, o § 1º e suas alíneas do artigo 15 do Decreto-Lei 3.365/41 é compatível com o princípio da justa e prévia indenização em dinheiro previsto no art. 5º, XXIV, da atual Constituição. Recurso extraordinário conhecido e provido.128

Destarte, em tal julgamento, a Suprema Corte ratificou a tese, firmada ainda sob a égide das constituições anteriores, no sentido de que pagamento da indenização por desapropriação poderia se sujeitar ao regime de precatórios.

Na ocasião, prevaleceu o voto do Ministro Moreira Alves no sentido de que: *“a imissão provisória na posse, com a perda da posse pelo proprietário, dá margem à compensação por essa perda, que é ressarcida mediante juros compensatórios.”*¹²⁹

Portanto, extrai-se do entendimento esposado no referido precedente que, diante da distinção entre posse e propriedade, a imissão provisória na posse do imóvel objeto de desapropriação pelo Poder Público privaria o titular do bem apenas da posse, sendo certo que a perda da propriedade ocorreria apenas ao final da demanda e, sob essa perspectiva, a indenização prévia e justa corresponderia àquela satisfeita ao cabo da ação de desapropriação.

Por corolário, ainda segundo a visão do Supremo Tribunal Federal, o depósito para imissão provisória na posse do bem objeto da desapropriação, nos moldes do art. 15 do Decreto-lei 3.365/1941, não poderia ser confundido com a indenização prévia e justa assegurada pela Constituição.

128 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 176.108. Relator originário: Ministro Carlos Velloso, Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves, 12 de junho de 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur110928/false>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

129 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 176.108. Relator originário: Ministro Carlos Velloso, Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves, 12 de junho de 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur110928/false>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

Deveras, conforme acentuado, nos moldes do entendimento então prevalente no âmbito do STF, tal indenização somente seria devida ao término do processo judicial, momento em que ocorreria a transferência formal da propriedade para o Estado.

Nesse diapasão, a harmonização da natureza antecipada da indenização com o sistema de precatórios poderia ser realizada mediante a simples condição de vincular a titularidade da propriedade ao pagamento efetivo da respectiva indenização.

Tal entendimento vem sendo acompanhado pelas Turmas do Pretório Excelso, conforme pode ser extraído dos seguintes arestos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. DEPÓSITO PRÉVIO INSUFICIENTE. IMISSÃO NA POSSE. PAGAMENTO DA DIFERENÇA POR MEIO DE PRECATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.130

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE. DEPÓSITO PRÉVIO. VALOR INSUFICIENTE. DIFERENÇA. PRECATÓRIO. Verificada a insuficiência do depósito prévio na desapropriação por utilidade pública, a diferença do valor depositado para imissão na posse deve ser feito por meio de precatório, na forma do artigo 100 da CB/88. Agravo regimental a que se nega provimento.131

DESAPROPRIAÇÃO - VERBA INDENIZATÓRIA - DECISÃO JUDICIAL. O cumprimento de decisão judicial na qual vencida entidade pública faz-se mediante precatório. Essa forma está compreendida nas exceções versadas na cláusula final do inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal.132

Portanto, ressalvada a hipótese de satisfação do crédito decorrente da indenização por desapropriação por meio de Requisição de Pequeno Valor, prevalecia no âmbito da

130 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Ag. Reg. No Recurso Extraordinário nº 739.454. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 12 de novembro de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur248893/false>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

131 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 598.678-AgR. Relator: Ministro Eros Grau, 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur171558/false>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

132 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 427.761. Relator: Ministro Marco Aurélio, 30 de maio de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur3067/false>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

Suprema Corte o entendimento segundo o qual a diferença do valor depositado para imissão na posse e o fixado ao final do processo deveria ser satisfeita por meio do regime constitucional do precatório.

4. Tema 865 do STF: exceção ao regime constitucional do precatório para satisfação da diferença entre o valor da indenização judicialmente fixado e o montante inicialmente depositado pela Fazenda Pública em desapropriação.

A obtenção do valor da indenização pela desapropriação, através da via judicial, vem, há muito, sendo criticado por parte da doutrina, segundo a qual o mandamento constitucional que estabelece a indenização prévia nas desapropriações não vem sendo devidamente respeitado.

Ilustrativamente, colha-se o entendimento esposado por Hely Lopes Meirelles, segundo o qual:

Indenização prévia significa que o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel. Este mandamento constitucional vem sendo frustrado, pelo retardamento da Justiça no julgamento definitivo das desapropriações, mantendo o expropriado despojado do bem e do seu valor, por anos e anos, até transitar em julgado a condenação. Os depósitos provisórios geralmente são ínfimos em relação ao preço efetivo do bem, o que atenta contra o princípio da indenização prévia. Essa burla à Constituição só poderá ser obviada pelo maior rigor dos juízes e tribunais na exigência do depósito prévio que mais se aproxime do valor real do bem expropriado¹³³.

Entrementes, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 922144, com repercussão geral reconhecida (Tema 865), revisitou a questão posta, com reformulação parcial de seu entendimento.

Na ocasião, prevaleceu a tese idealizada pelo Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, que propôs uma revisão da jurisprudência tradicional à luz da Constituição de 1988, destacando a centralidade do texto constitucional, que se tem denominado de filtragem constitucional ou constitucionalização do direito, segundo o qual a leitura de todo ordenamento jurídico deve ser realizada à luz da constituição.

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. 968, p. 748.

Consoante preceitua o Ministro Relator:

A constitucionalização do direito administrativo produziu três importantes mudanças de paradigma que repercutem na matéria aqui discutida, a saber: (i) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado; (ii) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária; e (iii) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.¹³⁴

E, prosseguindo em seu voto, o Ministro Relator analisa os efeitos práticos do entendimento até então prevalente no âmbito da Suprema Corte, destacando que, em tal cenário, a Fazenda Pública *“obtem a imissão na posse com base em avaliação administrativa unilateral, (...) e paga a maior parte do valor da indenização por precatório judicial, possivelmente décadas depois da perda da posse pelo particular.”*¹³⁵

O Ministro Luís Roberto Barroso ressalta, ainda, que o sistema atual não é bom nem para o titular do imóvel desapropriado em nem para o Estado.

Segundo o e. Ministro:

17. Desse modo, o modelo vigente é potencialmente injusto com o particular, pois, em suma: (i) ele perde a posse do seu bem no início do processo, mediante depósito muitas vezes dissociado do correto valor de mercado; (ii) a ação de desapropriação tem longa tramitação, visto que impõe a realização de perícia judicial e quase sempre envolve inúmeros recursos e incidentes processuais; e (iii) após o trânsito em julgado, o pagamento do *quantum* indenizatório se dá por precatório judicial, cujo prazo de quitação é usualmente descumprido pelos entes públicos.

18. Mas não é só. A sistemática atual também é ruim para o Estado. A desapropriação é declarada e implementada em certa época, sob a vigência de determinado governo, mas é paga muitos anos – por vezes, décadas – depois. Em termos práticos, isso significa que os governantes atuais podem desapropriar os bens que desejarem, pagando valor ínfimo. No momento do pagamento definitivo, em

134 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 922144 RG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de outubro de 2023. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, Ata de Julgamento Publicada no DJE de 25 de outubro de 2023. Voto do Relator disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/356622/stf-suspende-julgamento-sobre-regime-de-precatorio-em-desapropriacao>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

135 Idem.

geral, o governante é outro. Dessa forma, de um lado, os políticos não são incentivados a se preocuparem com os custos da declaração de um bem como de utilidade ou necessidade pública. E, de outro lado, a própria população não é estimulada a fiscalizar as ocupações imobiliárias realizadas pelo Estado e, anos depois, os pagamentos devidos em virtude delas.

19. Além disso, o atual modelo de desapropriação gera, ainda, outra consequência nefasta: o pagamento pelo Estado, ao final dos processos, de indenizações bastante superiores ao valor de mercado do bem expropriado. Esse pagamento a maior decorre dos chamados “juros compensatórios”.

20. Assim, vê-se que o modelo atual de desapropriação não é bom para o expropriado, que certamente preferiria receber apenas o preço justo de seu bem no momento de imissão provisória na posse e acabar por receber o maior montante por precatório, muito tempo depois da perda da posse. Não é bom para o Estado, que tem que pagar muito mais pelo imóvel do que ele verdadeiramente vale. E nem atende adequadamente a sociedade, gerando disfunções quanto ao controle social das desapropriações e dos gastos públicos.¹³⁶

Verifica-se que os fundamentos invocados pelo e. Ministro Relator afiguram-se bastantes para excepcionar do pagamento da indenização em desapropriação pelo regime de precatório, em qualquer hipótese, em ordem a garantir a satisfação do *quantum* indenizatório de forma prévia, através do pagamento de forma direta.

Entrementes, o voto da relatoria manteve o pagamento pelo regime de precatório para os Estados que estão em dia com a quitação de seus débitos através de tal regime, sob o fundamento de que, nessa hipótese, o particular recebe a indenização no prazo máximo de um ano e meio após o trânsito em julgado, lapso temporal que a Constituição Federal considerou razoável para a satisfação dos débitos da Fazenda Pública, restando,

136 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 922144 RG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de outubro de 2023. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, Ata de Julgamento Publicada no DJE de 25 de outubro de 2023. Voto do Relator disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/356622/stf-suspende-julgamento-sobre-regime-de-precatario-em-desapropriacao>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

portanto, mantido entendimento consolidado pela Suprema Corte quanto à submissão do pagamento da indenização em desapropriação à via constitucional do precatório.

Lado outro, no que se refere aos entes federativos que estão em atraso com o pagamento dos precatórios, o Ministro Relator menciona que, a tendência é que a satisfação da indenização demore um longo lapso temporal, o que desvirtuaria a natureza prévia da indenização.

Ainda nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

25. O Estado tem o dever de ser correto com seus cidadãos. A indenização da desapropriação não pode constituir um calote disfarçado ou o reconhecimento vazio de uma dívida. Em abstrato, é possível argumentar que a submissão da desapropriação ao regime de precatórios não viola o comando constitucional de indenização prévia e justa do art. 5º, XXIV. O estado de mora no pagamento de requisitórios, contudo, desconstrói essa premissa. O atraso no pagamento, portanto, deslegitima o Poder Público, desnatura a natureza prévia da indenização e esvazia o conteúdo do direito de propriedade.¹³⁷

Portanto, nos moldes do voto condutor do Ministro Luís Roberto Barroso, foi firmada a seguinte tese, em regime de repercussão geral, pela Suprema Corte:

Tema 865: No caso de necessidade de complementação da indenização, ao final do processo expropriatório, deverá o pagamento ser feito mediante depósito judicial direto se o Poder Público não estiver em dia com os precatórios.¹³⁸

O Pretório Excelso, contudo, decidiu modular os efeitos da referida tese, para que tal posicionamento só seja aplicado às desapropriações propostas a partir da publicação da ata da sessão de julgamento, ou seja, dia 25 de outubro de 2023, ressalvadas as ações

137 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 922144 RG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de outubro de 2023. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, Ata de Julgamento Publicada no DJE de 25 de outubro de 2023. Voto do Relator disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/356622/stf-suspende-julgamento-sobre-regime-de-precatorio-em-desapropriacao>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

138 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 922144 RG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de outubro de 2023. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, Ata de Julgamento Publicada no DJE de 25 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4864567&numeroProcesso=922144&classeProcesso=RE&numeroTema=865>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

judiciais em curso em que se discuta expressamente a constitucionalidade da complementação da indenização por meio de precatório judicial.

Ressalte-se, ainda, que o Ministro Gilmar Mende divergiu do voto do Relator, por depreender que o *quantum* indenizatório em processo de desapropriação deve ser satisfeito mediante o regime constitucional de precatório, ressalvadas as exceções expressamente previstas na Constituição Federal, porquanto, segundo o Ministro, o STF não admite execução provisória de obrigação de pagar contra a Fazenda Pública, à vista do regime instituído pelo art. 100 da Constituição Federal.¹³⁹

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin também divergiu do Relator, para entender que o pagamento da indenização, nas demandas desapropriatórias, não deve se submeter, em nenhuma hipótese, ao regime constitucional de precatórios, diante da garantia constitucional de indenização prévia¹⁴⁰.

Prevaleceu, contudo, o voto do e. Relator, conforme acentuado, determinando o pagamento do complemento da indenização através de depósito judicial direto, em desapropriação, apenas se o ente expropriante não estiver em dia com os precatórios.

5. Incompatibilidade do art. 34-A do Decreto-Lei nº 3.364/1941 com as premissas do antigo entendimento mantido pelo STF

Consoante mencionado em linhas transatas, restou parcialmente mantido o vetusto entendimento da Suprema Corte, segundo o qual a indenização somente seria devida ao término do processo judicial, momento em que ocorreria a transferência formal da propriedade para o Estado.

A despeito disso, verifica-se que, quando da revisitação do entendimento do STF, no julgamento do Tema 865, não houve expressa análise sobre o disposto no art. 34-A do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com redação conferida pela Lei nº 13.465/2017 e pela Lei nº 14.421/2022, de cujo teor se extrai:

139 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 922144 RG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de outubro de 2023. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, Ata de Julgamento Publicada no DJE de 25 de outubro de 2023. Voto disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/356622/stf-suspende-julgamento-sobre-regime-de-precatorio-em-desapropriacao>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

140 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 922144 RG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de outubro de 2023. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, Ata de Julgamento Publicada no DJE de 25 de outubro de 2023. Voto disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/356622/stf-suspende-julgamento-sobre-regime-de-precatorio-em-desapropriacao>. Acesso em: 17 de janeiro de 2024.

Art. 34-A. Se houver concordância, reduzida a termo, do expropriado, a decisão concessiva da imissão provisória na posse implicará a aquisição da propriedade pelo expropriante com o consequente registro da propriedade na matrícula do imóvel. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º A concordância escrita do expropriado não implica renúncia ao seu direito de questionar o preço ofertado em juízo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º Na hipótese deste artigo, o expropriado poderá levantar 100% (cem por cento) do depósito de que trata o art. 33 deste Decreto-Lei. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º Do valor a ser levantado pelo expropriado devem ser deduzidos os valores dispostos nos §§ 1º e 2º do art. 32 deste Decreto-Lei, bem como, a critério do juiz, aqueles tidos como necessários para o custeio das despesas processuais. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 4º Após a apresentação da contestação pelo expropriado, se não houver oposição expressa com relação à validade do decreto desapropriatório, deverá ser determinada a imediata transferência da propriedade do imóvel para o expropriante, independentemente de anuência expressa do expropriado, e prosseguirá o processo somente para resolução das questões litigiosas. (Incluído pela Lei nº 14.421, de 2022)¹⁴¹

Com efeito, exsurge de tal dispositivo normativo a possibilidade de transferência da propriedade em favor do Poder Público antes mesmo do término do processo judicial e, portanto, em momento que precede o pagamento da indenização.

Em comentário a tal dispositivo normativo, Maria Sylvia Zanella de Pietro leciona que:

O art. 34-A do Decreto-lei nº 3.365, incluído pela Lei nº 13.465/17, prevê hipótese em que, com a concordância expressa do expropriado, a decisão concessiva de imissão provisória na posse implicará a aquisição da propriedade pelo expropriante com o

141 "BRASIL, Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365compilado.htm>. Acesso em: 18 de janeiro de 2024.

consequente registro da propriedade na matrícula do imóvel. Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo, incluído pela Lei nº 14.421/22, também permite a aquisição da propriedade, independentemente de indenização, após a contestação do expropriado, desde que não haja oposição expressa com relação à validade do decreto expropriatório. **O dispositivo é de constitucionalidade bastante duvidosa, tendo em vista a exigência expressa de indenização prévia contida no art. 5º, XXIV, da Constituição.** (Original sem os grifos)

Portanto, a discussão há de ser revisitada, tendo em vista que, aparentemente, o art. 34-A não se coaduna com as premissas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal para manutenção parcial de seu entendimento no sentido de que a indenização prévia corresponde àquela paga ao final do processo, quando efetivamente o Poder Público adquire a propriedade do imóvel.

6. Conclusão

O debate em torno do regime de precatórios na esfera das desapropriações, conforme se depreende do exame acurado do arcabouço jurídico e jurisprudencial brasileiro, culminou em uma evolução significativa do entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme expresso no Tema 865. Essa evolução, ainda que parcial, representa um marco na concretização do princípio da justa e prévia indenização em casos de desapropriação, estabelecido pela Constituição Federal.

Historicamente, a jurisprudência do STF se alinhava à ideia de que a diferença entre a indenização inicialmente depositada e o valor final fixado em sentença deveria ser submetida ao regime de precatórios. Esse posicionamento, embora coerente com a disciplina constitucional dos precatórios, frequentemente resulta em extensas demoras no pagamento das indenizações, comprometendo a efetividade do direito à propriedade e à justa compensação.

A recente decisão do STF, contudo, inaugurou uma nova fase nesse entendimento, porquanto, doravante, se o ente federativo não estiver em dia com seus precatórios, o pagamento da diferença da indenização deve ser efetuado de forma direta, por meio de depósito judicial.

Este posicionamento, embora restrito a situações específicas, sinaliza uma sensibilidade maior do Judiciário às consequências práticas da demora na quitação de indenizações.

É relevante observar que a decisão do STF, quando do julgamento do Tema 865, não rompe completamente com o sistema de precatórios, mantendo-se fiel à norma constitucional para os entes que honram suas obrigações regularmente.

Essa moderação revela uma tentativa de equilibrar a necessidade de garantir a indenização prévia e justa ao expropriado com a manutenção da observância da satisfação dos débitos judiciais da Fazenda Pública através do regime de precatórios.

Destarte, a novel decisão do STF, embora excepcione a sistemática da satisfação da indenização em desapropriação por meio de precatório em hipótese específica, deve ser compreendida como um avanço significativo na concretização dos direitos fundamentais no Brasil, em especial o direito à propriedade, sem, contudo, desconsiderar a importância da ordem financeira e orçamentária pública.

Outrossim, o art. 34-A do Decreto-Lei nº 3.365/1941, introduzido por alterações legislativas subsequentes, possibilita a transferência da propriedade ao Poder Público antes mesmo da conclusão do processo judicial e, conseqüentemente, antes do pagamento final da indenização.

Tal disposição legal apresenta uma possível tensão com a exigência constitucional de uma indenização prévia, levantando questionamentos sobre sua conformidade com a Constituição.

Nesse diapasão, é imperiosa a ampliação da discussão na Suprema Corte para envolver também a análise da constitucionalidade ou não do disposto no art. 34-A do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que antecipa a transferência da propriedade em favor da Fazenda Pública sem o pagamento prévio da indenização correspondente.

Referências

1. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 janeiro 2024.
2. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365compilado.htm>. Acesso em: 18 janeiro 2024.
3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 176.108. Relator originário: Ministro Carlos Velloso, Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves, 12 jun. 1997. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur110928/false>>. Acesso em: 17 janeiro 2024.

4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 922.144/MG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 19 outubro 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=922.144&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 17 jan. 2024.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. AI 813.366-AgR. Relator: Ministro Dias Toffoli, 28 nov. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=813.366&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 17 jan. 2024.
6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 427.761. Relator: Ministro Marco Aurélio, 30 maio 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur3067/false>>. Acesso em: 17 jan. 2024.
7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 739.454. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 12 nov. 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur248893/false>>. Acesso em: 17 janeiro 2024.
8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 598.678-AgR. Relator: Ministro Eros Grau, 18 dez. 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur171558/false>>. Acesso em: 17 janeiro 2024.
9. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 889173 RG. Relator: Ministro Luiz Fux, 07 agosto 2015. Publicado em 17 agosto 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=889173&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 17 janeiro 2024.
10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 922144 RG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10 out. 2023. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, Ata de Julgamento Publicada no DJE de 25 outubro 2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/356622/stf-suspende-julgamento-sobre-regime-de-precatorio-em-desapropriacao>>. Acesso em: 17 janeiro 2024.
11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. SS 2961 AgR. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 10 mar. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 74, 25 abr. 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base>

=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=2961&sort=_score&sortBy=desc>.
Acesso em: 17 janeiro 2024.

13. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013, p. 1341.

14. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1002.

15. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Fazenda Pública em juízo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 368/369 e 373.

16. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42ª ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 748.