

1

1ª Edição - Campo Grande/MS
Brasil - 2018

REVISTA JURÍDICA



MATO GROSSO DO SUL

ESA

Conselho Editorial Life Editora

Prof. Dr. Amilcar Araujo Pereira

UFRJ/ Faculdade de Educação

Prof. Dr. Edgar César Nolasco

UFMS/ Campo Grande-MS

Prof. Dr. Gilberto José de Arruda

UEMS/ Unidade de Dourados

Prof. Dr. Matheus Wemerson G. Pereira

UFMS/Campo Grande-MS

Prof. Dr. Giovani José da Silva

UFMS/Campus de Nova Andradina

Prof^{fa}. Dra. Helena H. Nagamine Brandão

Universidade de São Paulo - USP-SP

Prof^{fa}. Dra. Joana Aparecida Fernandes Silva

UFG/Goiás

Prof. Dr. João Wanderley Geraldi

Universidade do Porto, Portugal/ INEDD/Universidade Siegen/Alemanha e Unicamp

Prof^{fa}. Dra. Léia Teixeira Lacerda

UEMS/ Unidade de Campo Grande

Prof^{fa}. Dra. Maria Cecília Christiano Cortez de Souza

Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo

Prof^{fa}. Dra. Maria Leda Pinto

UEMS/ Unidade de Campo Grande

Prof. Dr. Marlon Leal Rodrigues

UEMS/ Unidade de Campo Grande

Roosiley dos Santos Souza

UFMS-MS



O papel utilizado neste livro é biodegradável e renovável. Provém de florestas plantadas que dão emprego a milhares de brasileiros e combatem o efeito estufa, pois absorvem gás carbônico durante o seu crescimento! A tinta utilizada na impressão das páginas é à base de soja, cujo componente é renovável e atóxico que não degrada o meio ambiente.

Conselho Editorial da Revista das ESA/MS:

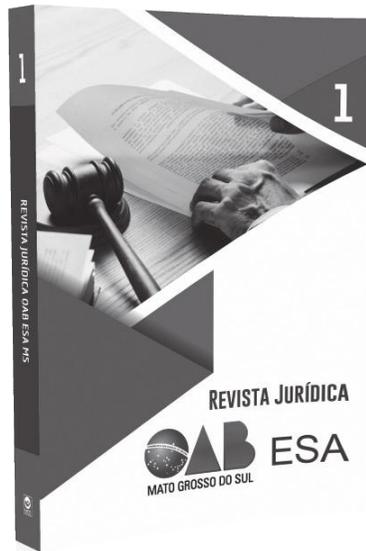
Ricardo Souza Pereira
Diretor Geral

Marcelo Radaelli Da Silva
Vice-Diretor Geral

Leonardo Basmage P. Machado
Secretário Geral

Isa Maria Formaggio M. Guerini
Secretária Geral Adjunta

Douglas de Oliveira Santos
Diretor-Tesoureiro



Copyright © by **ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB-MS**

Direitos Autorais reservados de acordo com a Lei 9.610/98

Coordenação Editorial

Valter Jeronymo

Assistente de Coordenação

Raquel de Souza

Projeto Gráfico

Life Editora

Revisão

Os próprios autores

Impressão e Acabamento

Life Digital



Life Editora

Rua Américo Vespúcio, 255 - Santo Antonio

CEP: 79.100-470 - Campo Grande - MS

Fones: (67) 3362-5545 - Cel.: (67) 99297-4890

life.editora@gmail.com • www.lifeeditora.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB-MS

Revista da ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB-MS / ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB-MS – Campo Grande, MS: Life Editora, 2018.

402p. : il. : 23 cm

ISBN 978-85-8150-581-7

1. Direito 2. Advocacia 3. Escola Superior de Advocacia I. Título

CDD - 360

Proibida a reprodução total ou parcial, sejam quais forem os meios ou sistemas, sem prévia autorização da OAB-MS ESA.

Apresentação

A gestão da ESA/MS 2016/2018 buscou através da revista da Escola Superior da Advocacia consubstanciar a produção jurídico-científico do estado de Mato Grosso do Sul, abrindo mais um elo para a produção jurídica de artigos científicos, que são produzidos pela classe jurídica como um todo, oportunizando um novo veículo para a divulgação das formas de pensar acerca de temas específicos do Direito de extrema importância na vida profissional e acadêmica dos profissionais do estado de Mato Grosso do Sul.

Deste modo, a Escola Superior da Advocacia (ESA/MS) cumpre seu papel, tanto na continuação de formação de profissionais do Direito, através de seus cursos, seminários, palestras e congressos, e agora fechando esse ciclo com a revista que seria uma forma de implementar fisicamente a forma de pensar da sociedade jurídica de Mato Grosso do Sul.



Sumário

- 09 - **A Ação Rescisória no Novo Código de Processo Civil e o Princípio da Estabilização das Decisões Judiciais.**
Gianncarlo Camargo Manhabusco e Wellington Henrique Rocha de Lima
- 29 - **Ativismo Judicial: Qual o limite do Poder Judiciário?**
Jeferson Borges do Santos Júnior, Maria Gabriela Rocha Pedriali e Luiz Andre de Carvalho Macena
- 43 - **O Lazer e sua Implicância no Direito do Trabalho.**
Letícia Natália Ribeiro da Silva Santos e Ana Cláudia Pitanga da Silva Barbosa
- 63 - **Os Povos Indígenas Guarani/Kaiowá: Os interesses e as Consequências frente a não Demarcação dos Territórios Tradicionais do estado de Mato Grosso do Sul.**
Fabianne da Silva de Sousa, Marcus Vinícius Delarissa do Amaral e Laryssa Wolff Diniz
- 91 - **Tributação de Criptomoedas**
Geraldo Alves dos Santos e Leonardo Furtado Loubet
- 119 - **Estado de Inocência e Execução Provisória da Pena**
Fábio Ricardo Trad Filho e Paulo César Batista Nunes da Cunha
- 149 - **A Natureza da Função Estatal exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU)**
Flávio Garcia Cabral
- 169 - **A Influência do Uso de Drogas na Criminalidade sob os Reflexos da Teoria de BROKEN HOMES**
Lorena Maran Furtado e Julyana Moreira da Silva
- 187 - **Direito Penal do Inimigo e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**
Mariana Melo e Luiz Andre de Carvalho Macena

- 211 - **Da Necessidade de Laudo Definitivo para Condenação no Crime de Tráfico de Drogas**
Gabriel Gonçalves de Souza Bernardes e Gabriela Oshiro Reynaldo
- 241 - **Da Tomada de Decisão Apoiada: os Aspectos Jurídicos de sua Aplicabilidade**
Byanca Ferreira Ribeiro, Delmiro da Silva Porto e Heitor Romero Marques
- 263 - **As Especificidades Jurídicas do Contrato de Trabalho Intermitente**
Leandro José Torres Soares e Maysa Maria Benedetti Faracco
- 289 - **Um Estudo sobre o Terrorismo: uma Análise Criminológica acerca desse Fenômeno Global á Luz do Direito Brasileiro**
Luiz Jeha Pecci De Oliveira, Larissa Cardoso da Silva e Rejane Alves de Arruda
- 305 - **O Direito ao Esquecimento frente ao Artigo 170 da Lei 8.112/90**
José Manfroí, Maria Fernanda Vargas Bittencourt e Maria Teresa Casadei
- 323 - **Penhora de Quotas por Dívida Particular do Sócio da Sociedade Limitada no CPC/2015.**
Felipe Ramos Vollkopf da Silva
- 343 - **O Agravo de Instrumento nas Decisões que versam sobre Competência**
Israel Longen
- 369 - **Da Autonomia Funcional, Administrativa e Orçamentária atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos Poderes e Órgãos/entes estatais, destituídos de Personalidade Jurídica: Responsabilidade atrelada ao seu próprio Orçamento.**
Pablo Henrique Garcete Schrader

A AÇÃO RESCISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Gianncarlo Camargo Manhabusco¹
Wellington Henrique Rocha de Lima²

Área do Direito: Direito Processual Civil, Direito Civil.

RESUMO: O presente artigo teve como objeto de análise a Ação Rescisória na disciplina do Novo Código de Processo Civil, partindo-se de um contraponto com o princípio da garantia da segurança jurídica até a verificação das hipóteses de cabimento consagradas no Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: ação Rescisória; estabilização das decisões judiciais; NCPC.

ABSTRACT: The purpose of this article was to analyze the Rescisória Action in the discipline of the New Code of Civil Procedure, starting from a counterpoint to the postulate of the guarantee of legal certainty until the verification of the hypotheses of compliance enshrined in the New Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Restrictive action; stabilization of judicial decisions; NCPC.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2. A Ação Rescisória e a Coisa Julgada – 3. A Coisa Julgada e suas alterações no NCPC – 4. A Ação Rescisória – 5. Hipóteses de Cabimento da Ação Rescisória no NCPC – 6. Considerações Finais – 7. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Dentre os objetivos do Estado Democrático de Direito encontram-se a segurança jurídica, a promoção da justiça, a garantia de igualdade e

1. Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogado.

2. Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogado.

a estabilidade das decisões judiciais.

O postulado da segurança jurídica encontra-se atrelado à estabilidade das decisões que segundo a lição de Luís Eulálio de Bueno Vidigal:

Nas sociedades primitivas, em que a administração da justiça é feita diretamente pelo povo ou pelo rei, é mais acentuada do que no Estado Moderno a predominância do objetivo da certeza e segurança sobre o da justiça. A decisão dos litígios, feita em um só grau de jurisdição, torna-se coisa julgada, garantindo-se ao vencedor o bem objeto da lide. Em organizações estatais mais complexas, o processo, embora, como sempre, se oriente por objetivos de paz social, procura atender o mais possível as exigências da equidade. Seguro indício dessa tendência se encontra no instituto do duplo grau de jurisdição que, conquanto dispensável em face do conceito moderno de jurisdição, pode considerar-se, hoje, universalmente adotado. Em certos casos, entretanto, a natureza do vício causador da injustiça é de tal ordem, que apresenta inconveniente maior do que a instabilidade do julgado (1976, p. 4-5).

Além da segurança jurídica, o acesso à justiça também pode ser considerado um direito erigido ao status de fundamentais, sendo tratado por Alexy da seguinte maneira: “A categoria dos direitos a algo subdividem-se em direitos a ações negativas (direitos de defesa) e direitos a ações positivas (direitos a prestações). O direito ao acesso à justiça insere-se na categoria de direitos a algo” neste passo que “numa dimensão subjetiva institui o direito individual de provocar o Estado para a prestação jurisdicional, enquanto sua dimensão objetiva revela a exigência da ação negativa do Estado” com o intuito de que “não adote medidas judiciais, legislativas ou executivas tendentes a obstaculizar (estorbar)” (1993, p. 190).

Dessa forma, segurança jurídica e acesso à justiça são garantias dos cidadãos que devem ser respeitadas pelos sistemas.

E, quanto maior o sentimento de segurança jurídica, maior a confiança do cidadão nos poderes públicos, pois ele passa a acreditar que não estará sujeito a elevado grau de imprevisibilidade, ou seja, a saber que poderá esperar decisões semelhantes para situações semelhantes. O que não ocorrerá se, por exemplo, a jurisprudência oscilar constantemente ou for descontinuada com elevada frequência.

Nesse sentido, ensina Marinoni que:

Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados (2014, p. 1).

Logo, pode-se afirmar que a segurança jurídica é essencial para a manutenção da ordem, do direito e do respeito às leis e ao sistema jurídico do país.

E, com o fenômeno da constitucionalização do processo civil, reconheceu-se uma importante ligação entre a segurança jurídica e a coisa julgada.

Dentro desse conceito de segurança jurídica pode-se enquadrar o Princípio da Estabilização das Decisões Judiciais, que, inclusive, é encontrado na Constituição Federal, mais especificamente no artigo 5º, XXXVI, o qual estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Segundo Marinoni, Arenhart, Mitidiero:

Ao dizê-lo, expressamente optou por densificar o princípio constitucional da segurança jurídica mediante uma regra de proteção à coisa julgada. Por expressa disposição constitucional, portanto, a coisa julgada integra o núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica no processo. Isso significa, basicamente, que a coisa julgada, entendida como “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, art. 502 – constitui uma clara opção da Constituição brasileira a favor da estabilidade das situações jurídicas em detrimento da possibilidade de infundáveis discussões e rediscussões dos problemas em busca de uma decisão supostamente mais justa do litígio (2015, p. 620).

Um dos elementos da segurança jurídica é a coisa julgada, prevista nos artigos 467 a 475 do CPC/1973 e, atualmente, nos artigos 485 a 495 do CPC/2015.

Como bem esclarece Didier:

O princípio da legalidade também se escora na segurança jurídica, conferindo maior previsibilidade para os casos que possam subsumir-se à norma previamente estabelecida, afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador. A segurança jurídica pressupõe a existência de uma regulamentação prévia, gerando certeza e previsibilidade. O juiz respeita o “princípio da legalidade” quando observa os precedentes judiciais e a jurisprudência dos tribunais (2016, p. 491).

Wambier acrescenta que:

A coisa julgada é uma garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF). Ao proibir que a lei fira a coisa julgada, a Constituição está também proibindo que o juiz, que é aplicador da lei, desrespeite a coisa julgada. Há ofensa direta à Constituição quando se desconsidera o próprio cerne da coisa julgada. Além disso, a coisa julgada, guarda íntima relação com o direito à proteção jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). Ela se presta a conferir estabilidade à tutela jurisdicional obtida. De nada adiantaria consagrar-se o direito à proteção jurisdicional, se o resultado dessa proteção pudesse ser desfeito a qualquer momento (2016, p. 824-825).

Sucedo, contudo, que embora o ordenamento jurídico consagre o Princípio da Segurança Jurídica e, conseqüentemente, o da estabilização das decisões, também prevê casos excepcionais em que essa segurança jurídica pode ser excepcionada.

Nas palavras do brilhante José Carlos Barbosa Moreira: “Não se deve supor que a sentença portadora de qualquer dos vícios enumerados no art. 485, porque rescindível, deixe de revestir-se da autoridade de coisa julgada. Bem ao contrário: é até pressuposto da rescisão o fato de ter-se ela revestido de tal autoridade”. Neste passo que “enquanto não rescindida, apesar de defeituosa, a sentença tem a força que normalmente teria, e produz os efeitos que normalmente produziria, se nenhum vício contivesse” (2003, p. 102-108).

E, um dos meios consagrados pela legislação para excepcionar a coisa julgada e, por conseguinte a estabilização da decisão é a Ação Rescisória, prevista nos artigos 485 a 495 do CPC/1973 e nos artigos 966 a 975 do CPC/2015.

Pois, nas palavras de Neves: “No eterno conflito entre dois valores essenciais de nosso sistema processual, o legislador, ao prever, ainda que de forma excepcional, a ação rescisória, dá uma derradeira chance à justiça em detrimento da segurança jurídica.” E com isso com o afincamento de garantir a decisão justa que “é possível a ação rescisória como o último suspiro de justiça do sistema processual pátrio” (2016, p. 1368).

Portanto, a Ação Rescisória é importante instrumento de afastamento de sentença ou decisão que venha a ferir direito fundamental ou aplicação equivocada da lei, ao ponto que vícios possam ser sanados e que sejam afastados os efeitos tortuosos de determinada prestação jurisdicional que possua os requisitos para o ingresso da mencionada Ação.

2. A AÇÃO RESCISÓRIA E A COISA JULGADA

Para o entendimento da Ação Rescisória no novo CPC, faz-se necessária uma análise comparativa entre as regras do Código de 1973 e as novas regras do CPC/2015, abordando-se as mudanças relativas aos temas da coisa julgada e da ação rescisória.

O CPC/1973 trazia a seguinte redação sobre a coisa julgada: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (BRASIL, 1973).

Neste passo que o antigo código esmiuçava as regras garantidoras da coisa julgada no ordenamento, como por exemplo, o efeito do julgamento total ou parcial, o alcance da parte dispositiva, as questões prejudiciais, dentre outros.³

3. Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5o e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide. Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei. Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas

E, o CPC/2015 veio redigido da seguinte maneira: “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015). Como também as demais alterações que emergiram junto ao novel códex.⁴

3. A COISA JULGADA E SUAS ALTERAÇÕES NO NCPC

Pode-se destacar duas primordiais mudanças trazidas pelo novo código. A primeira delas pode ser constatada na redação do artigo 502 do CPC 2015, que substituiu o termo eficácia da sentença por autoridade da decisão de mérito. Dessa forma, ficou claro que o código admitiu a existência de outras decisões de mérito, e não somente as sentenças. A segunda, no fato de que o CPC/2015 estabelece que também haverá coisa julgada quanto à resolução de questão prejudicial decidida expressa e incidentalmente no processo, o que não ocorria no regime anterior.

Luiz Rodrigues Wambier bem elucida a questão:

relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido. Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

4. Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei. Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros. Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão. Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Agora, o § 1º do art. 503 do CPC/2015 prevê que, dentro de certas condições, a coisa julgada incide sobre a resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo. Tal regra não constitui exceção à norma do art. 504 do CPC/2015. A decisão expressa de questão prejudicial, uma vez observados os pressupostos dos §§ 1º e 2º do art. 503, faz coisa julgada precisamente porque se trata de um comando sentencial e não simples fundamentação. Não só recebe a autoridade de um *decisum* (coisa julgada) como produz todos os efeitos de um *decisum* (2016, p. 798-799).

Com relação à possibilidade de ação rescisória em momentos distintos do processo, ensina José Carlos Barbosa Moreira que: “Cumpre enfatizar que, se algo da decisão recorrida transitou em julgado – por ter ficado fora do alcance do recurso, ou por dele não haver conhecido, no particular, o órgão ad quem -, e se é esse capítulo que se quer impugnar, a ação rescisória deve ser proposta contra a decisão recorrida”. E com isso destacar que “quando o vício alegado, a existir, residiria na parte unânime do acórdão proferido em grau de apelação, e não naquela outra que, tomada por maioria de votos, tenha dado ensejo a embargos infringentes.” Dividindo neste passo os fundamentos, possibilitando que “pode, naturalmente, caber nova ação rescisória contra o acórdão dos embargos; mas cada qual terá seus fundamentos próprios e inconfundíveis” (2003, p.115).

Em síntese, essas foram as mais importantes mudanças com relação ao instituto da coisa julgada.

Esclarecidas as mudanças no texto legal no que diz respeito à coisa julgada, passa-se, então, à análise da ação rescisória.

4. A AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória, medida excepcional para se atacar a decisão de mérito transitada em julgado, prevista nos artigos 966 a 975 do NCPC, também foi concebida com objetivo de garantir segurança jurídica, pois, conforme esclarece Marinoni, Arenhart, Mitidiero:

Com efeito, há situações - excepcionalíssimas, aliás – em que tornar indiscutível uma decisão judicial por meio da coisa julgada

representa injustiça tão grave e solução tão ofensiva às linhas fundamentais que pautam o ordenamento jurídico que é necessário prever mecanismos de rescisão da decisão transitada em julgado. (2015, p. 588).

Para Wambier:

A rescisória tem natureza jurídica de ação constitutiva negativa, que produz, portanto, uma sentença desconstitutiva, quando procedente. Na rescisória podem formular-se dois pedidos: o de desconstituição da coisa julgada (juízo *rescindens*) e o do rejuízo da causa, quando for o caso (juízo *rescissorium*). Diz-se que é uma ação desconstitutiva com base no primeiro pedido, que sempre precisará estar presente (2016, p. 824-825).

O artigo 966 do CPC/2015 estabelece as hipóteses de cabimento da ação rescisória. Elas serão analisadas a seguir.

5. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA NO NCPC

5.1 “Inciso I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;”

Os conceitos trazidos no inciso I encontram sua definição no Código Penal, sendo enquadrados como crimes contra a administração pública, de forma que a prevaricação, prevista no artigo 316 do CP, caracteriza-se pela conduta de “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”.

Já a concussão, artigo 317 do CP, verifica-se quando o juiz “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

Por fim, a corrupção, artigo 319 do CP, evidencia-se pela conduta de “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse pessoal”.

Nesses casos, não há margem de interpretação essas condutas, eis que claramente descritas no dispositivo legal.

5.2 Inciso II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

A observação a ser feita neste caso é que a circunstância apta a ensejar a ação rescisória é o impedimento do juiz e não a suspeição. Logo o cabimento depende da ocorrência de alguma das hipóteses previstas no artigo 144 do NCPC. Trata-se de hipótese inerente à pessoa do juiz.

Por outro lado, a incompetência absoluta diz respeito ao juízo. E, nessa hipótese, o que se discute é a possibilidade ou não de pedido de rejuízo da causa. Deste modo, tendo a decisão rescindida sido proferida por tribunal incompetente, não haverá possibilidade deste tribunal apreciá-la, sob pena de incorrer no mesmo vício. Exemplo dessa hipótese seria a causa julgada pela justiça Estadual, quando a competência era da justiça Federal.

Outro hipótese seria a de causa julgada por juízo incompetente. Nesse caso, o tribunal é competente para julgamento das rescisórias dos juízos a ele vinculados, podendo, assim, rejuizar a causa. Exemplo desse caso seria uma causa de família julgada por uma vara cível.

5.3 Inciso III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

O artigo 5º do Código de Processo Civil estabelece que todo aquele que participa do processo deve pautar-se de acordo com a boa-fé. Assim, o desrespeito ao dever de boa-fé, por meio de dolo (agir com a intenção de prejudicar o outro) ou coação (figura disciplinada nos artigos 151 a 155 do Código Civil), também gera a possibilidade de interposição de Ação Rescisória. Para que a ação seja fundamentada nesse inciso, o dolo ou coação devem ser o fundamento determinante da decisão que se objetiva ver rescindida.

Sobre a segunda parte do inciso, a nova lei acrescentou a previsão da “simulação” ao rol de condutas aptas a gerar a rescindibilidade da decisão. O procedimento pode ser justificado por dois motivos: primeiro

porque simulação e fraude à lei são condutas distintas; segundo porque o Código Civil já fazia essa diferenciação.

Barbosa Moreira *apud* Didier esclarece com brilhantismo as diferenças:

a) processo simulado: as partes não têm, verdadeiramente, a intenção de aproveitar-se do resultado do pleito, nem, pois, real interesse na produção dos respectivos efeitos jurídicos, a não ser como simulacro para prejudicar terceiros; b) processo fraudulento: o resultado é verdadeiramente querido, e as partes valem-se do processo justamente porque ele se lhes apresenta como único meio utilizável para atingir um fim vedado pela lei. O objetivo é dar aparência de licitude, ainda que meramente formal, a uma ilicitude (2003, p. 483).

Particularidade da ação rescisória prevista no inciso III diz respeito à legitimidade, visto que não é qualquer pessoa que pode propor a medida, apenas, o Ministério Público ou o terceiro prejudicado.

5.4 Inciso IV - ofender a coisa julgada;

Não haveria exemplo mais claro apto a demonstrar a preocupação do ordenamento com a segurança jurídica e com a estabilização das decisões judiciais, pois, se a ação rescisória não existisse, caso uma nova decisão fosse proferida em desrespeito à outra já “estabilizada”, acobertada pelo manto da coisa julgada, não haveria qualquer solução jurídica para a eventual insegurança gerada pelo próprio sistema.

Aqui, vale lembrar que a coisa julgada possui um efeito negativo e outro positivo. O negativo diz respeito à impossibilidade de nova decisão sobre aquilo que já foi decidido. Já o positivo, refere-se à obrigação de se respeitar aquilo que já foi decidido.

5.5 Inciso V - violar manifestamente norma jurídica;

O inciso V talvez seja a mudança mais importante trazida pelo NCPC, pois, além de trazer uma ampliação do rol de possibilidade de interposição da ação rescisória, também trouxe consigo a necessidade de entendimento, por parte do operador do direito, sobre o conceito

de norma jurídica, violação manifesta e interpretação controvertida nos tribunais.

Didier, faz as seguintes observações sobre o tema:

No contexto da atual metodologia jurídica, texto e norma não se confundem. Há textos dos quais se constroem normas; há textos que não geram qualquer norma; há norma sem texto; há norma que se constrói a partir da conjugação de diversos textos. A norma não se confunde com texto. Ela é, na verdade, resultado da interpretação que se faz do texto ou enunciado normativo. Não é ocioso lembrar que a interpretação é ato ou atividade que consiste na determinação daquilo que terá sido compreendido de um ato de comunicação. A finalidade da interpretação é obter o significado, que, por sua vez, é o que se compreende de um ato de comunicação. Interpreta-se para ter-se o significado do ato. Obtido o significado do ato, tem-se a sua compreensão. Além disso, a norma é gênero do qual há duas espécies: os princípios e as regras. As normas resultam de diversas fontes: a lei, a Constituição, um ato infralegal (como uma portaria, uma resolução, um instrução normativa etc.), um costume, um negócio jurídico, um precedente judicial etc. A norma pode ser construída a partir de cada uma dessas fontes ou de mais de uma delas. Todas essas fontes são objetos de interpretação, a partir do qual se constrói a norma jurídica. O texto de uma lei, da Constituição, de um ato infralegal, de uma negócio jurídico ou de uma decisão judicial é objeto de interpretação, devendo-se extrair dele o sentido da norma. Da interpretação das fontes extraem-se ou constroem-se as normas jurídicas. Quando se diz que uma norma foi violada, o que se violou foi a interpretação dada à fonte do direito utilizada no caso (2016, p. 492).

Pode-se dizer que, atualmente, aquela hermenêutica tradicional que acredita que na descoberta de um sentido preexistente da norma encontra-se ultrapassada, uma vez que os tribunais superiores têm demonstrado há algum tempo a preocupação de buscar o sentido da norma ao interpretá-la.

Outro esclarecimento necessário é que a norma a que se refere o inciso V é a norma geral e não a individual. Para ensejar a interposição de Ação Rescisória, a violação deve incidir sobre uma norma geral, ou seja, aquela que não preveja uma conduta particular ou específica. Por exemplo, uma norma que estabeleça critérios para concessão de aposentadoria é uma norma geral.

O entendimento do inciso V também requer o estudo da aplicação da Súmula 343 do STF, a qual estabelece que: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

Sobre a interpretação controvertida: uma decisão pode violar norma definida em precedente de Corte Suprema ou norma que deriva de texto legal que não suscita dúvida interpretativa. Quando há disputa ou controvérsia sobre a interpretação ou a respeito da norma que se deva extrair do texto só pode se pensar em ação rescisória após a Corte Suprema ter definido a norma válida ou a interpretação adequada. Antes disso, há interpretação controvertida nos tribunais, de modo que não há racionalidade em sancionar a decisão que adotou um ou outro resultado-interpretação ou norma (2014, p. 1).

Pois bem, existem algumas situações que precisam ser analisadas para exata compreensão da forma de aplicação da supracitada súmula.

Para isso, serão utilizados os exemplos trazidos por Didier:

Divergência na interpretação do Direito entre tribunais, sem que existisse, ao tempo da prolação da decisão rescindenda, precedente vinculante do STF ou STJ (art. 927, CPC) sobre o tema: não há direito à rescisão, pois não se configura a manifesta violação à norma jurídica. Aplica-se o n. 343 da Súmula do STF. Divergência na interpretação do Direito entre tribunais, havendo, ao tempo da prolação da decisão rescindenda, precedente vinculante do STF ou STJ sobre o tema: se a decisão rescindenda contrariar o precedente vinculante, há direito à rescisão, pois se configura a manifesta violação de norma jurídica. Divergência na interpretação do Direito entre tribunais, sem que existisse, ao tempo da prolação da decisão rescindenda, precedente vinculante do STF ou STJ; após o trânsito em julgado; sobrevém novo precedente do tribunal superior, alterando o seu entendimento: não há direito à rescisão, fundado nesse novo precedente, tendo em vista a segurança jurídica, tal como decidido pelo STF, no RE n. 590.809, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22.10.2014. Divergência na interpretação do Direito entre tribunais, sem que existisse, ao tempo da prolação da decisão rescindenda, precedente vinculante do STF ou STJ (art. 927, CPC) sobre o tema; após o trânsito em julgado, sobrevém precedente obrigatório do tribunal superior:

observado o prazo da ação rescisória, há direito à rescisão, com base nesse novo precedente, para concretizar o princípio da unidade do Direito e a igualdade (2016, p. 495-496).

Veja-se que o último exemplo, acima apresentado, merece algumas ponderações. Isso porque os tribunais superiores têm feito uma diferenciação quanto à interpretação de leis infraconstitucionais e da norma constitucional propriamente dita, de modo que o entendimento que tem prevalecido é o de que a norma infraconstitucional admite “interpretações razoáveis”, diga-se, mais de uma, enquanto a norma constitucional somente aceita uma única interpretação correta, sendo ela definida pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, a ação rescisória tem sido admitida para aqueles casos em que a decisão desrespeitar precedente já existente ou em caso de surgimento de precedente posterior ao trânsito em julgado da decisão.

Marinoni pondera que:

Porém, não existe motivo para supor que apenas uma dada qualidade da norma – a norma inconstitucional – pode exigir uma única interpretação. O ponto tem grande relevância – a interpretação é sempre uma compreensão e uma reconstrução normativa. Não há qualquer razão para entender que a interpretação constitucional seja diversa da interpretação infraconstitucional no que tange aos seus resultados. A necessidade de coerência impõe essa observação: ou há interpretação “correta” da Constituição e da legislação infraconstitucional – porque, ao fim e ao cabo, tem-se aí sempre um interpretar -, ou não há possibilidade de uma única interpretação correta em qualquer desses planos normativos. Sustentar-se a necessidade de interpretação “correta” no plano constitucional e de interpretação “razoável” no plano infraconstitucional constitui evidente *contradictio in terminis*, porque o ato de interpretar é um só no que tange à compreensão de normas jurídicas (2016, p. 1).

Os casos nos quais o precedente já existia não geram maiores discussões. O mesmo não se pode dizer em relação às hipóteses em que tem-se aceitado a rescisória com fundamento em precedente superveniente ao trânsito em julgado da decisão.

Conforme bem assevera Marinoni:

Chega-se, assim, ao momento propício para se desnudar o equívoco. Se a ação rescisória é proposta com base em precedente do Supremo Tribunal Federal, o seu fundamento não é violação de norma constitucional. O fundamento encontrado, mas não expressamente revelado, é o *ius superveniens* ou direito superveniente. Porém, como é curial, o *ius superveniens* não pode ter efeito retroativo sobre a coisa julgada. Portanto a Súmula 343 também deve ser aplicada nos casos de resolução de questão constitucional. A tentativa de eliminar a coisa julgada que resultou de uma dúvida de constitucionalidade não só elimina o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo –, como também coloca em xeque a legitimidade dos juízes e tribunais para o controle difuso da constitucionalidade (2015, p. 936-937).

Por outro lado, Wambier, Medina apud Marinoni, Arenhart, Mitidiero defendem que:

Segundo o que nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura de ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em lei que não é lei (lei inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de submeter-se ao prazo do art. 495 do CPC [1973], intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica a sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar a autoridade de coisa julgada. Para nós, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do art. 495 de CPC [1973] (2015, p. 646).

A verdade é que a admissão da rescisão de uma decisão já transitada em julgado baseada em uma lei posteriormente declarada inconstitucional põe em cheque a estabilidade das decisões e a segurança jurídica, uma vez que a lei declarada inconstitucional era vigente e eficaz ao tempo da decisão.

Ademais, a violação manifesta de precedentes judiciais também enseja a interposição de Ação Rescisória, sendo que o que se considera norma geral em um precedente é a *ratio decidendi*. Porém, enquanto

não houver o trânsito em julgado, o artigo 988, II do NCPC, garante a interposição de Reclamação para garantia da autoridade das decisões do tribunal (precedente em julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência).

5.6 Inciso VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

Esse inciso praticamente repetiu os termos do código anterior, de forma que somente se admite a rescisão se a prova falsa for a razão determinante da decisão que se pretende rescindir.

Em respeito ao princípio do livre convencimento motivado, no caso de a prova falsa ter sido produzida durante a instrução daquele processo que se pretende rescindir, mas não ter sido valorada/utilizada, impossível o andamento da ação rescisória por esse fundamento.

5.7 Inciso VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

Nota-se uma inovação legislativa com relação ao inciso VII, pois, enquanto o texto anterior falava em obtenção de documento novo após a sentença, o atual prevê obtenção de prova nova após o trânsito em julgado.

Para demonstrar que o CPC/1973 trazia disposição engessada, colhem-se os comentários de Barbosa Moreira que consignou o seguinte:

Refere-se o dispositivo ora comentado à obtenção de documento novo; Não se refere à descoberta, pelo interessado, de fato cuja existência ignorava e, por isso, não tenha alegado no processo anterior. O que se permite é que a parte produza agora a prova documental, que não pudera produzir, de fato alegado; não se lhe permite, contudo, alegar agora fato que não pudera alegar, mesmo por desconhecimento (2003, p. 139).

Logo, o atual, demonstrando postura evolutiva, consignou que a possibilidade de interposição de ação rescisória não se limita ao docu-

mento novo, mas também em caso de existência de outras provas como a inspeção judicial ou a prova testemunhal.

Ressalte-se que esta hipótese consagra elemento exemplo de preocupação do legislador com a garantia da segurança jurídica, porquanto visa combater uma decisão injusta, que, apesar de válida, não teve a oportunidade de sopesar e valorar todas as provas existentes.

Para Montenegro:

Para que a prova nova possa ser utilizada pelo autor para subsidiar a pretensão de desconstituição do pronunciamento, e necessária a demonstração: a) de que a prova nova, por si só, tem força suficiente para desconstituir a prova produzida na ação na qual a decisão rescindenda foi proferida, permitindo a conclusão de que a ação rescisória não pode ser proposta se a prova nova for desinfluyente para o êxito da ação primitiva; b) de que a prova nova não foi utilizada pelo autor, na ação em que a decisão rescindenda foi proferida, por não tê-la em mãos na fase de instrução probatória, embora já existente naquele momento, sem que o autor soubesse (2016, p. 523).

A prova nova apta a embasar a interposição da rescisória é aquela que, embora não tenha sido objeto de análise no processo originário, já existia. Ou seja, a prova nova, na verdade é aquela cronologicamente velha, podendo aqui, ser utilizado o conceito trazido pela Súmula 402 do TST: “Documento novo é o cronologicamente velho, já existente ao tempo da decisão rescindenda, mas ignorado pelo interessado ou de impossível utilização, à época, no processo” (BRASIL, 2017).

Assim, em caso de inexistência da prova ou impossibilidade de produção antes do trânsito em julgado, impossível a interposição de rescisória baseada no inciso VII.

Não é outro o entendimento de Didier sobre o tema: “Tanto isso é verdade que o artigo 975, §2º, do CPC, ao estabelecer o prazo para a ação rescisória por prova nova, indica como marco para início de sua contagem a “descoberta”, e não a “produção” ou “constituição”, da prova nova. A prova já existia e foi “descoberta”, começando a correr, a partir de então, o prazo para ajuizamento da ação rescisória” (2016, p. 502).

Em caso de prova que não foi analisada, também, não há que se falar em ação rescisória, porquanto cabia à parte durante a instrução pro-

cessual requerer a análise ao juízo ou, após proferida a sentença, opor embargos de declaração, diante da omissão jurisdicional e, caso não fosse sanado o vício, interpor o recurso cabível.

Agora, é necessário que a prova nova diga respeito a fatos controvertidos do processo, pois, se assim não for, aplicar-se-á a disposição do artigo 508 que estabelece que: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido” (BRASIL, 2015). Ou seja, sofrerá os efeitos da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Assim, para interposição da ação com base no inciso VII, além de ser “nova”, a prova deve ser pré-constituída e suficiente à desconstituição da decisão rescindenda (BRASIL, 2015).

5.8 Inciso VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

O Parágrafo primeiro dispõe que “há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.”

O primeiro requisito imposto pela legislação é que o erro seja verificável pelo simples exame dos autos, o que impede qualquer dilação probatória. Além disso, necessário que o erro seja razão determinante da decisão rescindenda, além do que também não pode haver controvérsia sobre o fato alegado.

A ausência de controvérsia, segundo Barbosa Moreira, pode ser concebida em 3 casos, se o fato não foi alegado por qualquer das partes; se uma parte admitiu expressamente a alegação da outra; ou se uma dela se absteve de contestar a alegação da outra (2003, p. 150).

A observação que deve ser feita é que, no caso de fato não alegado, a rescisória só será possível se o fato pudesse ser reconhecido de ofício pelo juízo.

O exemplo trazido por Montenegro para ilustrar a questão é o seguinte:

Pensemos em ação declaratória de nulidade de casamento proposta pelo Ministério Público contra determinado casal, impugnando matrimônio marcado por impedimento, pelo fato de a ré (esposa) ser filha do corréu. Esse fato está provado nos autos, repousando em certidão de nascimento da ré, evidenciando que é filha do corréu. Não obstante a prova cabal produzida na ação, o Ministério Público obtém sentença desfavorável. Diante do resultado relatado no exemplo anteriormente apresentado, o Ministério Público pode propor ação rescisória requerendo a desconstituição do pronunciamento, como consequência da análise do fato e da sua importância jurídica, resultando no conhecimento da nulidade do matrimônio. Contudo, para que a ação rescisória não venha a ser considerada uma nova ação de conhecimento, revigorando fatos controvertidos, ao autor cabe demonstrar que o fato, suficiente para garantir mudança no resultado processual, pode ser analisado de plano, se necessidade de instrução probatória, com a só análise do documento que acompanhou a petição inicial (2016, p. 522).

As disposições previstas nos artigos 966, V, 525, §15º e 535, §8º, todas do CPC, não deve ser confundidas porque existem diferenças entre as hipóteses de cabimento.

Assim, se o juízo preferir decisão contrária ao entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao executado, pelos artigos 525, §12º e 535, §5º, garante-se a possibilidade de alegação da inexigibilidade do título em sede de impugnação. Porém, se assim o fizer, somente obterá uma declaração de ineficácia do título, porque, se o objetivo for a rescisão da decisão terá que interpor ação rescisória, que terá por fundamento o artigo 966, V (manifesta violação à norma jurídica).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, possível concluir, portanto, que a garantia de uma medida jurídica para atacar a decisão de mérito não mais suscetível de qualquer recurso, por mais excepcionalíssima que seja, pauta-se, justamente, na ponderação de princípios e direitos.

Isto porque, se de um lado encontra-se o princípio da estabilização das decisões judiciais, do outro encontram-se os direitos garantidos do cidadão, tais como contraditório, ampla defesa, de que sua decisão

seja proferida por um juiz regularmente investido no poder jurisdicional, decisão justa etc.

Além disso, conforme afirma Cappelletti: “o acesso à Justiça deve ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos” (1988, p. 11-13).

E, reconhecendo-se o status de fundamental do acesso à justiça, é que Antonio Enrique Perez Luño esclarece que: “Los derechos fundamentales entrañan y presuponen, en suma, una determinada filosofía jurídico-política que se refleja en su interpretación. De ahí que la labor hermenéutica tendente a concretar el alcance del sistema constitucional de los derechos fundamentales se halle condicionada por las preconcepciones que le sirven de base” (1999, p. 296).

Nesse sentido, arremata Peter Häberle: “(...) El Estado constitucional que se concibe asimismo como Estado y Sociedad de los derechos fundamentales, que cumple o satisface tareas de hacer efectivos derechos fundamentales (por vía de tareas estatales), concibe siempre unidas la efectividad y la interpretación de los derechos fundamentales.” Jurisprudencia constitucional” (p. 260-278).

Assim, sendo, indubitavelmente, trata-se da efetiva ponderação de princípios e direitos, uma vez que a norma, ao especificar os casos em que é cabível o ataque à decisão, demonstra que o benefício auferido com a “exceção” é capaz de justificar a supressão do direito relativizado. Tal ponderação é consequência direta do fenômeno da constitucionalização do processo civil.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação dos efeitos. **RJBL**. Ano 2. n° 6. 2016.

_____. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 de março de 2015. Acesso em 12.10.2018.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal**. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 13 ed. reform.-Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

HÄBERLE, P. In PINA, Antonio Lopez (Dir.) **La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, [s/d]. cap. 3.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Arenhart, Sérgio Cruz. Mitidiero, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Editora RT, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565./ José Carlos Barbosa Moreira. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual do direito processual civil – Volume único / Daniel Assumpção Amorim Neves – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.**

SUPERIOR TRIBUNAL DO TRABALHO. Súmula 402. **ÇÃO RESCISÓRIA. PROVA NOVA. DISSÍDIO COLETIVO. SENTENÇA NORMATIVA** (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 217/2017 - DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017. Acesso em 12.10.2018.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. **Comentários ao código de processo civil**. 2.^a ed. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1976.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**, vol. 2 / Luiz Rodrigues WAMBIER, Eduardo Talamini. – 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ATIVISMO JUDICIAL: QUAL O LIMITE DO PODER JUDICIÁRIO?

Jeferson Borges dos Santos Júnior ¹

Maria Gabriela Rocha Pedrialli ²

Luiz Andre de Carvalho Macena³

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar quais os limites da interpretação judicial na aplicação das regras de direito penal. Por conseguinte, será analisado o ativismo judicial e a interpretação extensiva no direito penal e suas implicações no ordenamento jurídico. De início, o estudo pautar-se-á em como se apresenta, na realidade prática, o ativismo judicial no âmbito penal levando em conta o princípio da anterioridade, devendo a norma ser prévia e certa, não cabendo ao judiciário criar novos delitos para satisfazer o interesse público. Para tanto, foi empregado para produção do texto uma análise bibliográfica e jurisprudencial. Destarte, o estudo caracteriza-se como exploratório e descritivo, concluindo que o problema central corresponde ao limite de competência do judiciário, sendo o ponto nevrálgico, a incidência jurisdicional no âmbito de domínio reservado ao Poder Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial, interpretação extensiva, Poder Judiciário, direito penal.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo oportunizar o debate acerca da interpretação judicial na aplicação das regras de direito penal. Analisar-se-á o ativismo judicial e a interpretação extensiva no direito penal e suas consequências nas estruturas do ordenamento jurídico brasileiro.

Justifica-se a temática para uma pesquisa mais aprofundada sobre essa intervenção dos magistrados, diante dos princípios trazidos pela

1. Graduando em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Estagiário de Direito no Ministério Público Estadual. Mato Grosso do Sul (Brasil). E-mail: jefersonjr1997@gmail.com.

2. Graduando em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). E-mail: Maria.pedrialli@hotmail.com

3. Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Professor da Graduação na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). E-mail: luizandremacena@gmail.com.

Constituição Federal e até qual instante uma atitude ativa do judiciário pode ser considerada legítima e necessária à concretização de normas e princípios constitucionais, indo ao encontro das reais necessidades e valores do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o capítulo 2 será dedicado à análise dos limites da interpretação da norma, observando o sentido dela, desde a sua criação, pelo legislativo, até sua aplicação, pelo judiciário. Cumpre analisar que ao criar a lei, o legislador deve se atentar para que esta fique da maneira mais clara possível de forma que apresente termos completos. Sendo assim, a interpretação realizada pelo magistrados e os limites dessa interpretação se dará de forma mais coerente e integral com o verdadeiro sentido da lei, apresentando assim melhores condições de garantir a democracia.

O capítulo 3 abordará o ativismo judicial e a interpretação extensiva. Para isto, iniciará com uma contextualização do ativismo com base na inércia dos poderes executivo e legislativo, tendo assim, uma crescente incidência jurisdicional diante de uma postura proativa dos magistrados no julgamento dos casos concretos, tentando buscar uma resposta de qual é o limite do Poder Judiciário quando nos referimos à esse fenômeno do ativismo.

Analisar-se-á também neste tópico a interpretação extensiva na matéria de direito penal. Assunto que apresenta um relevante debate e divergência entre a doutrina, visto que, mesmo a norma dizendo menos do que deveria, isso não abre precedente para o julgador estender seus efeitos, principalmente para condenação do acusado, pois em um Estado Democrático de Direito que respeite de forma séria a democracia a sociedade tem o direito de saber do que pode ou não ser punido e como punido.

O capítulo 4 terá como escopo apresentar o princípio da anterioridade e legalidade. Para tal, inicialmente será apresentada a importância dos princípios em nosso ordenamento jurídico, bem como a importante função do legislador, no processo de criação das leis, inspirar-se em princípios constitucionais e supralegais para maior efetividade delas.

Sendo assim, com a intervenção do Estado nos direitos mais elementares e fundamentais dos cidadãos, se faz necessário a criação de mecanismos para frear esse poder punitivo e excluir as arbitrariedades que eventualmente possam ocorrer. Esse freio do poder de punir encon-

tra respaldo na Constituição Federal de 1988 e é chamado de princípio da legalidade, em que a sociedade como um todo tem o direito de saber da conduta proibida pelo Estado. Dessa forma, a importância de uma lei precisa e certa apresenta uma fundamental proteção contra a arbitrariedade do Estado ao cidadão.

2. LIMITES DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA

Ao se criar uma norma para o ordenamento jurídico é de profunda necessidade que essa norma seja em termos completos para que haja uma segurança jurídica. Quando a norma feita tem um sentido muito amplo, abra-se precedente para que o aplicador – poder judiciário – interprete-a da maneira que lhe convém, e por vezes, não dar o sentido correto que o legislador queria ter dado.

Se tratando de interpretação é importante a lição de Hans Kelsen:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta - no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos - a um escalão inferior; e uma interpretação dos tratados internacionais ou das normas do Direito internacional geral consuetudinário, quando estas e aqueles têm de ser aplicados, num caso concreto, por um governo ou por um tribunal ou órgão administrativo, internacional ou nacional. E há igualmente uma interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc., em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas⁴.

4. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 245.

Se tratando dos limites da interpretação da norma, principalmente no âmbito criminal, em que a lei deve(ria) ser certa e prévia, não se pode(ria) ter uma inovação do Poder Judiciário visto que esse fator fere o princípio da legalidade constitucionalmente protegido. A interpretação no campo do direito penal se deve dar de maneira cuidadosa, visto que, o Estado impõe sua força em detrimento da liberdade individual. O Poder Judiciário, em nome dos anseios sociais, não pode ir além da legislação posta, ainda mais quando se trata de direito penal, que envolve um dos principais direitos fundamentais do ser humano: a liberdade.

Nesse sentindo a lição magistral de Lênio Streck é de grande respeito:

Há um debate e um dilema na contemporaneidade. O debate: jurisdição constitucional (decorrente do constitucionalismo) e democracia. Há compatibilidade? Penso que sim. E qual é o dilema? Simples: ele exsurge do fato de que, se há compatibilidade, a jurisdição constitucional não pode se sobrepor à legislação democraticamente votada e que não seja incompatível com a Constituição. Portanto, se a jurisdição “construir” novos textos, não estará fazendo interpretação e tampouco mutação, mas, sim, substituindo-se ao poder constituinte. Logo, a democracia se transformará em jurisdicio-cracia⁵.

Ou seja, o Poder Judiciário não pode criar leis, esse poder é dado ao legislativo, uma competência constitucional que não cabe à jurisdição. Diante disso, continua o professor Lênio Streck:

A questão, portanto, é saber que tipo de jurisdição constitucional queremos. Uma jurisdição que obedeça a força normativa da Constituição, a coerência e a integridade do direito tem muito mais condições de garantir a democracia do que decisões pragmáticas e a construção de jurisprudência(s) defensiva(s). Se hoje é possível dizer que onde está escrito x leia-se y, o que impede que amanhã se diga que “onde está escrito n, leia p”? Passado um tempo, todas as letras estarão trocadas... Se me entendem a alegoria (ou metáfora)⁶.

5. STRECK, Lênio Luiz. Os limites da interpretação e a democracia. Teresina: Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: {HIPERLINK<https://www.conjur.com.br/2016-jun-25/diario-classe-limites-interpretacao-democracia>}. Acesso em: 18 de fev de 2018.

6. STRECK, Lênio Luiz, Op. Cit.

O Estado Democrático de Direito e a democracia se dão pelo fato das normas inferiores às constitucionais respeitarem o que está descrito na CF/88 e em seus princípios, e também em tratados internacionais de direitos humanos que possuem força supralegal. Se as leis devem respeitar a CF/88 nada mais justo que o Poder Judiciário também respeite-la em sua aplicação.

3. ATIVISMO JUDICIAL E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Com o passar dos anos o fenômeno do ativismo judicial vêm ganhando força no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando nos referimos aos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal. Diante da inércia do Poder Executivo e, principalmente, do Poder Legislativo, esses poderes deixaram de ter visibilidade e credibilidade perante a sociedade e com isso o Poder Judiciário acabou tendo alimentado a sua expansão.

Essa expansão do judiciário se dá, principalmente, pelo fato da decadência de representatividade e legitimidade do legislativo, é o que nos afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso:

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral⁷.

Nesse diapasão, o douto doutrinador e Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, continua e nos apresenta as duas faces desse ativismo judicial, senão vejamos:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo — e isso não se passa apenas no Brasil — na atual quadra histórica⁸.

7. BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Teresina: Revista Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: {HIPERLINK https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5}. Acesso em: 18 de fev de 2018.

8. BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit.

Ao analisarmos o ativismo judicial, observamos que diante dessa crise que tem passado o legislativo a sociedade acaba colocando a responsabilidade em cima do judiciário e, como resultado disso, se apresenta a incidência jurisdicional no âmbito de domínio do Poder Legislativo. Ou seja, esse fenômeno se constitui diante de uma postura proativa dos magistrados, buscando satisfazer os anseios sociais, julgando casos sem que haja previsão legal expressa, adentrando assim em um campo que não é de sua competência.

É o que nos ensina o professor Evinis Talon:

O ativismo judicial apresenta-se em uma perspectiva interna do contexto de intensificação da atuação judicial, relacionada especificamente ao exercício das competências pelo Poder Judiciário, consistindo, dessa forma, em uma postura proativa do julgador (LEAL, 2013). O ativismo, portanto, relaciona-se mais com a forma de julgar do que com o que se julga⁹.

A problemática encontrada nesse tema decorre quando, utilizando-se dessa forma de interpretar e julgar o caso concreto, o magistrado afeta direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal e por Tratados Internacionais, sobretudo de direitos humanos, que o Brasil é signatário. Um exemplo dessa problemática está no entendimento jurisprudencial sobre a execução antecipada da pena, um tema muito debatido e criticado por diversos juristas.

Diante disso, a posição do professor Evinis Talon é de grande valia:

O que vem ocorrendo diuturnamente é um ativismo judicial punitivista no processo penal, sem que a mesma postura ocorra em benefício do acusado. Juízes criam princípios punitivistas (verdade real, confiança no Juiz do processo etc.), mas desconsideram princípios que já tiveram ampla discussão doutrinária (adequação social e alteridade, por exemplo), argumentando que a aceitação social e a doutrina não podem alterar/revogar as disposições legais, especialmente as normas penais incriminadoras¹⁰.

Se tratando de matéria penal o que se deve buscar é um distanciamento desse fenômeno jurídico, de forma que se evite condenar um

9. TALON, Evinis. *Ativismo judicial e o processo penal*. Brasil: Sítio Online do Professor Evinis Talon, 2017. Disponível em: {HIPERLINK<http://evinistalon.com/o-ativismo-judicial-e-o-processo-penal/>}. Acesso em: 18 de fev de 2018.

10. TALON, Evinis. *Op. Cit.*

sujeito sem que haja uma norma legalmente expressa no ordenamento jurídico. Contudo a interpretação com base na Constituição Federal e em Tratados Internacionais é totalmente válida pois se trata de algo concreto e não uma inovação do Poder Judiciário.

É o que nos ensina o douto jurista Lênio Streck:

Nesse sentido, a lei penal deve ser prévia, certa, escrita e estrita, razão pela qual não se admite analogia in malam partem, tampouco a criação judicial de tipos penais ou a extensão de um rol de delitos imprescritíveis. Só o legislador pode fazer isso. Por isso, deve haver um elenco taxativo¹¹.

Se tratando de direito penal e processual penal, o sujeito tem o direito de saber sobre o que pode ou não pode ser punido, essa premissa se encontra logo no art. 1º do código penal brasileiro.

Em um artigo escrito pelo professor e jurista Lênio Streck, ele apresenta um caso concreto sobre a interpretação extensiva em matéria de direito penal e processual. Esse fato envolve dois jornalistas em que um deles faz publicações em seu blog pessoal sobre o outro dizendo “negro de alma branca”. Ocorre que o jornalista que fez tal imputação foi processado por injúria qualificada (racial) e o crime prescreveu. Contudo ao chegar no STJ o ministro reconheceu a imprescritibilidade do delito visto que ele é extensivamente uma prática de racismo¹².

É aqui que se apresenta a crítica de Lênio Streck:

Ora, se injúria qualificada é igual a racismo, porque seriam tipos penais diferentes? Mas isso não é aquilo que antigamente chamávamos de interpretação extensiva, vedada em direito penal? (...) O direito penal não permite que se crie um rol extensivo, pela simples razão de que o cidadão deve saber, antes, aquilo pelo qual pode ser punido e o alcance da punição¹³.

A interpretação extensiva em matéria penal é muito delicada e discutida por diversos doutrinadores. Uns defendem que essa interpretação é válida em qualquer caso, até mesmo no citado acima, outros

11. STRECK, Lênio Luiz. STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra réu. Teresina: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: {HIPERLINK<https://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu>}. Acesso em: 18 de fev de 2018.

12. Idem. Ibidem.

13. Idem. Ibidem.

defendem que somente pode ocorrer em se tratando de benefício para o réu. No caso acima ficou claro um prejuízo para o jornalista, a norma (constitucional) trata-se apenas imprescritível a prática de racismo, e isso não pode ser estendido para uma prática de injúria, pois, a lei não traz essa consequência ao tipo penal, ou seja, não há dúvidas que foi ferido o princípio da legalidade. O fato da norma dizer menos que ela deveria não abre precedente para ampliar um tipo penal em que o legislador deixou clara a diferenciação.

Magalhães Noronha nos traz um conceito pontual do que seria interpretação extensiva: “aqui o intérprete se torna senhor da vontade da lei, conhece-a e apura-a, dando, então, um sentido mais amplo aos vocábulos usados pelo legislador, para que correspondam a essa vontade”¹⁴ (NORONHA, 1998, P. 75)

Cezar Roberto Bitencourt em sua obra de direito penal traduz fielmente o nosso posicionamento sobre o caso concreto descrito:

Na realidade, esse entendimento ampliativo está fazendo não apenas uma interpretação extensiva, mas analogia in malam partem, inadmissível em direito penal material. Ademais, analogia não é propriamente forma de interpretação, mas de aplicação da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa, mas integrativa da norma jurídica¹⁵.

Conclui-se portanto, que é válido o fenômeno do ativismo judicial e também da interpretação extensiva desde que o faça em benefício do réu, visto que, como já dito, se forem utilizadas para o seu prejuízo se tem consequências irreversíveis de uma condenação sem uma lei prévia no ordenamento jurídico.

4. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE E LEGALIDADE

Não há dúvidas da importância que os princípios apresentam em nosso ordenamento jurídico. Cabe ao legislador no processo de criação das leis, criar se inspirando em princípios constitucionais e também

14. NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. 33ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 75.

15. BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral, 1 - 17. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Saraiva, 2012, p. 2.003.

de tratados que o Brasil é signatário. Portanto, se ao criador da norma há essa inspiração principiológica, cabe ao judiciário seguir também esse rito e dar a resposta estatal por meio de princípios, pois o direito deve ser aplicado por eles.

Nas palavras de Canotilho:

Os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto que as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados, pesados conforme seu peso e seu valor em relação a outros princípios. Já as regras, se têm validade, devem ser cumpridas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, devem ser alteradas. Isso demonstra que a convivência dos princípios é conflitual – coexistem –, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se¹⁶.

No mesmo sentido as palavras de Norberto Bobbio são elucidadoras:

Os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se apresta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Portanto, os princípios são as idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo. Daí a importância de seu conhecimento para a interpretação do direito e elemento integrador das lacunas legais¹⁷.

O Supremo Tribunal Federal em voto proferido pelo Ministro Celso de Mello demonstrou a importância do respeito e utilização de princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro:

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores - que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos - introduz um perigo-

16. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 114.

17. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7a ed. Unb, Brasília, 1996, p. 46.

so fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder¹⁸.

Diante disso ao se falar na intervenção de um dos principais direitos do ser humano, a liberdade, o Estado deve respeitar os princípios que estão descritos na Constituição Federal, ou seja, no objetivo de punir um agente há de se ter um fato proibido previamente descrito em lei. Cezar Roberto Bitencourt é claro ao dizer:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de ultima ratio que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo¹⁹.

Esse princípio que se refere o autor é o principio da legalidade, que encontra fundamento na Constituição sendo um garantia constitucional contra o poder punitivo do Estado. Continua o autor:

O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado²⁰.

Por outro lado, em razão do princípio da legalidade e anterioridade a criação das normas de direito penal é função privativa da lei,

18. LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. Teresina: Revista Jus NAVIGANDI, Ano 7, n. 54, 2002. Disponível em: {HIPERLINK <https://jus.com.br/artigos/2624/as-funcoes-dos-principios-constitucionais/1>}. Acesso em: 18 de fev 2018

19. BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral, 1 - 17. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Saraiva, 2012, p. 302.

20. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 89.

cabendo ao Poder Legislativo sua elaboração. Nesse sentido, a adoção de princípios para a elaboração das normas incriminadoras caracteriza uma segurança jurídica, ou seja, a norma sendo precisa e certa se evita a arbitrariedade do poder estatal.

Sobre isso a lição que nos traz Roxin, apud Bitencourt, é de grande valia, afirmando que:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo²¹.

A problemática se dá quando o legislador utiliza-se de conceitos aberto e indeterminados, abrindo precedentes para que magistrados interpretem como bem entendem violando a segurança jurídica. Nesse caso a discussão se volta ao que foi dito no tópico anterior, o ativismo judicial punitivista e a interpretação extensiva de normas para que prejudique o réu vai a total desencontro com as normas e princípios da Constituição Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como viu-se no presente artigo, ao criar uma lei, é de suma importância que ela seja completa, para a garantia da segurança jurídica, uma vez que ela é feita de forma genérica e imprecisa é dada liberdade ao intérprete e julgador, para elucidar da maneira que quiser, perdendo o sentido original que o legislador almejava. Portanto, se faz necessário no processo de criação das leis, uma maior objetividade sempre buscando que a lei seja certa e precisa para evitar arbitrariedade por parte do Estado.

Tratou-se dos limites da interpretação da norma no âmbito criminal, no qual a lei deve ser concreta e prévia, não podendo o Poder Judiciário apresentar inovações para buscar uma condenação do acusa-

21. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, apud. BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de direito penal : parte geral*, 1 - 17. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Saraiva, 2012, p. 169.

do. A interpretação na esfera de direito penal nunca deve implicar em prejuízo ao réu, não se pode penalizar alguém sem que a norma esteja exteriorizada na legislação, não permitindo então, que o Poder Judiciário ultrapasse a legislação. Ademais, foi evidenciado que no decorrer do tempo, o ativismo judicial vem se fortalecendo no atual cenário do ordenamento jurídico brasileiro, mormente ao tratar dos julgamentos feitos pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, a jurisdição não pode ocupar o lugar da legislação devidamente votada e constitucionalmente aprovada por quem tem competência. Os limites da interpretação da norma se encontra na própria norma que é certa e coerente, tendo maiores condições de se garantir a democracia.

O Poder Judiciário tem se tornado mais presente defronte à inatividade e inércia do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Sobre o ativismo judicial e a interpretação extensiva, concluiu-se que ambos são válidos, desde que o faça em benefício do réu. Diante do quadro, não restou dúvidas quanto à magnitude dos princípios em nosso ordenamento.

Em resposta apresentada no título do trabalho, o limite do Poder Judiciário se encontra em sua própria competência não usurpando as demais na busca de se prejudicar o acusado imputando-lhe uma condenação. O fenômeno do ativismo judicial e da interpretação extensiva são validos desde que não firam direitos fundamentais da pessoa, constitucionalmente protegidos.

Falou-se do dever que o Estado tem de respeitar os princípios expostos na Constituição Federal, defendendo que desde o nascimento da norma o legislador compreenda a importância dos princípios postos na Constituição Federal de 1988 e em tratados internacionais, principalmente de direitos humanos.

Além disso, ante ao exposto, faz-se necessário que a norma seja precisa e certa para evitar a arbitrariedade do poder estatal. O legislador, ao utilizar-se de conceitos genéricos, cria abertura para diversas interpretações, gerando, assim, uma problemática, voltando a discussão para o ativismo judicial e para a interpretação extensiva de normas, onde o réu não deve ser prejudicado para não entrar em divergência com os princípios e as normas da Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Teresina: Revista Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: {HIPERLINKhttps://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5}. Acesso em: 18 de fev de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal** : parte geral, 1 - 17. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 7a ed. Unb, Brasília, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais**. Teresina: Revista Jus NAVIGANDI, Ano 7, n. 54, 2002. Disponível em: {HIPERLINK <https://jus.com.br/artigos/2624/as-funcoes-dos-principios-constitucionais/1>}. Acesso em: 18 de fev 2018

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 33ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. **STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra réu**. Teresina: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: {HIPERLINK<https://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu>}. Acesso em: 18 de fev de 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Os limites da interpretação e a democracia**. Teresina: Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: {HIPERLINK<https://www.conjur.com.br/2016-jun-25/diario-classe-limites-interpretacao-democracia>}. Acesso em: 18 de fev de 2018.

TALON, Evinis. **Ativismo judicial e o processo penal**. Brasil: Sítio Online do Professor Evinis Talon, 2017. Disponível em: {HIPERLINK<http://evinistalon.com/o-ativismo-judicial-e-o-processo-penal/>}. Acesso em: 18 de fev de 2018.



O LAZER E SUA IMPLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Letícia Natália Ribeiro da Silva Santos ¹

Ana Claudia Pitanga da Silva Barbosa ²

RESUMO. Este artigo trata da análise do excesso de trabalho como afronta ao direito do lazer, é uma problemática vivenciada por vários trabalhadores que se sujeitam a extensas horas de trabalho a fim de evitar perder seu emprego ou até para aumentar a renda no final do mês, com o pagamento das horas extraordinárias. O objetivo da pesquisa é demonstrar a importância do lazer na vida dos trabalhadores e a sua afronta pelas jornadas excessivas de trabalho. A metodologia aplicada na pesquisa foi a busca de doutrinas que tratam sobre o assunto e a análise bibliográfica das relações de trabalho existentes. Diante disso, é necessário a conscientização dos direitos do trabalhador, especialmente no que concerne ao direito de desligar-se do trabalho para viver outras possibilidades em sua vida.

PALAVRAS CHAVE: Direito. Lazer. Trabalho. Jornada.

ABSTRACT. This work deals with the analysis of overwork as an affront to the right of leisure, is a problem experienced by several workers who are subject to extensive hours of work in order to avoid losing their job or even to increase income at the end of the month, with payment of overtime. The aim of the research is to demonstrate the importance of leisure in the lives of workers and their affront to excessive work hours. The methodology applied in the research was the search for doctrines that deal with the subject and the analysis of the existing labor relations. Faced with this, it is necessary to raise awareness of the rights of the worker, especially as regards the right to leave work to live other possibilities in his life.

1. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Licenciada em História pela Universidade de Franca SP, pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Estácio de Sá e pós-graduanda em Relações étnico-raciais, gênero e diferenças no contexto do ensino de história e culturas brasileiras pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

2. Graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Advogada Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel e Licenciada em Enfermagem e Obstetrícia pela Faculdade Gama Filho. Especialista em Administração Hospitalar pela Universidade de Ribeirão Preto.

KEY WORDS: Law. Recreation. Job. Journey.

SÚMARIO: 1. Introdução. 2. Aspectos Gerais dos Direitos Sociais e a sua Implicação no Direito do Trabalho. 3. Princípios Gerais Aplicados a tutela do empregado. 4. O Excesso de Jornada como Afronta ao Direito do Lazer. 5. O Teletrabalho e o direito de descanso do trabalhador. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o contrassenso entre a jornada de trabalho e a possibilidade de o trabalhador desfrutar do direito do lazer. A metodologia aplicada na pesquisa foi bibliográfica exploratória no sentido de fazer a análise das relações de trabalho, dos direitos sociais e dos princípios gerais do direito aplicados à tutela do trabalhador, bem como a análise das consequências do excesso de jornada na saúde do trabalhador e na fruição do direito constitucional do lazer.

Durante a formação do presente artigo, foram feitas pesquisas em doutrinas relevantes e em dados oficiais do Governo Brasileiro, a fim de analisar a situação atual da proteção do direito do trabalhador.

Com as recentes alterações nas normas trabalhistas, o Direito do Trabalho tem sido discutido em muitos lugares e há uma crescente preocupação com o descanso do trabalhador diante da sua rotina de trabalho exaustiva e cheia de compromissos.

A Constituição Federal traz em seu texto os direitos sociais, os quais são aplicáveis ao Direito do Trabalho, dentre eles destaca-se o direito ao lazer, que visa assegurar ao trabalhador o descanso após um dia cansativo de serviço, por isso existe a jornada de trabalho limitada, com pagamento de horas extraordinárias, férias acrescidas do terço legal, além de garantir descanso semanal remunerado.

É importante salientar que o ser humano necessita de um tempo de pausa, para recuperar o seu vigor físico e mental, neste diapasão o direito ao lazer propicia ao trabalhador a utilização do seu tempo livre em atividades que lhe revigorem o ânimo e lhe traga prazer.

Além da preocupação constitucional, há princípios gerais que tu-

telam os direitos do trabalhador em sua relação de emprego, evitando arbitrariedades e transações prejudiciais, destaca-se a existência de direitos trabalhistas que são indisponíveis.

Neste sentido, no Brasil há um desafio constante, na conscientização dos empregadores e empregados da necessidade do descanso, inclusive no alerta daqueles trabalhadores que por gostarem do que fazem, vive em prol da empresa que trabalham, não se dando conta que estão perdendo ao invés de ganhar, perdem tempo de estarem com a sua família, perdem amizades, perdem saúde e acabam por perder a sua qualidade de vida.

Diante disso, o presente artigo visa esclarecer os seguintes questionamentos: o excesso de jornada é uma afronta ao direito constitucional do lazer? A intensa e desgastante rotina do trabalho exerce influência na crescente quantidade de doenças tidas como do século XXI, como depressão, estafa mental, síndrome de *Burnout*, crises de ansiedade, transtornos mentais, estresse ocupacional, entre tantas outras?

Neste intuito, a pesquisa foi organizada de modo que demonstre a importância do lazer na vida dos trabalhadores e o prejuízo que traz ao trabalhador a sua supressão, analisando a incidência dos Direitos Sociais nas relações de trabalho e verificando os pontos de atenção nas jornadas de sobreaviso e de teletrabalho.

2 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS SOCIAIS E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Os direitos sociais advêm dos direitos humanos, que segundo Hobbes³ são a base do poder político e da formação do Estado. Neste diapasão o Estado tem participação direta por meio das leis e medidas que afetam o comportamento dos seus administrados. A palavra Estado aqui faz referência a Nação, resultante do nascimento do “*Leviatã*”.

O *Leviatã* é uma figura criada por Hobbes a fim de punir quem não obedece ao contrato social, estabelecido entre o homem e o Estado, com intuito promover a paz, consolidando os direitos do homem. Neste sentido, as normas possuem um caráter coercitivo, para que haja essa harmonia.

3. Thomas Hobbes foi um filósofo, autor das obras *Leviatã* e *Do Cidadão*.

É importante salientar que os direitos fundamentais são inerentes aos direitos humanos, a sua evolução é progressiva e constante, desenvolvendo-se ao longo dos séculos, através de várias reivindicações e lutas sociais.

Constata-se maior força desde a eficácia da Revolução Francesa⁴ e da Declaração de Virgínia de 1776⁵, eventos estes que trazem a positivação dos direitos do homem em direitos fundamentais.

Os direitos humanos em sua maioria estão positivados em documentos internacionais, a saber, os tratados, porém, por se tratar de uma gama gigante de direitos inerentes ao homem, muitos deles ainda não estão documentados.

Os direitos humanos são divididos em três gerações, de forma que a primeira geração são aqueles direitos que traduzem o princípio da liberdade, sendo estes, os direitos civis e políticos.

Os direitos de segunda geração são aqueles que tratam dos direitos sociais, econômicos e culturais, traduzindo o princípio da liberdade.

No tocante aos direitos de terceira geração, consagram o princípio da fraternidade e são os direitos transindividuais, ou seja, a titularidade é exercida de forma coletiva.

A Constituição Federal em seu artigo 6º,⁶ consagra o trabalho como um direito social. Sendo que está inserido no rol de direitos de segunda dimensão, os quais são voltados à coletividade e igualdade, são os direitos econômicos, que visam melhorar a condição humana, neles está inserida a maioria dos direitos trabalhistas.

Um dos marcos dos Direitos de Segunda Geração é a Revolução Industrial⁷, que trouxe uma evolução histórica do Trabalho desde sua ocorrência no século XVIII. A substituição do trabalho braçal pelas máquinas e a mão-de-obra especializada, impôs a necessidade de assalariar o trabalhador.

Com o avanço das mudanças e a necessidade da positivação das

4. A Revolução Francesa constitui um dos acontecimentos mais importantes da longa e difícil transição histórica do feudalismo ao capitalismo e criou os fundamentos da história contemporânea. (MOTA: 1989).

5. A Declaração de Virgínia, feita em 16/06/1776, proclamou o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Outros direitos humanos foram expressos na declaração, como o princípio da legalidade, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa. Fonte: (<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/1/antecedentes.html#5> Acesso: 05/09/17)

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

7. A Revolução Industrial é um conjunto de técnicas, máquinas e métodos de trabalho que a partir do século XVIII, e principalmente a partir do século XIX, alterariam de maneira dramática a produção, transformando o capitalismo mercantil em capitalismo industrial. (IMMAMURA, 2016. P. 09)

normas, surge o período constitucionalista, de forma que diversas constituições são escritas, no sentido de garantir os direitos fundamentais e sociais do cidadão.

No entanto, apenas as positivações desses direitos não constituem elementos de fruição das normas, daí origina-se o movimento Neoconstitucionalismo⁸, que marca a criação do direito do trabalho, como leciona o doutrinador Amauri Mascaro Nascimento:

Diferem história do trabalho e história do direito do trabalho. Os objetos são diversos. Na história do trabalho é a infraestrutura social e o modo como o trabalho, nos diferentes sistemas de produção de bens e prestação de serviços, desenvolveu-se. Na história do direito do trabalho objeto é a superestrutura normativa e o fim, o conhecimento e a aplicação das normas em cada período, as causas que as determinaram e os valores sob os quais as normatizações se deram.⁹

Com a implementação do Neoconstitucionalismo, surgiu a necessidade de colocar em prática os direitos fundamentais, os quais foram dispostos na Constituição Federal em 1988, é a necessidade de fazê-los fluir.

É com este movimento que se buscou a efetivação dos direitos garantidos pela Carta Magna, de forma que a pessoa está no centro dos direitos, exercendo assim a cidadania de forma ampla e plena.

O fim dos regimes totalitários trouxe o “*Welfare State*”¹⁰, ou “Estado do bem-estar social”, que possui como escopo a garantia dos direitos sociais, contribuindo para a efetivação desses direitos, garantindo o mínimo essencial a vida, a saber, segurança, saúde, trabalho, habitação, educação, transporte, entre outros aspectos que abrangem a seguridade social.

O Estado do Bem-Estar Social apresenta-se como fundamental na impulsão da economia e busca promover a igualdade entre as classes, garantindo conforto à sociedade.

Dentre esses direitos assegurados estão às garantias fundamentais de tutela ao trabalhador, que visa proteger e incentivar as relações de trabalho, brindando o empregado contra possíveis arbitrariedades do empregador.

8. Neoconstitucionalismo também é conhecido como constitucionalismo de direitos, constitucionalismo avançado ou paradigma argumentativo. (Fonte: SANCHÍS, 2007. P. 109-111.)

9. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 26ª ed. 2011. Pág.32.

10. Baseado em uma ideia de que o homem possui direitos indissociáveis a sua existência quanto cidadão, estes direitos são direitos sociais.

Neste diapasão, o Direito do Trabalho é conceituado como conjunto de normas que regem as relações contratuais entre empregado e empregador e está elencado no artigo 7º da Constituição Federal, que traduz a proteção maior para o trabalhador, que é a parte mais fraca da relação contratual.

Ademais, estes direitos são conhecidos como os direitos constitucionais do trabalho e trazem segurança ao trabalhador, que terá a garantia de percepção de remuneração pelo serviço prestado, jornada de trabalho adequada e aposentadoria quando não mais possuir força de trabalho, entre outras elencadas no referido artigo.

Os direitos sociais, sem dúvidas influenciaram a busca pelos direitos trabalhistas, rompendo com os paradigmas antigos do trabalho escravo e proporcionando maior estabilidade ao trabalhador.

Cumprе ressaltar que esta influência é constante, uma vez que a sociedade não é estável e estagnada, as mudanças sociais refletem em todas as esferas dos direitos, inclusive nos direitos sociais, trabalhistas e na seguridade social.

No entanto, nem todas as mudanças são boas, podemos observar que com o alto desemprego, muitos trabalhadores se sujeitam a cargas horárias exorbitantes e salários baixos e isso é fato negativo das mudanças sociais.

Neste sentido leciona o doutrinador Amauri Mascaro Nascimento: “As transformações provocadas pela globalização, o avanço da tecnologia e o desemprego também afetaram o direito do trabalho no Brasil, o que levou o Estado a elaborar leis destinadas a atenuar os efeitos negativos que advieram.”¹¹

Neste diapasão o Direito do Trabalho deve estar atento às mudanças sociais, a fim de resguardar os direitos do trabalhador, minimizando assim os efeitos negativos que delas advém.

3 PRINCÍPIOS GERAIS APLICADOS À TUTELA DO EMPREGADO

O Direito do Trabalho é regido por normas e princípios próprios, como também princípios constitucionais, visando maior eficiência na proteção do trabalhador, uma vez que este é a parte hipossuficiente da

11. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 26º ed. 2011. Pág. 111.

relação de trabalho.

Os princípios são a base do Direito, possuem força normativa e são fontes de inspiração para a elaboração das normas, assim como, aplicada em lacunas da lei e diretamente nos casos concretos.

Os princípios constitucionalmente expressos estão descritos no artigo 7º da Constituição Federal, estão diretamente ligados ao amparo do trabalhador, de tal modo que o princípio da proteção do empregado é um dos mais importantes do Direito Trabalhista, uma vez que forma uma blindagem do empregado frente a possíveis arbitrariedades do empregador.

Este princípio se subdivide em: princípio *in dúbio pró* operário, princípio da aplicação da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica.

O princípio *in dúbio pró* operário influi que a interpretação da lei, deve levar em conta, aquela que for mais favorável ao empregado e na colisão de duas normas, sempre prevalecerá a escolha da mais benéfica.

O princípio da aplicação da norma mais favorável rege que independente da hierarquia das normas, a escolha sempre será daquela que trazer maiores benefícios ao trabalhador.

Ratificando todas as informações já elencadas, o princípio da condição mais benéfica, traduz que serão aplicadas no contrato de trabalho as condições que forem mais vantajosas ao trabalhador.

Outro elemento constitucionalmente expresso é o princípio da primazia da realidade, que leva em conta que a verdade real dos fatos prevalece sobre os acontecimentos alegados e ainda sobre os documentos apresentados.

Esse princípio é extremamente importante, principalmente em litígios judiciais, tendo em vista que na vigência do contrato de trabalho, muitas vezes o empregado age sob coação do empregador para assinar um documento que não condiz com a realidade ou ainda, agir de maneira que cause a supressão de seus próprios direitos, como exemplo, assinar folhas de pontos com horários divergentes de entrada e saída, ou bater o ponto eletrônico e voltar a trabalhar.

O princípio da Irrenunciabilidade dos direitos está atrelado à defesa do trabalhador e dispõe que o trabalhador não poderá dispor de seus direitos trabalhistas em favor do empregador, tais direitos são garantias fundamentais conquistados durante anos com muita luta e resistência.

O princípio da continuidade da relação de emprego visa a proteção econômica do trabalhador, e por isso os contratos de trabalho serão presumidos como por tempo indeterminado.

Cumprе ressaltar que a Constituição Federal elencou o trabalho como um direito social e econômico, de modo, que o cada cidadão é livre para escolher a relação de trabalho ou emprego que deseje exercer. Neste sentido a Declaração Universal dos Direitos Humanos elenca em seu artigo 23º que o cidadão é livre para escolher um emprego com condições favoráveis ao trabalho, com direito a remuneração justa e com garantia de associar-se aos sindicatos visando à proteção de seus direitos.

A escolha livre da relação de trabalho é uma conquista que foi alcançada através de muita pressão e luta dos abolicionistas, além de contar com a ajuda de uma política liberal exercida na regência da princesa Isabel, que em maio de 1888, assinou a Lei Áurea proibindo em todo território nacional o trabalho escravo. Destaca-se que o Brasil foi o último país da América a ter a prática da escravidão extinta, e tal fato infelizmente ainda produz resquícios em nossa sociedade.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹², estima que cerca de 21 milhões de pessoas no mundo sofrem a exploração do trabalho escravo, deste número 26% (vinte e seis por cento) são menores de 18 (dezoito) anos. As mulheres e as meninas menores representam a maior parcela, cerca de 55% (cinquenta e cinco por cento) equivalentes a 11,4 milhões.

Ainda de acordo com a OIT, 19 milhões de pessoas são exploradas por empresas ou particulares, e deste número 4,5 milhões são vítimas de exploração sexual forçada, e mais de 2 milhões pelos grupos rebeldes e pelo Estado.

O trabalho forçado gerou lucro ilegal no valor de R\$ 150 bilhões e entre os setores mais afetados estão a agricultura, a construção, o trabalho doméstico, a manufatura e a indústria do entretenimento.

No Brasil, os municípios que têm a maior incidência de trabalho forçado estão localizados nos Estados da Amazônia, e oito deles no Pará, principalmente nas atividades de pecuária bovina, construção civil e confecções.

Segundo o Ministério do Trabalho ao realizar fiscalizações das re-

12. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a agência das Nações Unidas que tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. (Fonte: <http://www.ilo.org/brasil/brasil/conheca-a-oit/lang-pt/index.htm>)

lações de trabalho entre 1995 e 2015, cerca de 49.816 (quarenta e nove mil e oitocentos e dezesseis) trabalhadores foram libertados do trabalho análogo ao de escravo, destes 95% (noventa e cinco por cento) eram homens, 17% (dezessete) eram menores de 18 (dezoito) anos e 33% (trinta e três por cento) analfabetos.

Só no ano de 2015, cerca de 1.010 (hum mil e dez) pessoas foram resgatadas, sendo que 61% (sessenta e um por cento) dos resgates foram em áreas urbanas, destes, 12 (doze) trabalhadores eram menores de 16 (dezesseis) anos e 28 (vinte e oito) trabalhadores possuíam idade entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos.

O Estado de Minas Gerais liderou o número de trabalhadores em situação análoga a de escravo, totalizando 432 (quatrocentos e trinta e duas) vítimas, Maranhão com 107 (cento e sete), Rio de Janeiro com 87 (oitenta e sete), Ceará com 70 (setenta) e São Paulo com 66 (sessenta e seis) resgates.

Esta fiscalização emitiu 2.748 (dois mil e setecentos e quarenta e oito) autos de infração e resultou em pagamentos de R\$ 3,1 bilhões em indenizações para estes trabalhadores resgatados.

Os números descritos acima, traduzem uma situação alarmante vivenciada pela população mundial em pleno século XXI, os quais violam os direitos fundamentais inerentes a todo ser humano.

O trabalho forçado é comparado ao trabalho escravo o qual suprime todo e qualquer direito do trabalhador, além de ferir os princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, atinge os direitos sociais da educação, saúde, trabalho, moradia e lazer.

Diante disso é necessário que haja maior fiscalização dos entes responsáveis, principalmente nas áreas com maior incidência, assim como a conscientização da população, quanto aos seus direitos trabalhistas.

Cumprir destacar que os princípios constitucionais possuem maior valoração na escala de normas constitucionais, dessa forma, violar um princípio constitucional, é como se violasse a própria Constituição Federal. Neste sentido, leciona Alberto Jorge C. de Barros Lima:

O ordenamento jurídico nacional, pois, traduz-se em princípios, logicamente anteriores às regras. Os princípios constitucionais são os alicerces do sistema, disposição fundamental que se irradia sobre as

demais normas, sevindo-lhes de critério interpretativo, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do próprio sistema. Destarte, pairam superiores sobre as regras. Apontando a direção e mostrando o sentido a partir do qual devem ser compreendidas as outras normas, a violação dos princípios, conforme ficou assentado em passagem muito citada na literatura jurídica nacional, é bem mais grave que a transgressão de uma regra qualquer, pois desatender a um princípio significa não apenas ofender um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, pois significa insurgência contra todo o sistema e corrosão de sua estrutura principal.¹³

Depreende-se do conceito acima, que a proteção constitucional principiológica é a base interpretativa e de aplicação das normas jurídicas, constituindo elemento fundamental de proteção do cidadão.

Essa proteção é essencial nas relações de trabalho, pois conduzem as diretrizes básicas para as condutas trabalhistas, além de serem utilizadas em demandas judiciais, buscando equilibrar a coerência na solução de conflitos.

4 O EXCESSO DE JORNADA COMO AFRONTA AO DIREITO DO LAZER

O lazer é um direito constitucional expresso no artigo 6º da Constituição Federal, a saber:

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

Embora amparado constitucionalmente, muitos cidadãos não usufruem deste direito e alguns infelizmente não entendem a importância fundamental que ele exerce em nosso dia a dia.

Segundo o Dicionário Brasileiro Globo, “lazer vem do latim *licere*” e significa “Ócio; vagar; folga; descanso”, neste diapasão, a versão

13. LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

mais atualizada utilizada pelo Dicionário do Aurélio destaca que lazer significa: “Tempo que dispõe livremente para o repouso ou distração” ou ainda, “Atividade que se realiza neste tempo”.

Depreende-se destes significados, que o lazer é essencial para que tenhamos uma boa qualidade de vida, é um período de descanso ou de oportunidade para realizar alguma atividade que seja diferente do trabalho, estudo e das obrigações diárias.

O lazer está atrelado à felicidade, sentimento este, que foi alvo de ampla discussão sobre a possibilidade de posituação como um dos direitos sociais fundamentais do cidadão na Proposta de Emenda Constitucional 19/10¹⁴, conhecida como PEC da Felicidade.

A referida Emenda foi encerrada em 26/12/2014, e conceituava a felicidade como uma conquista de todos os outros direitos sociais, devendo o Estado garantir o mínimo de cada direito, para que o cidadão possa manter uma vida adequada e feliz.

Embora a PEC da Felicidade tenha sido alvo de muitas críticas, devido alguns aspectos sociais como educação, saúde e moradia não estarem no patamar que deveriam estar, reflete uma preocupação do Estado em garantir o mínimo dos Direitos Sociais para que o cidadão seja mais feliz.

No que concerne aos direitos sociais, o direito ao lazer exerce muita influência sobre as relações de trabalho, como por exemplo, o disposto no artigo 7º, incisos XIV à XVII da Constituição Federal¹⁵, a saber: jornada de trabalho reduzida e limitada a oito horas por dia e quarenta e quatro horas semanais, jornada de seis horas para trabalho em turnos ininterruptos, repouso semanal remunerado, direito a horas extras de cinquenta por cento sobre o valor da hora normal e direito a férias com o terço constitucional.

A jornada de trabalho foi uma preocupação constitucional importante, defronte a ganância dos empregadores em querer sempre mais produção e lucro, é um elemento garantidor do trabalhador.

14. Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito.

15. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943); XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º); XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

No entanto, muitos trabalhadores utilizam-se de horas extras para alongar a sua jornada de trabalho e auferir maiores rendimentos, tornando-as habituais, mas é uma troca prejudicial, tanto para o empregador quanto para o empregado.

As horas extras são pagas a título de cinquenta por cento do valor da hora normal e isso onera de forma substancial o empregador, a depender do período da prestação de horas extraordinárias e o valor da hora normal, bem como onera o empregado, tornando o seu dia a dia de trabalho exaustivo, sem suas horas de descanso e lazer com seus familiares e amigos.

Ademais, outros prejuízos poderão ser sentidos pelo empregado, não raro, observamos em nossa sociedade, muitos casamentos se desestruturam e ruíem devido à ausência de um dos cônjuges em seus lares, por estarem envolvido em uma longa jornada de trabalho, que se repete diariamente.

Há de se ressaltar que muitas horas de trabalho, não significa produtividade, uma vez que com a mente cansada e o corpo físico desgastado, o rendimento no trabalho é inferior aquele que poderia se obter em jornada de trabalho menor.

Outra problemática existente nas jornadas de trabalho, são daqueles empregados que exercem cargo de confiança e percebem além do salário, uma gratificação de função equivalente a quarenta por cento do seu salário normal, conforme previsto no artigo 62, II Parágrafo único da CLT:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Por exercerem cargo de confiança, estes empregados que não se sujeitam a controle de jornada, são os que mais sofrem com seu direito de lazer lesionado, uma vez que, em decorrências das decisões que de-

vem tomar e do andamento de sua função, chegam a trabalhar até treze horas de trabalho ininterruptas.

Destaca-se que os altos empregados, em sua maioria não se desconectam do trabalho, mesmo quando estão fora do local de prestação de serviço, é através dos equipamentos tecnológicos fornecidos pela empresa, a saber, o celular, que estão sempre conectados ao trabalho, respondendo mensagens ou e-mails de tomada de decisão ou direcionamento de atividades. O fato de estarem fora do ambiente de trabalho não significa que estão desfrutando de seu momento de lazer.

O lazer é um momento de recuperação física e mental, do desgaste sofrido pela profissão que exerce, e a supressão deste direito, pode ocasionar danos morais e existenciais irreparáveis.

Hodiernamente, é muito comum nos depararmos com empregados que estão em quadros gravíssimos de depressão, estresse e surtos psicológicos, devido as grandes pressões sofridas no ambiente de trabalho, a falta de tempo de lazer e descanso com seus pares.

Segundo OMS¹⁶ (Organização Mundial de Saúde), em estudo recente elaborado pelo novo relatório global¹⁷, pelo menos 5,8% da população brasileira sofre com a depressão, essa porcentagem em números é traduzida por 11.548.577, (onze milhões, quinhentos e quarenta e oito mil e quinhentos e setenta e sete) pessoas depressivas, e cerca de 9,3%, pelo menos 18.657.943 (dezoito milhões, seiscentos e cinquenta e sete mil e novecentos e quarenta e três) pessoas, sofrem com a ansiedade.

A OPAS/OMS¹⁸ (Organização Pan-americana da Saúde) define que:

A depressão é um transtorno mental comum, caracterizado por tristeza persistente e uma perda de interesse por atividades que as pessoas normalmente gostam, acompanhadas por uma incapacidade de realizar atividades diárias por 14 dias ou mais.

16. A sede da OMS é em Genebra, na Suíça. A OMS foi criada com o objetivo de desenvolver ao máximo possível o nível de saúde de todos os povos, ou seja, melhorar o estado de completo bem-estar físico, mental e social dos cidadãos. Fonte: <<https://www.significados.com.br/oms/>>

17. Pesquisa sobre a depressão no mundo, disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/254610/1/WHO-MSD-MER-2017.2-eng.pdf?ua=1> Acesso: 04/09/17

18. A Organização Pan-Americana da Saúde é um organismo internacional de saúde pública com um século de experiência, dedicado a melhorar as condições de saúde dos países das Américas. A integração às Nações Unidas acontece quando a entidade se torna o Escritório Regional para as Américas da Organização Mundial da Saúde. A OPAS/OMS também faz parte dos sistemas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU). O atual Representante da OPAS/OMS no Brasil é o Dr. Joaquín Molina. Fonte: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=885:opas-oms-no-brasil&Itemid=672> Acesso: 04/09/17

Resta demonstrada que a depressão é uma doença seríssima e traz enormes transtornos à pessoa e a sociedade, de forma que é necessário um olhar atento essa perspectiva em nossa vida cotidiana.

Ainda de acordo com a OMS, em 2016 cerca de 75,3 (setenta e cinco mil e trezentos) trabalhadores foram afastados do trabalho, com direito a recebimento de auxílio-doença, devido quadro de depressão no trabalho.

Esses números alarmantes nos leva a reflexão de quão importante são os cuidados com nossa saúde mental, é um alerta para que apertamos a tecla “pausa” na correria do dia a dia, para cuidar do mais importante e essencial, que é o nosso bem-estar.

A depressão no trabalho, é oriunda de uma vida diária de estresse, pressões por resultados, jornadas excessivas de trabalho, pouco horas de descanso, além de poucos momentos de lazer.

Neste diapasão, a OIT vem conscientizando os empregados e empregadores sobre o conceito de “trabalho decente”¹⁹, que é considerar as pessoas como elementos essenciais da relação de trabalho, visando um emprego justo, ações sociais que trazem benefício mútuo ao envolvidos, além de ter momentos de descontração dentro do próprio ambiente de trabalho, como ginásticas laborais e grupo de diálogos.

Infelizmente alguns empregadores acreditam que mais horas de trabalho significará maiores ganhos e resultados, no entanto, essa realidade não existe, o excesso de jornada causa a estafa, a falta de comprometimento, a ociosidade, bem como baixa produtividade, afastamentos por doença do trabalho, desligamentos, bem como abalos psíquicos e transtornos comportamentais.

Depreende-se de todo o exposto, que a principal solução para este conflito é o respeito aos direitos humanos, sociais e fundamentais de cada cidadão. É a conscientização que a vida não é só ganhar, é abrir mão de um pouco de lucro e resultados para desfrutar de uma sociedade mais feliz, mais descansada e conseqüentemente mais produtiva e disposta ao trabalho.

19. O Trabalho Decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho (em especial aqueles definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotada em 1998: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação), a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social. (Fonte: <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>)

A mudança dessa realidade deve começar pelo próprio empregado, em se negar a se submeter a jornadas de trabalho exaustivas e as pressões constantes do trabalhador, bem como punição rigorosa à empregadores que usam de arbitrariedades, com maior condenação em indenizações por danos morais e existenciais pela Justiça do Trabalho, além de menores incentivos fiscais para empresas condenadas com a prática de tais condutas.

A conscientização deve ser feita em toda a sociedade, principalmente em escolas de ensino fundamental e médio, bem como em cursos profissionalizantes, que é quando ocorre a inserção do jovem ao mercado de trabalho.

5 O TELETRABALHO E O DIREITO DE DESCANSO DO TRABALHADOR

Com as recentes alterações nas normas trabalhistas, houve a regulamentação do teletrabalho ou *home office*, que está conceituado no artigo 75B da Lei 13.467/2017 sendo conhecido como a prestação de serviços fora do estabelecimento do empregador, com o uso de tecnologias de informação e comunicação que poderão ser custeadas tanto pelo empregador quanto pelo empregado.

Esta modalidade deve estar expressamente descrita no contrato de trabalho e a norma prevê a possibilidade de converter o regime de trabalho presencial em tele trabalho quando houver concordância mútua.

Destaca-se que não deve haver nenhum tipo de tratamento diferenciado ao trabalhador que prestar o serviço em *home office*, neste mesmo sentido, afirma Granconoto:

Trabalhando em sua residência, em outro local distante da empresa ou na sede desta, o trabalhador não poderá ser tratado de forma desigual. Ele terá os mesmos direitos daquele que atua no estabelecimento do empregador, desde que, é óbvio, exista uma relação de emprego entre ambos.²⁰

É importante destacar que nesta modalidade de tele trabalho, o trabalhador está sujeito a discrepâncias em sua jornada laboral, o que

20. GRANCONATO, Márcio Mendes. CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo/Costa Machado, organizador; Domingos Sávio Zainaghi, coordenador. - 8. ed. - Barueri, SP: Manole, 2017. Pág. 09;

causa impactos em seu direito de descanso, uma vez que não há o controle da jornada para estes empregados, conforme disposto no artigo 62, III da Lei 13.467/2207.

Sem a supervisão direta do empregador e com muitas metas a alcançar, o trabalhador pode se sentir obrigado a continuar trabalhando, sem o pagamento das horas extras, mesmo após encerrado a sua jornada diária, assim como ocorre com os altos empregados, vez que nenhum deles se sujeitam ao controle de jornada pelo empregador.

O fato de não ter que encarar o trânsito todos os dias, torna o tele trabalho uma modalidade de emprego interessante, sendo que para muitos é um sonho trabalhar no conforto de sua residência, no entanto, é necessário cuidado redobrado, para não ficar preso a uma rotina exaustiva de trabalho, com jornadas exaustivas para o cumprimento das metas, que no geral, são quase inatingíveis.

Destaca-se que o rendimento salarial vem das metas alcançadas e por isso torna o tele trabalho um perigo, pois o trabalhador atraído pelo salário mais alto no fim do mês se sujeita a uma jornada de trabalho prolongada.

O *home Office* desde que dentro dos limites de uma jornada de trabalho regular, é uma alternativa de trabalho que pode possibilitar uma qualidade de vida do empregado, com mais tempo para sua família e amigos, trabalhando no conforto de seu lar, e é por isso que esta modalidade de trabalho tem sido a preferida pelas lactantes.

Diante disso é importante destacar a necessidade de mudança no pensamento da população, em colocar a qualidade de vida, a família, a saúde a frente da ganância em ganhar mais e mais.

A mitigação do descanso em qualquer que for a modalidade da jornada de trabalho é sempre prejudicial ao trabalhador, pois atinge a sua estabilidade física e emocional, ocasionando danos irreparáveis.

6 CONCLUSÃO

Depreende-se de todo o exposto que a qualidade de vida é o bem mais precioso que temos e devemos protegê-lo de todo abuso e arbitra-

riedade diante das relações de trabalho. Os direitos sociais e os princípios gerais do direito estão diretamente aplicados à tutela do trabalhador, são garantias mínimas impostas aos empregadores para garantir o mínimo de qualidade de vida aos trabalhadores, trata-se da garantia do equilíbrio físico, psíquico e emocional deste.

É através do descanso que as forças são revigoradas e as energias recompostas, desta forma, o legislador se preocupou em garantir a limitação da jornada de trabalho, bem como propiciar descanso e férias ao trabalhador.

Ademais, como o lazer é um direito constitucional incluído dentro do rol de direitos sociais, este auxilia a formação de um homem social, mais preocupado com sua família e amigos e por isso deve ser o foco das relações de trabalho.

Cumprir salientar que ao estar desconexo com o trabalho e aproveitando seus momentos de lazer, o empregado volta ao ambiente laboral com mais animo, propiciando maior rendimento em suas atividades, contribuindo para o crescimento da organização como um todo.

Entender esta necessidade é valorizar o trabalhador enquanto indivíduo é ajudar a formação de uma sociedade mais justa, onde os pais podem estar com seus filhos e contribuir para que sejam pessoas de bem no futuro.

Muito se discute a ausência dos pais no convívio familiar, e nas marcas profundas nos filhos, ainda mais quando pequenos, por não acompanhar eventos importantes em suas idades escolares.

Neste diapasão é necessário entender que o excesso de jornada, é prejudicial não só para o empregado, mas também para a sociedade e a própria organização empresarial.

Quando o trabalhador der conta do quanto perdeu com sua família e em sua vida, poderá pleitear indenização existencial, no entanto todo o valor do mundo será muito pouco comparado a ausência familiar e a felicidade de ter vivido momentos incríveis.

Deste modo é importante destacar que o respeito à garantia constitucional está ligado a valorização do ser humano e das suas necessidades básicas, de tal modo que deve ser uma busca constante de toda a sociedade.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conheça a OIT**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang-pt/index.htm>> Acesso: 04/09/2017

_____. **Conheça a OMS**. Disponível em: <https://www.significados.com.br/oms/>> Acesso: 04/09/2017.

_____. **Conheça a PAHO**. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=885:opas-oms-no-brasil&Itemid=672> Acesso: 04/09/2017

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 04/09/2017

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso: 02/09/2017

_____. **Lei 3.353, de 13 de maio de 1888**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm> Acesso: 03/09/2017

_____. **MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL**. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo>> Acesso: 02/08/2017

_____. **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Cartilha sobre Diálogos da Cidadania: Enfrentamento ao Trabalho Escravo**. Janeiro/2014. Disponível em: <http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br/hotsites/trabalho-escravo/imagens/cartilha_trab_escravo_WEB.pdf> Acesso: 02/08/2017

_____. **OMS. Significados**. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/oms/>> Acesso em: 04/09/17

_____. **OPAS/OMS. Com depressão no topo da lista de causas de problema de saúde, OMS lança a campanha “Vamos Conversar”**. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5385:com-depressao-no-topo-da-lista-de-causas-de-problemas-de-saude-oms-lanca-a-campanha-vamos-conversar&Itemid=839> Acesso: 04/09/17

_____ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Dados sobre Trabalho Escravo**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang-pt/index.htm>> Acesso: 02/08/2017

_____ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Prevenção do Trabalho Forçado**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/oit-lanca-projeto-e-apresenta-novos-dados-sobre-trabalho-escravo>> Acesso: 02/08/2017

_____ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Decente no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>> Acesso: 02/08/2017

_____ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Depression and Other Common Mental Disorders. Global Health Estimates. World Health Organization**. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/254610/1/WHO-MSD-MER-2017.2-eng.pdf?ua=1>> Acesso: 04/09/17

_____ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Pesquisa sobre a depressão no mundo**. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/254610/1/WHO-MSD-MER-2017.2-eng.pdf?ua=1>> Acesso: 04/09/2017

_____ **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO n° 19, de 2010 - (PEC DA FELICIDADE)**. Senador Cristovam Buarque e outros. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>> Acesso em: 03/09/2017

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do Trabalho Sintetizado**. São Paulo: Editora Método, 1º Ed. 2016

COSTA, Flávio Ribeiro. **A força normativa dos princípios constitucionais**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 195. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1543>> Acesso em: 03/09/2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16º. ed. rev. e ampl. São Paulo. LTr, 2017

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

FERNANDES, F.; *et al* **Dicionário Brasileiro Globo**. 43. Ed. São Paulo: Editora Globo, 1996.

FERREIRA, José. **Welfare State: O que você precisa saber?** Disponível em: <<http://www.joseferreira.com.br/blogs/sociologia/nao-deixe-de-ler/estado-de-bem-estar-social-welfare-state/welfare-state.pdf?anexo>> Acesso: 03/09/2017

GRANCONATO. Márcio Mendes. **CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**/Costa Machado, organizador; Domingos Sávio Zainaghi, coordenador. - 8. ed. - Barueri, SP: Manole, 2017.

IMMAMURA, Avelar. **Histórica Contemporânea: da Era das Revoluções do Mundo do Capital**. Unidade II. Revolução Industrial. 2016, pág. 9.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LONGO, A. C. *et al* **Antecedentes Históricos e Jurídicos dos Direitos Humanos. Declaração de Virginia**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/1/antecedentes.html#5>> Acesso: 01/09/2017

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, Volume 3, 2008

MOTA, Carlos G. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Ática, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 26° ed. 2011

SANCHÍS, Luis Pietro. **Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial**. Lima: Palesta Editores, 2007. P. 109-111.

OS POVOS INDÍGENAS GUARANI/KAIOWÁ: OS INTERESSES E AS CONSEQUÊNCIAS FRENTE A NÃO DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS TRADICIONAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Fabianne da Silva de Sousa ¹

Marcus Vinícius Delarissa do Amaral ²

Laryssa Wolff Diniz ³

RESUMO: Os povos Guarani/Kaiowá representam a maior população nativa do Estado de Mato Grosso do Sul, no qual possuem como meios de subsistência as terras tradicionais. Assim, com o advento da Constituição Federal em 1988, foi assegurado a esses indivíduos o acesso as suas terras, além do processo de demarcação das mesmas pela União. Todavia, tais garantias estão descritas apenas na teoria, visto que na prática observa-se a constante luta destes povos contra agricultores, em prol da efetivação de seus direitos, além das violações aos preceitos constitucionais. Posto isso, a presente pesquisa visa analisar as consequências para os povos indígenas e os benefícios para a administração pública inerente a não demarcação de terras tradicionais do Estado de Mato Grosso do Sul. O estudo foi realizado mediante uma pesquisa teórica, no qual sua análise foi compreendida por meio de uma metodologia bibliográfica com o auxílio de artigos científicos, monografias, dissertações e teses que abrangeram a temática analisada. Além de consultas em plataformas, bibliotecas virtuais, bem como no Portal Periódico Capes/MEC, com o intuito de fundamentar a produção científica. Evidencia-se que o interesse estatal nas terras indígenas persiste mesmo após a chegada da Companhia Matte Larangeiras, em virtude do conluio existente entre a Cia e as figuras políticas da época. Dessa forma, no presente estudo, foram elencadas algumas medidas, com a finalidade de garantir o respeito às garantias atribuídas aos indígenas, que fazem jus, no mínimo, ao espaço necessário para um desenvolvimento digno, que foram lamentavelmente retirados por “colonizadores” em épocas passadas.

PALAVRAS-CHAVE: Terras indígenas; Povos Guarani/Kaiowá; Demarcação de terras; Interesse Estatal.

1. Acadêmica do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco, fabssilva19@gmail.com.

2. Acadêmico do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco, marcus.shuarviz@hotmail.com.

3. Professora de Direito da Universidade Católica Dom Bosco, laryssa.wolff@gmail.com.

ABSTRACT: The Guarani / Kaiowá peoples represent the largest native population of the State of Mato Grosso do Sul, in which they have the traditional lands as means of subsistence. Thus, with the advent of the Federal Constitution in 1988, these individuals were granted access to their lands, as well as the demarcation of these lands by the Union. However, such guarantees are described only in theory, since in practice the the constant struggle of these peoples against agriculture, for the realization of their rights, as well as violations of constitutional precepts. Thus, the present study aims at analyzing the consequences for indigenous peoples and the benefits to the public administration inherent in not demarcating traditional lands in the State of Mato Grosso do Sul. The study was carried out through a theoretical research, in which its analysis was understood through a bibliographical methodology with the aid of scientific articles, monographs, dissertations and theses that covered the thematic analyzed. In addition to queries on platforms, virtual libraries, as well as in the Capes / MEC Portal Periódico, in order to base scientific production. It is evident that the state interest in indigenous lands persists even after the arrival of the Matte Larangeiras Company, due to the collusion between the CIA and the political figures of the time. Thus, in the present study, some measures were enumerated, with the purpose of guaranteeing respect for the guarantees granted to the indigenous people who are entitled, at least, to the space necessary for their dignified development, which were regrettably withdrawn by “settlers” in times past.

KEYWORDS: Indigenous lands; Peoples Guarani / Kaiowá; Demarcation of lands; State interest.

1 INTRODUÇÃO

As pesquisas relacionadas ao desenvolvimento desse trabalho ocorreram inicialmente por discussões com especialistas relacionados ao tema, no qual foi possível auxiliar no processo de construção bibliográfica, perante indicações de alguns autores célebres, cuja trajetória científica demonstrou amparo nos termos sistematizados da produção. No que concerne, o estudo teve por objetivo investigar os povos indígenas Guarani/Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul, demonstrando de maneira histórica e contemporânea os impasses atribuídos a estes

frente aos interesses governamentais em conjunto com os agricultores, para a não demarcação das terras tradicionalmente indígenas. Bem como, as consequências em virtude desses atos diversos ao amparo que a Constituição Federal determina a esses indivíduos.

Outrossim, buscou-se analisar as questões que levaram o Governo a ludibriar alguns direitos formalmente deliberados aos indígenas, bem como se essa postura ilegítima deteve influência em alguma vantagem implícita, por personagens não índios, que usam a terra para produzir e comercializar. Ademais, apesar dos índios serem injustiçados por ações de agricultores como Tomaz Laranjeira, interpostas também pela Cia Mate Larangeiras, os nativos lutaram para conseguir a efetivação de seus direitos, em consequência, conquistaram alguns benefícios, porém diversos malefícios no que concerne a genocídios, torturas, explorações da força de trabalho, dentre outras problemáticas. Historicamente, foram registrados casos que alavancaram aquisições normativas ao que aludem os direitos positivos indígenas, como o Estatuto do Índio (1973), artigos da Constituição Republicana Federativa do Brasil (1988), Convenções de amparo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), dentre outros dispositivos legais, cujo fim foi respaldar a proteção dessas garantias. Entretanto, é plausível e notável verificar o descumprimento desses atos legais perante o Estado e alguns indivíduos da sociedade, visto que muitos povoadamentos tradicionais carecem de apoio à saúde, educação, higiene, saneamento básico, água potável, entre várias outras ausências que acarretam problemas relevantes que impactam diversas famílias indígenas, contrapondo a dignidade da pessoa humana prevista no Art. 1º da Constituição Federal.

A vista desses posicionamentos colabora de modo acentuado no tema proposto a tese de Antônio Brand (1997), da mesma forma alguns outros trabalhos científicos realizados pelo autor, no qual promoveu entendimentos passíveis a serem desenvolvidos. É necessário esclarecer, que para o alcance devido da proposta a ser trabalhada, foram utilizados levantamentos bibliográficos seletivos para identificar, pontuar e delinear o objetivo proposto, com base em artigos científicos, teses, dissertações, monografias que abrangeram a temática analisada. Além de consultas em revistas científicas, bibliotecas virtuais, bem como no Portal Periódico Capes/MEC, com o intuito de fundamentar a produção científica.

Autores como Thiago L. V. Cavalcante e Luiz H. E. Amado entre outros escritores científicos possibilitaram a percepção de soluções devidamente instauradas aos povos indígenas. Possibilidades que evidenciam a importância da demarcação das terras que, estão formalizadas na teoria, mas necessitam serem adequadamente regularizadas para que esses indivíduos que precisam da terra para subsistir possam adquiri-las por direito. Emendas Constitucionais de extrema individualidade deverão ser analisadas com responsabilidade e estima, pois em contrapartida, poderão afetar vidas humanas que assim como a Carta Magna elenca é um dos princípios de maior magnitude e requer melhores condições para a adequada proteção.

Em suma, é relevante que haja a inclusão dos indígenas no contexto social, como uma das formas de modificar esse cenário de exclusão em diversos âmbitos sociais. Com o mesmo aspecto, o manuseio da tecnologia detém significância, em vista da publicidade de trabalhos científicos, cuja finalidade é viabilizar esses indivíduos na sociedade e modificar setores conservadores. São imprescindíveis as reformulações em determinados dispositivos equivocados que apresentam contrariedades em suas formulações, como o Estatuto do Índio. Deste modo, a participação da população na vida política é considerável, a fim de contribuir nas transformações das problemáticas abordadas nesta pesquisa.

2 DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NO MATO GROSSO DO SUL

2.1 Terras indígenas e o processo de demarcação

Uma análise que é discutida ordinariamente na sociedade brasileira, refere-se ao processo de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, no qual corresponde a uma das questões mais elencadas nas mídias no cenário brasileiro (DINIZ, 2016). Posto isso, é importante ressaltar o conceito de terras indígenas, que segundo o professor Pós-Doutor com especialidade em História Indígena e do Indigenismo Thiago Leandro Vieira Cavalcante, diz respeito acerca de “[...] um conceito jurídico brasileiro que tem sua origem na definição

de direitos territoriais indígenas” (2016, p. 2).

Logo, a definição de “terras indígenas” se faz presente em normas jurídicas, cujo conceito sofreu algumas alterações ao longo dos anos (CAVALCANTE, 2016). Embora a Lei nº 6.001/73, que concerne acerca do Estatuto do Índio, seja anterior a Constituição Federal de 1988, a mesma apresenta em seu Art. 17 três ideias distintas acerca do presente teor: “I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição; II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título; III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas” (BRASIL, 1973).

Contudo, esse conceito se difere de “reserva indígena”, bem como de “aldeia”, visto que tais definições ainda são interpretadas de modo incorreto por algumas pessoas. Dessa maneira, a título de conhecimento, de acordo com a Fundação Nacional do Índio as reservas indígenas correspondem as “[...] terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas” (FUNAI, 2018). Além disso, nas palavras de Maia (2017, p.40) se refere a “[...] área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência”. Dessemelhantermente, a “aldeia” remete a ideia de pequenos vilarejos, isto é, o local em que se encontram a maior parte das famílias indígenas (OLIVEIRA e PEREIRA, 2009).

Neste ínterim, ressalta-se que só no Estado de Mato Grosso do Sul existem determinados povos indígenas que estão reunidos em torno de 30.400 hectares de terras (CAVALCANTE, 2016): a população nativa Guarani, que se subdivide em Mbyá, Nandeva e o Kaiowá, todavia apenas este último que apresenta maior predominância no Estado (MARANHÃO, 2001). Logo, os povos Guarani/Kaiowá, alicerce da presente pesquisa, “[...] somam aproximadamente 60.000 indígenas que vivem em várias pequenas terras indígenas no sul de Mato Grosso do Sul” (CAVALCANTE, 2016, p. 2).

Com o intuito de evitar que não índios ocupem as terras dos nativos, assim como ocorria na época com os “conquistadores”, elencados posteriormente, a Carta Magna de 1988 determinou em seu Art. 231 que é dever da União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Dessa forma, as fases deste processo encontram-se descritas pela Fundação Nacional do Índio, no qual caracterizam:

Em estudo: Realização dos estudos antropológicos, históricos, fundiários, cartográficos e ambientais, que fundamentam a identificação e a delimitação da terra indígena;

Delimitadas: Terras que tiveram os estudos aprovados pela Presidência da Funai, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena.

Declaradas: Terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento.

Homologadas: Terras que possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial.

Regularizadas: Terras que, após o decreto de homologação, foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União.

Interditadas: Áreas Interditadas, com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas isolados (FUNAI, 2018) (Grifo do autor).

Em síntese, os direitos dos indígenas, em especial os Guarani/Kaiowá, foram reconhecidos por diversos dispositivos normativos, no qual delimitam áreas que subsequentemente serão ocupadas pelos nativos. Por conseguinte, nas palavras de Luiz Henrique Eloy Amado, Doutorando em Antropologia Social no Museu Nacional da UFRJ, ao citar o voto do ministro Carlos Ayres Britto (Petição 3.388-4 Roraima), atesta que a demarcação “[...] é ato estatal que se reveste de presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade” (2016, p.21). Logo, nas palavras de Cavalcante, “[...] tal ato assume enorme importância, pois, sem ele, os povos indígenas dificilmente conseguem ter posse plena de suas terras” (2016, p.7).

2.2 Direitos indígenas ressaltados na constituição federal de 1988 e ignorados na prática

A priori, é relevante ressaltar que a Constituição Federal (1988) teve como base de amparo a Declaração Universal dos Direitos Hu-

manos (DUDH), promulgada em 1948, no qual foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU). No que concerne, é pertinente demonstrar e fundamentar a distinção entre o direito dos povos indígenas e o direito indigenista, por serem categorias jurídicas diferentes (AMADO, 2014).

Neste parâmetro, o direito dos povos indígenas, constitui-se como uma norma costumeira, uma ordem característica e restrita a esses indivíduos, ou seja, é um “[...] direito próprio; direito segundo seus costumes – direito consuetudinário” (AMADO, 2014, p. 18). Em contrapartida, o direito indigenista é identificado como uma ordem positiva, elaborada por pessoas não indígenas e direcionadas aos povos indígenas. Para uma melhor compreensão, Luiz Henrique Eloy Amado determina:

O direito indigenista é o conjunto de normas elaboradas pelos não índios para os índios, tal como o Estatuto do Índio de 1973; A Convenção 169 da OIT e vários outros dispositivos legais esparsos pelo ordenamento jurídico brasileiro. (2014, p. 18).

Por conseguinte, no ano de 1988, a Carta Magna demonstrou amparo aos povos indígenas em seu Art. 231 e 232 (BRASIL, 1988), porém não ocorreu de forma pacífica, isto é, esses indivíduos tiveram que lutar, para então conquistar essas garantias. Posto isso, ensina o jurista clássico Rudolf Von Ihering que “Aquele que for atacado em seu direito deve resistir; — é um dever para consigo mesmo.” (2002, p.29), assim os indígenas tiveram alguns de seus direitos garantidos, em resposta a uma intensa mobilização de intervenção aos abusos que sofriam (DINIZ, 2016). Estes povos possuíram seus direitos ameaçados desde a colonização, no qual foram aterrorizados pelos colonos, visto que tiveram os seus padrões de vida modificados em diversos aspectos, “A natural nudez virou vergonha, a religião crença, a língua dialeto, o direito costume” (SOUZA FILHO, 1998, p. 33), assim como ocorre hodiernamente.

A Constituição Federal arrolou os artigos 231 e 232, dos quais dispõe sobre algumas garantias e deveres aos índios:

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

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

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

[...]

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - **São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes [...]**

[...]

Art. 232 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. (BRASIL, 1988). (Grifo nosso).

Os Artigos expostos exibem os direitos explícitos aos indígenas, no qual estabelece a proteção das terras tradicionais pela União e o seu comprometimento em demarcá-las. Além disso, delimita os poderes desses indivíduos e evidencia a permanência nos locais outorgados, da mesma forma, enfatiza a legitimidade que os mesmos possuem em reivindicar seus direitos. Todavia, o território que foi reconhecido a todos os índios originariamente, competiu a União demarcá-los até cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Salienta Amado que “O prazo estipulado venceu em 1993 e até o momento poucos foram às terras Guarani e Kaiowá demarcada e com relação aos territórios Terena, Ofaié e Kinikinau, nenhuma terra foi de fato demarcada.” (2014, p. 83). Ou seja, o que foi descrito teoricamente pelo Poder Legislativo permaneceu inaplicável ao que se refere à prática, não por ser considerado inconstitucional, mas primordialmente pelo fato de não ser benéfico ao Estado à execução da demarcação, razões

estas que serão compreendidas ao decorrer do escrito.

Com esta mesma análise, a Mestre e Advogada Laryssa Wolff Diniz, expõe questões de retardo a observância dos direitos indígenas e a proteção devida às suas terras tradicionais:

Apesar do relevante progresso, a Constituição Federal de 1988 não atingiu a proteção e satisfação esperada, vez que cedeu às pressões de elites economicamente interessadas na exploração de terras habitadas por indígenas. Assim, previu algumas exceções às garantias do direito indígena, embora tenha indicado um conteúdo mínimo de preceitos capazes de assegurar às comunidades indígenas uma existência mais digna (2016, p.25).

Ademais, o artigo 1º da Constituição Federal possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, presente no inciso terceiro, da mesma forma o artigo 6º da mesma Carta Constitucional decreta os direitos sociais (BRASIL 1988). Entretanto, contemporaneamente, percebe-se a inobservância desses dispositivos, pelo qual as comunidades indígenas sofrem com diversos problemas sociais, como a fome, saúde, educação, ausência de segurança, dentre outros impasses que são vislumbrados também em noticiais do Estado (MS) corriqueiramente. “Toda essa problemática está intimamente ligada à questão territorial, resultado de processos de perda da terra que se deu de maneira diferente com relação a cada povo.” (AMADO, 2014, p. 15).

Ademais, o documento final da 3ª Assembleia Terena, exposto por Luiz Henrique Eloy Amado, dispõe acerca da omissão do Estado frente aos povos indígenas, no qual age em contraste ao que impõe a Constituição Republicana Federativa do Brasil:

Mais uma vez, nós povos indígenas se unimos para enfrentar todas as formas instrumentais contra nossa autonomia. Os três poderes do Estado brasileiro estão contra os nossos direitos. **O Executivo têm descaradamente feito aliança com o movimento do agronegócio, impedindo a conclusão das demarcações e tentando reabrir os procedimentos já concluídos**, tudo isso em nome de um dito desenvolvimento que não tem espaço para os povos indígenas e que visa explorar as riquezas minerais de nossos territórios. Ao mesmo tempo o Poder Legislativo com suas proposições que significam um retrocesso aos nossos direitos. Tais como a PEC 215 [...] (2014, p. 120). (Grifo nosso).

Em relação ao mesmo documento, ainda delibera as reações aos atos atribuídos pelos administradores públicos, frente à ação de rever procedimentos já considerados constitucionais pela Corte Suprema:

Repudiamos atitude da Presidenta Dilma e da Ministra Chefe da Casa Civil Gleisi Hoffman em **receber** representantes do agronegócio e **se pronunciar no sentido de rever o procedimento de demarcação de nossas terras tradicionais**. Procedimento este **já declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal**. É inconstitucional submeter o estudo antropológico de identificação e delimitação à apreciação da EMBRAPA, que inclusive já se manifestou ser incompetente para tal apreciação (AMADO, 2014, p. 120). (Grifo nosso).

Em suma, é imprescindível a análise dessas problemáticas que ocorrem desde o “descobrimento” do país, já que os indígenas carecem de mais efetividade e transparência pelas políticas públicas, além do respeito por toda a nação. Em que pese às terras serem tradicionalmente dos índios, os mesmos precisam dela para sua sobrevivência, em virtude das suas necessidades biológicas e culturais. “Poké’exa ûti”, significa em relação ao idioma terena: “[...] nosso território tradicional (nossa terra)” (AMADO, 2014).

3 DILEMAS VIVENCIADOS PELOS POVOS INDÍGENAS EM VIRTUDE DA NÃO DEMARCAÇÃO

3.1 A disputa dos pequenos agricultores frente às terras tradicionais

Preliminarmente, é de deveras importância conceituar Agricultura que, de acordo com o Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa é a “Arte de cultivar a terra” (1976, p. 74), da mesma forma, Agricultor é quem desenvolve o cultivo no solo (DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA, 1976). Com outra perspectiva, vale notar em destaque, um dos mais influentes exploradores do território indígena em âmbito nacional, Thomas Larangeira que foi uma das pessoas mais interessadas na época pelas plantações de erva-mate nas terras indígenas (BRAND, 1997).

Além disso, de acordo com um dos maiores estudiosos e defensores das causas indígenas, o professor Doutor em História Antonio Brand, destaca em sua tese, que Larangeira recebeu umas das concessões oficiais mais duradouras do século XIX (BRAND, 1997). “Em 1882, através do Decreto de nº 8.799, de 9 de dezembro, Thomas Larangeira obteve do Governo Federal o arrendamento das terras para a exploração da erva-mate nativa” (1997, pp. 60-61). A Companhia Matte Larangeiras surge em 1892, resultado da composição de Murtinho (BRAND, 1997).

Vale notar que, com o surgimento da República, as terras devolutas passaram a ser responsabilidade das Constituições dos Estados, o que favoreceu os interesses da Companhia Matte Larangeira (BRAND, 1997). Com o Decreto nº 520, de 23 de junho de 1890, a Companhia ampliou os limites de suas posses e adquiriu o monopólio na exploração da erva-mate em toda a região abrangida pelo arrendamento (BRAND, 1997). Outrossim, com a Resolução de nº 103 de 1895, a Cia Matte Larangeira expandiu suas terras arrendadas para mais de 5.000.000 ha, “[...] tornando-se um dos maiores arrendamentos de terras devolutas do regime republicano em todo o Brasil para um grupo particular” (ARRUDA, 1986, p.218).

As terras arrendadas pela Companhia para a exploração da erva-mate, contou com a mão de obra dos Guarani/Kaiowá, por terem posse dos territórios destes povos devido à extensa parcela de terra conquistada. Foi notável o domínio extrínseco e o trabalho dos índios relacionados à colheita e ao preparo da erva-mate (BRAND et al, 2003). Os territórios Guarani/Kaiowá, continham uma vasta e atrativa plantação de erva-mate, porém os índios não aceitavam a entrada pacífica da Companhia em suas terras, desta forma, os indígenas eram convencidos para que fossem permitidas as explorações.

Posteriormente, é imprescindível ressaltar, que apesar dos povos indígenas terem direitos efetivos a hectares de terras, as mesmas não saíram do papel, mesmo homologadas pelo Poder Executivo. Em conformidade, Cavalcante sustenta no que se refere às ideias apresentadas:

Com 9.317 ha, localizada no município de Antônio João-MS, foi homologada por Decreto Presidencial no dia 28 de março de 2005. No entanto, a eficácia do ato presidencial foi suspensa pelo Mandado de Segurança nº 25463 concedido pelo Supremo Tri-

bunal Federal – STF em 22 de julho de 2005.

[...]

Diante do impasse, os indígenas que lutam pela demarcação desta terra desde os anos 1980 continuam ocupando aproximadamente apenas 112 hectares dos 9.317 a que, segundo os estudos aprovados pelo Poder Executivo Federal, têm direito.

A morosidade do julgamento destas ações impede o avanço da regularização fundiária do local e **enquanto os possuidores dos títulos de propriedade permanecem explorando economicamente a área, os indígenas são os únicos penalizados**, pois continuam vivendo em situação até pior do que a observada nas reservas indígenas no que diz respeito à **relação hectares por família** [...] (CAVALCANTE, 2013, pp. 97-98). Grifo nosso.

Desta maneira, fica evidente o atraso e a omissão estatal em virtude das demarcações de terras tradicionalmente indígenas. Com esteio nas ideias anteriores, em torno de 12% do território brasileiro segue sendo apenas “terra de papel”, isto é, impetrada a teoria e omissa na prática (CAVALCANTE, 2016). Ademais, no tocante, os indígenas se mobilizaram: “Após tantos anos sem avanços, em agosto de 2015, os indígenas resolveram realizar uma “retomada” de suas terras de ocupação tradicional. Tal atitude se deu devido à injustificável inércia estatal, mas foi reprimida por ruralistas da região” (CAVALCANTE, 2016, p. 9).

Nesse aspecto, em setembro de 2015, um jovem indígena de vinte e quatro anos foi morto por um disparo de arma de fogo (PAVÃO, 2015). No que concerne, conforme a matéria publicada pelo site Campo Grande News, desde 1983, 12 lideranças indígenas foram assassinadas em Mato Grosso do Sul, dentre estas se verifica a dos povos Guarani/Kaiowá, em situações de conflitos fundiários (MALDONADO, 2015).

Essa análise demonstra a relação de várias vítimas que sofreram inúmeros atropelamentos, suicídios, violência por grupos interessados nas terras nativas, no qual correspondem a atrocidades que possuem vínculo direto com a limitação do território legítimo a esses povos (MALDONADO, 2015). Do mesmo modo, vale lembrar que nos tempos do Regime Militar, isto é, em torno do ano de 1964, cerca de 8.350 índios de várias etnias foram assassinados com a cumplicidade de agentes do Estado (FREIRE, 2018).

Posto isso, a índia Mestra em Direito Fernanda Kaingáng, em entrevista com o site de notícias G1, relata que o Brasil é um dos poucos

países que possui povos indígenas isolados (GARONCE, 2018), no qual vários índios são chacinados, porém não há publicação de tais afrontas aos direitos humanos e a sua dignidade. A Constituição Federal que completa trinta anos em 2018 explicita o não cumprimento de vários dos seus dispositivos, como já foi demonstrado outrora, em que alguns membros da coletividade tentam modificar o conteúdo para excluir direitos que já foram garantidos aos indígenas.

Consoante elenca o autor Cavalcante, alguns setores sociais reacionários tentam se opor e revogar direitos já reconhecidos aos índios, ao impor novas condições e restrições de “amparo”, por meio de Emendas Constitucionais, enfatizando-se uma ideia de suma inconstitucionalidade:

Há também, e sobretudo, grande mobilização de setores conservadores da sociedade, que pretendem suspender ou até revogar os direitos territoriais indígenas, ou ainda atribuir novos significados ao conceito, seja por meio de influência política direta na atuação do Poder Executivo federal, ou por iniciativas no âmbito do Congresso Nacional. Exemplo relevante dessa segunda alternativa é a Proposta de Emenda à Constituição nº 215/2000, que pretende transferir para o Congresso Nacional a palavra final sobre as demarcações, o que na prática significaria a total paralisação desses procedimentos (2016, p. 17).

Em síntese, os excessos em virtude das explorações das terras, mão de obra indígena, corrupções, dentre outros impasses, demonstram a omissão governamental frente aos abusos praticados por alguns ruralistas. Posto isso, é improvável uma família que depende dos bens naturais para garantir o seu desenvolvimento, sobreviver com míseros hectares de terras, mediante a desumanidade que representa tais condições.

3.2 Condições essenciais sob o aspecto da não dignidade indígena

Consoante leciona a professora Doutora em História Social Marina Evaristo Wenceslau, “O nome kaiowá quer dizer “filho da floresta”, o que significa que, sem uma relação imediata com o meio que a define, não se pode considerar a vida dessa comunidade” (1994, p. 8). Neste norte, as terras indígenas correspondem ao alicerce do desenvolvimento

desta população, isto é, o elemento fundamental que visa atender as necessidades dos mesmos (LIMBERTI, 2009).

As terras constituem-se o meio de subsistência desses nativos, visto que são utilizadas para a plantação de alimentos e como consequência, garantem condições mínimas de existência a essas pessoas. Assim, estão divididas “[...] em três regiões distintas: da casa e do terreiro, de plantio, e de perambulação, caça e pesca” (LIMBERTI, 2009, p.171). Bem como, evidencia-se que o Tekohá, isto é, o local em que os nativos convivem de acordo com os seus próprios costumes, auxilia na economia desses povos, a qual pode ser transmitida de maneira recíproca entre as gerações (LIMBERTI, 2009). Contudo, embora os princípios que tutelam a vida do ser humano estejam assegurados na Constituição Federal, distante da teoria, os Guarani/Kaiowá possuem estas garantias violadas na prática.

Neste ínterim, salienta a autora Limberti que “Os kaiowá sabem, têm consciência de seu *Ñande Retã* (território global para o seu povo), sentem seu habitat mutilado e seus princípios étnicos deixando de existir” (2009, p.172). De maneira similar, elenca o autor Cavalcante acerca do modo de vida dos indígenas nas reservas, durante o século XX:

Os índios eram vistos como transitórios, não houve qualquer preocupação de se escolherem terras de ocupação tradicional, em alguns casos, sequer se preocuparam com o suprimento de água potável, demarcando áreas sem nenhum curso d’água, como a Reserva Indígena Limão Verde, por exemplo. Também não se preocuparam com a dimensão das áreas para que pudessem atender às necessidades dos indígenas no futuro, pois se esperava que eles fossem assimilados tornando-se trabalhadores rurais assalariados indistintos dos demais trabalhadores braçais e integrados ao mercado regional a partir dos mais baixos níveis (2014, p.3).

Dessa forma, percebe-se a violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana disciplinada no Art. 1º, III da Carta Magna de 1988, no qual assegura condições mínimas para que um sujeito tenha vida digna (BRASIL, 1988). Todavia, não foi o que ocorreu com os Guarani/Kaiowá, visto que nem mesmo água potável esses povos obtinham. Destarte, com a “[...] destruição dos tekoha enquanto espaços exclusivos dos grupos de famílias extensas ocasionou uma série de prejuízos sociais para

os grupos” (CAVALCANTE, 2014, p.3), averigua-se, neste íterim, um desrespeito ao Princípio da Preservação da Unidade Familiar previsto no Art. 226 da Constituição (BRASIL, 1988).

É importante ressaltar, que a partir do domínio das terras nativas pela Companhia Matte Larangeiras, os aborígenes foram utilizados como mão de obra para os ervais da época, no qual eram explorados e viviam em condições degradantes, já que não tinham outra opção de serviço, a não ser subter a colheita de erva mate em troca de roupas e ferramentas (BRAND, 1997). Nesta perspectiva, salienta Antônio Brand ao citar escritos do autor Serejo:

O trabalho na coleta da erva emerge claramente como a única alternativa de trabalho “assalariado” e que as aldeias localizadas em regiões com ervais nativos engajaram-se amplamente nesta tarefa, atraídos pelos bens que a Cia Matte Larangeiras oferecia: roupas e ferramentas. Consta que Thomás Larangeiras, “com a descoberta de novos ervais” resolveu introduzir os “bugres mansos e de bom trabalho” na extração de erva. Marcelino Pires, fundador de Dourados, realizando, em 1884, um acordo prevendo a “seleção rigorosa entre bugres não aldeados, portanto, livres para se locomoverem...”, pois Pires “sabia por onde andavam os bugres caçadores” (SEREJO, 1986: 110) (1997, pp. 64-65).

Dessa maneira, quando a Cia desejava apropriar-se das terras indígenas e não lograva êxito ao comprar os nativos com “presentes”, a mesma utilizava de constrangimentos e ameaças, como ataques de aviões que transportavam venenos, com a finalidade de matar a coletividade caso não deixassem os colonos ocuparem suas terras (BRAND, 1997). Bem como, destaca o autor que “[...] a fuga era a forma do trabalhador da Cia Matte Larangeiras se livrar da escravidão do barracão” (BRAND, 1997, p.68). Entretanto, nem sempre essa evasão ocorria com sucesso, posto que “caçadores” conseguiam capturar os índios fugitivos e até mesmo matá-los em algumas situações (BRAND, 1997).

Neste norte, menciona o escritor Brand que “Alcançando o fugitivo, se resistisse era morto logo e, se não, era trazido de volta e “espancado até a morte” [...] Concluiu que os comitiveros, a força policial da Companhia eram o terror dos ervais” (1997, p.70). Na esteira destas

argumentações, a fim de melhor esclarecer a problemática analisada, é relevante ressaltar a entrevista realizada por Brand e outros autores, a um senhor Iapequino, que foi até a cidade de Dourados-MS, no intuito de integrar a equipe da Missão Caiu, no qual discorreu acerca do serviço realizado pelos indígenas na época:

[...] carregava até 150, 200 quilos. Porque eles entrava no mato, eles tinha que fazer picada. Não entrava nada. Eles tinha que trazer um raído de erva mate [...] que tivesse dentro do mato eles carregava, eles colocavam aquele fardão, de 500 em 500 metros tinha um pau fincado no chão onde descansava [...]. Por isso que a gente tem que tirar o chapéu pelos Kaiowá por que eles cooperaram [...] (BRAND *et al*, 2003, p.3).

No contexto atual, até mesmo o direito a vida foi suprimido de alguns integrantes nativos, conforme elencado pela Organização das Nações Unidas (2017) acerca da morte do líder Marçal de Sousa, em que lutou em prol da defesa de terras indígenas para o seu povo, mas que lamentavelmente foi morto com cinco tiros no ano de 1983. Outrossim, Cavalcante sob uma análise crítica, discorre acerca do modo de vida desumano vivenciado pela população nativa:

A densidade demográfica nas reservas indígenas obriga a acreditar que de fato a situação atualmente vivenciada pelos Guarani e Kaiowá que as habitam é insustentável e que está se agravando muito mais rápido do que as ações desenvolvidas pelo Estado para minimizá-las (2014, p.5)

Em síntese, de modo diverso ao que consta no ordenamento jurídico, os povos Guarani/Kaiowá têm seus direitos fundamentais ultrajados, em virtude de se encontrarem desde a chegada de alguns colonizadores em seus territórios, em condições desumanas e degradantes. Bem como, até mesmo as garantias previstas no manto internacional, como o Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, encontram-se infringidas, no que concerne aos direitos e dignidade de todos os indivíduos (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2009).

4 PROVEITOS DO INERENTE A NÃO DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONAIS E OS REMÉDIOS PARA SOLUCIONAR A PROBLEMÁTICA

4.1 Administrações públicas em prol dos agricultores

A priori, existiram projetos políticos no século XIX, que facilitaram a ocupação das terras indígenas por agricultores da época. Tal influência exploratória se deu em relação ao “[...] apoio de importantes personagens da política local, como Gen. Antônio Maria Coelho, que governava o Estado” (MARANHÃO, 2001, p. 41), visto que era de interesse Estatal a exploração das terras. À vista disso, em 1892 surge à família Murtinho, no qual evidenciava significativo interesse nos ervais pertencentes ao território nativo. Sendo assim, os mesmos passaram a favorecer os negócios de Thomas Larangeira, por intermédio de concessões de terras, tornando-se sócios da Cia Mate Larangeira (MARANHÃO, 2001).

Com o auxílio das políticas de ocupação do Estado, fornecidas por políticos influentes como Murtinho e Antônio Maria Coelho, os ruralistas se apossaram facilmente das terras indígenas, que receberam ampliações sucessivas nas áreas de apropriação (BRAND *et al*, 2003). Com esse mesmo entendimento, Ademar Maranhão em sua dissertação, elenca que “[...] ao longo dos séculos o governo [...] sempre incentivou a ocupação das terras dos índios, bem como sua exposição à cultura não índia, com a conseqüente deterioração de seus valores originais” (2001, p. 47).

Destarte, é passível a análise da influência governamental na facilitação da posse das terras tradicionais indígenas por não índios. Anteriormente, as conquistas territoriais eram mais explícitas, como já expostas, nas quais muitos indígenas foram despejados de seus ambientes nativos. Contudo, atualmente há um movimento mais especulativo e ardiloso, isto é, uma “conduta política”, “[...] sistematizada no conjunto de articulações estatais imbricados em todas as instancias de poderes da máquina estatal com o nítido objetivo de impedir o reconhecimento dessas terras tradicionais” (AMADO, 2014, p. 66).

Há observância constitucional, mas não a aplicação legal e efetiva

pelos poderes hierárquicos governamentais, tendo em vista o atraso na demarcação que permanece até a contemporaneidade. Nesta concepção, atualmente há propostas de Emendas Constitucionais, cujo fim é ludibriar o direito pertencente aos povos indígenas, ao contribuir para esse atraso demarcatório. Ademais, existem projetos que possuem em um de seus objetivos, omitir a verdadeira realidade que é a impunidade a diversas injustiças cometidas contra os índios.

Para clarear a teoria descrita, a PEC 71 de 2011 visa indenizar produtores rurais que estão na posse das terras tradicionais indígenas, isto é, terras que foram invadidas para a produção da agricultura, bem como territórios exclusivos e formalmente reconhecidos aos habitantes nativos. Expõe notoriamente, que o intento se revela como um favorecimento a quem cometeu injustiças contra seres humanos que eram donos por direito das terras, por vezes subsistiam nelas, mas foram desapropriados, tornando-se perceptível a postura estatal em prol dos agricultores na região do Mato Grosso do Sul.

Iniquidades essas, que vieram a ser impactadas em oposição às comunidades Guarani/Kaiowá para a ocupação de seus territórios, no qual muitos foram expulsos com violência física, a qual resultou na morte de vários líderes, além de causar danos às demais populações (FUNAI, 2005). Salienta o escritor Amado que “A “conduta política” atual não tem contemplado os povos indígenas e conseqüentemente os seus territórios tradicionais” (2014, p. 66), em vista disso, a PEC 215 de 2000, na contemporaneidade, manifesta a atuação administrativa da mesma forma.

Em consonância, os procedimentos articulados por setores conservadores da sociedade que visam suspender ou até revogar direitos territoriais indígenas, cujo fim é reter a decisão a uma minoria do poderio, faz referência a Emenda Constitucional 215 de 2000, “[...] que pretende transferir para o Congresso Nacional a palavra final sobre as demarcações, o que na prática significaria a total paralisação desses procedimentos” (CAVALCANTE, 2016, p.18). A proposta a emenda citada, pretende propor modificações ao § 4º e introduzir o § 8º ao Art. 231 da Constituição Federal, além de acrescentar o inciso XVIII ao Art. 49. Com a aprovação da PEC 215 os dispositivos passariam a regulamentar com o seguinte texto:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
[...]

XVIII- aprovar a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas.

Art. 231 [...] §4º. As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis.
[...]

§ 8º. Os critérios e procedimentos de demarcação das Áreas indígenas deverão ser regulamentados em lei.

Para que aconteçam as modificações deliberadas, a justificativa da proposta estabelece que, para haver a demarcação atualmente, é necessário à interferência federal em âmbito estadual, no qual depende da aprovação do Poder Legislativo. Logo, a pretensão exigida pela PEC 215 é submeter à decisão das demarcações ao Congresso Nacional, que consoante a Emenda, traria menos impasses federais, além de maiores seguranças jurídicas para as demarcações (SARMENTO, 2013).

Por conseguinte, os atos submetidos pelo Poder Estatal em benefício dos agricultores, hodiernamente, ficam subordinados a criações de projetos normativos, como forma de não revelar deliberadamente o verdadeiro interesse individualista para a sociedade. Porém, alguns atos propostos são dotados de inconstitucionalidade, pois visam modificar dispositivos pétreos da Constituição, como é o caso da PEC 215 citada acima cuja propensão é alterar o art. 231 da Carta Maior. São formas ardilosas para fornecer os privilégios e a execução da posse, resultando um favorecimento mútuo e implícito das partes interessadas.

4.2 Meios exequíveis para solucionar os impasses no que concerne às terras tradicionalmente ocupadas

Em que pese o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelecer em seu Art. 67 um prazo de cinco anos para a União demarcar as terras indígenas, como analisado, na contemporaneidade “[...] o poder executivo deveria ter demarcado todas as terras ditas como indígenas até o ano de 1993. Mas, não foi isso que aconteceu de fato” (PIVA e PATRÍCIO, 2017, p. 65). Nesta seara, em virtude das violações aos direitos constitucionalmente garantidos, além de problemáticas ocasionadas por disputas de

terras entre os povos Guarani/Kaiowá e os agricultores, são necessárias propostas de intervenções com a finalidade de apaziguar tais impasses.

Assim, o autor Cavalcante (2014) discorre acerca de duas condutas concomitantes, mas que não foram colocadas em prática de modo eficiente, como a demarcação de mais terras e de uma ação de gestão territorial, a fim de aperfeiçoar a vida dos nativos nas reservas. Sob outra perspectiva, ao mencionar a respeito da invisibilidade dos indígenas no contexto social, os escritores Capiberibe e Bonilla sugerem o uso da tecnologia como um instrumento de luta e efetivação dos direitos dos indígenas.

[...] o protagonismo indígena vem optando por uma estratégia de “des-invisibilização”, valendo-se da dinâmica das ocupações e da apropriação das novas tecnologias. Como ocorreu em outubro de 2012, quando, após receberem uma liminar lhes negando o direito a permanecer em suas terras, os Guarani de Pyelito Kue divulgaram uma carta na qual se dispunham a morrer mas não a sair de suas terras. Esse fato foi amplamente divulgado, gerando uma grande mobilização na internet, que levou milhares de pessoas a escolherem seu lado, divulgando a hashtag “#somos todos Guarani-Kaiowá” ou acrescentando o sobrenome Guarani-Kaiowá a seus nomes nos perfis das principais redes sociais (2015, p. 306).

Para que os direitos destes povos tenha eficácia na prática, outrossim, é necessário uma reformulação no Estatuto do Índio, promulgado em 1973 antes mesmo da vigência da Constituição Federal, no qual apresenta aspectos que diferenciam os índios dos demais indivíduos. Bem como, atribui aos mesmos uma categoria evolucionista, em contraste ao que dispõe a Carta Magna. Consoante Castro (2016), esta incompatibilidade se faz presente no que concerne a capacidade civil dos nativos, desse modo leciona o autor:

O artigo 7º do estatuto colocava todos os índios e comunidades indígenas “ainda não integrados à comunhão nacional” sob regime tutelar. Para sair do regime tutelar e adquirir plena capacidade civil, o indígena teria de demonstrar o cumprimento de alguns requisitos de aculturação definidos no artigo 9º[...] Demonstrando a posse desses requisitos, o índio teria reconhecida a sua condição de integrado e, após homologação judicial e inscrição no registro civil, não teria mais quaisquer restrições ao exercício da capacidade civil (2016, p. 278).

Posto isso, percebe-se a distinção existente entre o reconhecimento da capacidade destes povos com os estrangeiros, em que para exercer os atos da vida civil não são obrigados a seguir tais requisitos impostos àqueles (CASTRO, 2016). Ademais, “Esse sistema foi confirmado pelo artigo 4º do código civil de 2002, cujo projeto – sob a direção de Miguel Reale – começou a tramitar ainda nos anos 70” (CASTRO, 2016, p. 278).

Em virtude dos indígenas serem sujeitos de direitos, assim como os demais cidadãos, os mesmos deveria obter capacidade plena para exercer seus atos. Todavia, observa-se, que o Estado define ou trata o indígena “[...] como hipossuficiente, dando-se o direito não só de assessorá-la na negociação de seus direitos e interesses, como também de decidir em seu lugar” (LIMA *et al*, 2012, p. 101). Dessa forma, apesar dos nativos terem seus direitos adquiridos, a concretização dessas garantias é realizada mediante representação da FUNAI.

O Art. 3º do Estatuto, além disso, define índio como “[...] todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (BRASIL, 1973). Entretanto, sob análise crítica de Paulo Saboya (1981) acerca deste dispositivo, menciona que no referido artigo existe uma diferença entre os nativos e a coletividade, visto que por serem distintos da sociedade nacional, os mesmos não compõem esse contexto social.

É imprescindível, nessa perspectiva, a alteração do Estatuto do Índio com a ideia de assegurar a igualdade dos nativos no âmbito social, bem como asseverar capacidade plena dos mesmos para exercer todos os atos da vida civil, assim como qualquer outro indivíduo sujeito de direito, a fim de emancipá-los para que posteriormente possam decidir sobre assuntos de seus interesses. A partir desta análise, mencionam os autores Capiberibe e Bonilla que “O grito dos índios pede que sua posição de sujeitos plenos seja enunciada, que lhes seja reconhecida sua dignidade para poder guerrear, enfrentar seu inimigo” (2015, p. 307).

Ademais, de modo inverso ao que dispõe a PEC 71/2011, deveria ser elaborada uma PEC com o objetivo de ressarcir os nativos ao invés dos agricultores, em virtude da inércia do Estado frente à demarcação de terras tradicionais, além do desrespeito aos direitos desses povos que tiveram suas terras retiradas por alguns colonos. Da mesma maneira que

propôs o literato Correia (2014), ao abordar acerca da responsabilidade civil da União em razão dos danos materiais e morais sofridos pelos Taquaras, com a ideia de “[...] imprescritibilidade do direito à indenização por violação a direitos fundamentais” (2014, p. 86).

De outro modo, observa-se desde os acordos realizados pela Companhia Matte Larangeiras com os políticos da época, a falta de ética na administração pública, em razão de alguns governantes que legislam para satisfazer os próprios proveitos, como os Decretos de nº 8.799 de 9 de dezembro de 1882 e o de nº 520, de 23 de junho de 1890, bem como a Resolução nº 103, de 15 de julho de 1895 (BRAND, 1997). Na contemporaneidade, tais problemáticas persistem, mas por meio de Propostas de Emenda Constitucional que visam satisfazer os interesses de alguns administradores. Nesta perspectiva, salienta Luís Roberto Cardoso de Oliveira dentre outros autores (2012, p. 101):

[...] a dimensão ético-moral presente nos conflitos tem papel significativo em todo tipo de relação social entre atores individuais, grupos ou minorias sociais. Quando ela não é observada de maneira adequada, podem ser gerados direitos ou relações autoritários e ilegítimos, provocando-se déficits de cidadania e de significado, cuja reparação é condição para uma vida com autonomia e dignidade.

Dessa forma, faz-se necessário à participação efetiva da população na vida política em escolher da melhor maneira os seus representantes, visto que conforme leciona os escritores Assis e Araújo, no I Simpósio Sul-Mato-Grossense de Administração “[...] Sem a participação da sociedade fica fácil a atuação de grupos de interesses que direcionam a ação do Estado em atender interesses particulares e não de toda a coletividade” (2017, p.6). Só assim, para que os governantes assegurem não apenas os direitos dos povos Guarani/Kaiowá, mas de toda a coletividade nativa.

Além disso, sob uma perspectiva antropológica, uma das dificuldades do Estado é saber humanizar. Desse modo, é imprescindível conhecer o lado do outro, isto é, tentar entender o ponto de vista dos indígenas, observar o que se pleiteia, em outras palavras é necessário relativizar. Nesta seara, destaca os autores:

O esforço em apreender, de maneira adequada, o ponto de vista nativo e o contexto em que se situa o problema tem implicações ético-morais e seria uma das condições para fundamentar uma interpretação (etnográfica), uma decisão (normativa) ou um acordo (político) eticamente defensável (LIMA *et al*, 2012, pp. 98-99).

Em suma, é importante estabelecer a alteridade, o diálogo na relação interpessoal e a mediação diante a um conflito, para que os problemas inerentes à disputa por terras tradicionalmente ocupadas e violações aos princípios constitucionais serem sanados. Por conseguinte, assegurar o mínimo para que os nativos tenham uma vida digna, o direito de propriedade aos mesmos e subsequentemente garantir o retorno as suas terras que lamentavelmente foram apropriadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, portanto que as terras indígenas correspondem ao meio necessário para garantir a subsistência dos nativos, isto é, a base para o desenvolvimento dessa população, precipuamente no que concerne aos Guarani/Kaiowá, cujo este último nome significa “filho da floresta”, no qual representam os povos de maior predominância no Estado de Mato Grosso do Sul e a essência da presente pesquisa. Desta forma, desde a publicação do Estatuto do Índio em 1973 e posteriormente a Carta Magna de 1988, foi assegurado o direito destes indivíduos as suas terras, cabendo a União demarcá-las em até cinco anos.

Todavia, passados quase trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal, algumas terras ainda não foram demarcadas. Assim, o que deveria ter se concretizado em 1993 não saiu da teoria, por conseguinte, percebem-se reiteradamente as disputas entre indígenas e agricultores, em prol destas áreas férteis. Além disso, averigua-se a violação as garantias constitucionalmente disciplinadas na Carta Magna, em virtude do tratamento desumano que vivem alguns indígenas, ao afrontar desse modo, drasticamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como da Propriedade, Preservação da Unidade Familiar e primordialmente ao bem que a axiologia jurídica aborda de maior relevância que é a vida do ser humano.

Nesta perspectiva, observa-se que mesmo após a chegada da Companhia Matte Larangeiras ao território que pertencia aos indígenas, há usurpação das terras nativas para o plantio de erva-mate e exploração de mão de obra aborígene. Ademais, averigua-se de modo similar, o interesse do Estado frente a essas terras, posto que figuras políticas da época tornaram-se “sócias” da Cia, ao conceder aos mesmos a ocupação de mais terras. Da mesma maneira, na contemporaneidade, essas vantagens se encontram presentes de modo implícito em Propostas de Emenda Constitucional, no qual alguns representantes legislam em benefício próprio, a fim de atender a seus interesses e prejudicar o direito alheio, neste caso, dos indígenas.

Diante ao exposto, os objetivos inicialmente propostos foram alcançados no decorrer do presente estudo, no qual foram evidenciados os dilemas enfrentados pelos Guarani/Kaiowá em face da não demarcação das terras tradicionais, além dos benefícios para o Estado de Mato Grosso do Sul no que concerne a supracitada análise. Em suma, faz-se necessárias medidas com o intuito de sanar as problemáticas elencadas e desse modo assegurar o respeito às garantias atribuídas aos indígenas, visto que os mesmos fazem jus, no mínimo, ao espaço necessário para o seu desenvolvimento digno. Em outras palavras, é relevante assegurar, primordialmente, o acesso de volta às suas terras que foram lamentavelmente retiradas por colonizadores em épocas passadas. Só assim para que a percepção de justiça seja atendida e os direitos dos indígenas reconhecidos e efetivados na prática.

REFERÊNCIAS

AMADO, Luiz H. E. *Antropologia e História dos Povos Indígenas*. Campo Grande: UFMS, 2016.

_____, Luiz H. E. *POKÉ'EXA ÚTI O Território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local*. Campo Grande: UCDB, 2014.

ARRUDA, Gilmar. Heródoto. In: *Ciclo da erva-mate em Mato Grosso do Sul 1883-1947*. Campo Grande: Instituto Euvaldo Lodi, 1986. p.195-310.

ASSIS, Juliane F. de; ARAÚJO, Geraldino C. de. A falta do comportamento ético no cenário da política brasileira. In: **I Simpósio Sul-Mato-Grossense de Administração**, 2017, Paranaíba: UFMS, 2017. p. 1-7.

BRAND, Antônio. **O impacto da perda da Terra sobre a tradição Kaiowá/Guarani: Os difíceis Caminhos da Palavra**. Porto Alegre: PUC/RS, 1997.

_____, Antônio *et al.* *Kaiowá e Guarani em tempos da Cia Matte Larangeira*. In: **SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA**, 22, 2003, João Pessoa. **Anais. João Pessoa**, 2003. p.1-8.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

CASTRO, Alexandre de. Fundamentos para uma Crítica do Estatuto do Índio: Raça e História de Lévi-Strauss. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 11, n. 1, 2016.

CAVALCANTE, Thiago L. V. **Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul**. Assis: UNESP, 2013. 470 p.

_____, Thiago L. V. Demarcação de terras indígenas kaiowá e guarani em Mato Grosso do Sul: histórico, desafios e perspectivas. **Revista de História. Dourados**, v. 16, n. 28, 2014. p. 48-69.

_____, Thiago L. V. “Terra indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. **História**. 75 ed. Franca, v. 35, 2016.

CAPIBERIBE, Artionka; BONILLA, Oiara. A ocupação do Congresso: contra o quê lutam os índios?. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 29, n. 83, 2015. p. 293-313. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000100293>. Acesso em: 20 mai. 2018.

CORREIA, Diogo C. A. (i) legalidade do título e da expropriação perpetrada contra a Comunidade Indígena Taquara – aspectos antropológicos e jurídicos. **Campo Grande, MS: Tellus**, n. 27, 2014. p. 67-91.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, jan. 2009.

DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Mirador Internacional**. São Paulo, v. 2, 1976.

DINIZ, Laryssa W. **Demora na Demarcação de Terras Indígenas e Processo de Retomada: definições, impacto e perspectivas de Etnodesenvolvimento**. Campo Grande: UCDB, 2016. 70 p.

FILHO, Carlos F. M. de S. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

FREIRE, José R. B. **Dia do Índio na UERJ: sonhando com a terra que perdi**. PRAVIDA. RU, Rio de Janeiro, 24 abr. 2018. Disponível em: <http://port.pravda.ru/cplp/brasil/24-04-2018/45410-dia_indio-0/>. Acesso em: 12 mai. 2018.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO. **Modalidades de Terras Indígenas**. Brasília: FUNAI, 2018. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

_____. **Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Guarani/Kaiowá Taquara**. Brasília, 2005.

GARONCE, Luiza. **‘Esquecimento dos povos indígenas é proposital’, diz primeira índia mestra em direito no Brasil**. G1, Distrito Federal, 08 mai. 2018. Disponível em: > <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/esquecimento-dos-povos-indigenas-e-proposital-diz-primeira-india-mestra-em-direito-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

IHERING, Rudolf V. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LIMA, Antonio C. de S. **Antropologia e Direito: Temas Antropológicos para Estudos Jurídicos**. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2012, 576 p.

LIMBERTI, Rita de C. P. **O Índio Guarani-Kaiowá da Reserva Indígena de Dourados, Mato Grosso do Sul, Brasil: um olhar semiótico**. **Polifonia**. Cuiabá, v. 15, n. 18, 2009.

MARQUES, Heitor R. *et al.* **Metodologia da pesquisa e do trabalho científico**. 5 ed. Campo Grande: UCDB, 2017.

MAIA, Bruno M. **A Demarcação das Terras Indígenas e o Conflito entre Direitos Fundamentais**. Campo Grande: UCDB, 2017. 82 p.

MALDONADO, Caroline. Desde a morte de Marçal, há 31 anos, 12 líderes indígenas foram mortos. **Campo Grande News, Mato Grosso do Sul, 02 set. 2015. Disponível em:** <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/desde-a-morte-de-marcal-ha-31-anos-12-lideres-indigenas-foram-mortos>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

MARANHÃO, Ademar. **Posse indígena: dificuldades de sua efetivação no âmbito dos processos judiciais**. Campo Grande: UCDB, 2001. 143 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU Lança documentário 'Guarani e Kaiowá: pelo direito de viver no Tekoha'. ONU, 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-lanca-documentario-guarani-e-kaiowa-pelo-direito-de-viver-no-tekoha/>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

PAVÃO, Gabriela. Direitos humanos da ONU 'condenam' morte de índio em conflito em MS. **G1, Mato Grosso do Sul, 04 set. 2015. Disponível em:** <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2015/09/direitos-humanos-da-onu-condenam-morte-de-indio-em-conflito-em-ms.html>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

PEREIRA, Levi M. Demarcação de terras kaiowa e guarani em MS: ocupação tradicional, reordenamentos organizacionais e gestão territorial. **Tellus, n. 18, jun. 2010.**

_____, Levi M.; OLIVEIRA, Jorge E. de. **Ñande Ru Marangatu: Laudo antropológico e histórico sobre uma terra kaiowa na fronteira do Brasil com o Paraguai, município de Antônio João, Mato Grosso do Sul**. Dourados: Editora UFGD, 2009.

PIVA, Bruno G; PATRÍCIO, Mariza G. L. **Conflito Material do Direito de Propriedade Indígena**. Revista Prolegómenos. Bogotá, v. 20, n. 39, 2017. p. 55-71.

ROCHA, Everardo P. G. **O que é Etnocentrismo**. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

SABOYA, Paulo. In: **O Índio e o Direito. Painel**. Rio de Janeiro: OAB, 1981. p.20-25.

SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: A PEC 215/00 e as cláusulas pétreas. Ministério Público Federal. 6ª Câmara, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos F. M. de. O renascer dos Povos Indígenas para o Direito. Curitiba: Juruá, 1998.

WENCESLAU, Marina E. O índio Kaiowá: suicídio pelo Tekohá. Tese de Doutorado: USP, 1994.

TRIBUTAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS

Geraldo Alves dos Santos¹

Prof. Me. Leonardo Furtado Loubet²

RESUMO: Este trabalho tem como foco estudar o que são as criptomoedas e qual sua natureza jurídica, para assim, examinar seu enquadramento tributário, tendo como fonte basilar a Constituição Federal e o Sistema Tributário Nacional. A metodologia utilizada para este trabalho foi a bibliográfica. Com a evolução da Internet temos hoje uma moeda digital criptografada, totalmente privada, “anônima” e sem nenhuma interferência estatal sobre ela. Essa tão inovadora tecnologia tem trazido para nosso meio enormes evoluções e ao mesmo tempo algumas situações indesejáveis, como o financiamento do terrorismo e compra de armas, mas nem por isso vamos deixar de utilizá-la, o que nos falta é uma regulamentação adequada. No término deste trabalho buscaremos deixar nossa contribuição para o estudo do tema, que, aliás, é muito recente.

PALAVRAS CHAVES: Moeda Digital, Bitcoin, Incidência Tributária e Natureza Jurídica.

ABSTRACT: This work focuses on the study of what are the cryptocurrencies and what their legal nature, so as to examine their tax framework, having as base source the Federal Constitution and the National Tax System. The methodology used for this work was the bibliographical one. With the evolution of the Internet today we have a digitally encrypted, totally private, “anonymous” currency with no state interference on it. This innovative technology has brought enormous changes to our environment and at the same time some undesirable situations, such as the financing of terrorism and the purchase of weapons, but we will not fail to use it, what we lack is adequate regulation. At the end of this work we will try to leave our contribution to the study of the subject, which, incidentally, is very recent.

KEY WORDS: Digital Currency, Bitcoin, Tax Incidence and Legal Nature.

1. Acadêmico

2. Orientador

1 INTRODUÇÃO

O mundo vem mudando constantemente em todos os aspectos. Por exemplo, a forma com que as pessoas se comunicavam trinta anos atrás era por cartas enviadas via correios e demoravam dias, semanas e até meses para se chegar ao seu destino, dependendo da localidade. Com advento da internet e, em consequência, o e-mail, tudo isso mudou. As pessoas se relacionam hoje com um apertar de uma tecla de computador ou celular; em questão de segundos atravessamos bairros, cidades e fronteiras. Desse modo se passou a pensar o porquê que com o dinheiro não poderia ser da mesma forma, sendo mais barato para ser gerado, enviado e transferido sem intermédio de um órgão fiscalizador. Com essas indagações surgiu a “Bitcoin” e a partir dela surgiu hoje, conforme o <https://coinmarketcap.com/>, mais de 1500 tipos de criptomoedas, cada uma com sua particularidade e propósito, ou até mesmo sem propósito nenhum ou apenas cópia de outra. Vale ressaltar que estamos em um universo *online* e quase todas essas criptomoedas são de código-fonte aberto, ou seja, é liberado pelo seu proprietário o estudo, modificação e a distribuição de graça para qualquer um e para qualquer finalidade.

Nesse universo extremamente tecnológico e inovador temos um variedade de moedas. Para os fins deste trabalho vamos nos atentar a esclarecer o que é a “Bitcoin”, que é uma moeda digital criada em 2008 por uma pessoa denominada Satoshi Nakamoto, sendo certo que não se sabe sequer se é uma pessoa ou um grupo de pessoas, mas esse era o pseudônimo utilizado em um fórum de criptografia na época (FRANCO, 2018, p. 47).

Por se tratar de algo inovador, hoje temos um problema na regulamentação de tais “moedas” ou “ativos” e se é tributável ou não a sua utilização como moeda ou como reserva de valor.

2 BITCOIN

“Bitcoin” ou *A Peer-to-Peer Electronic Cash System* (um sistema de dinheiro eletrônico pessoa para pessoa) é uma moeda criptografada e descentralizada, ou seja, a criptografia traz uma segurança nas transa-

ções e um certo “anonimato”. A descentralização permite que a moeda não seja controlada por nenhum governo, como é o caso do dinheiro tradicional ou papel moeda, que sempre se utiliza, que tem os bancos centrais e a casa da moeda que os emite. No caso da “Bitcoin” a sua emissão é feita por computadores já programados através do seu código “genesis”, sendo assim é impossível que tenhamos inflação na “Bitcoin”, pois não tem como ninguém emitir mais do que já está programado. Na verdade a “Bitcoin” é deflacionada, pois cada vez a sua emissão é realizada em um número menor, o tornando cada vez mais escasso, aí vem o porquê da sua comparação com o ouro (NAKAMOTO, 2008).

Como a “Bitcoin” e as demais criptomoedas são descentralizadas elas ficam armazenadas na sua maioria em programas denominados de carteiras as quais podem ser utilizadas tanto através de computadores pessoais, como por *tablets* e *smartphones*, permitindo que elas sejam utilizadas de forma mais ágil no dia-a-dia.

O usuário que deseja transferir suas “moedas” para outro pode fazê-lo pelo sistema *peer-to-peer*. Este sistema realiza o envio de uma carteira para outra sem a necessidade de um terceiro intermediário na transação. Fernando Ulrich autor do livro Bitcoin na era digital (2014, p. 18-9) explica como essas transações entre carteiras são realizadas:

As transações são verificadas, e o gasto duplo é prevenido, por meio de um uso inteligente de criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que a cada usuário sejam atribuídas duas “chaves”, uma privada, que é mantida em segredo, como uma senha, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos. Quando Maria decide transferir bitcoins ao João, ela cria mensagem, chamada de “transação”, que contém a chave pública do João, assinando com sua chave privada. Achando a chave pública da Maria, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com sua chave privada, sendo, assim, uma troca autêntica, e que o João é o novo proprietário dos fundos. A transação- e portanto uma transferência de propriedade dos bitcoins- é registrada, carimbada com data e hora e exposta em um “bloco” do blockchain (o grande banco de dados, ou livro-razão da rede Bitcoin). A criptografia de chave pública garante que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado de todas as transações dentro da rede Bitcoin, o que impede o gasto duplo e qualquer tipo de fraude (ULRICH F. , 2014, pp. 18-19).

2.1 Deflação

A deflação da “Bitcoin” foi programada para que a criptomoeda fosse emitida em seu início cerca de 50 “Bitcoin” a cada 10 minutos. A cada 4 anos essa quantidade é cortada pela metade, isto é, em 2012 passou a ser 25, em 2016 passou a ser 12,5, em 2020 será 6,25 e assim sucessivamente.

2.2 Preço

O Preço da “Bitcoin” se dá pela oferta e pela demanda entre os seus usuários, lembrando que por ser uma moeda digital, ela é ao mesmo tempo uma moeda global, diferente dos papéis moeda tradicionais. E diferente dos mercados tradicionais de câmbio, que tem certos horários e dias da semana para serem comercializados, na “Bitcoin” é diferente, pois ela funciona 24h por dia, 7 dias da semana. Como isso é possível? graças a sua tecnologia denominada *blockchain* (banco de dados distribuído), pois todos os mineradores, “quem gera e verifica as transações”, têm cópia autêntica do banco de dados ao mesmo tempo, se um cidadão brasileiro comprar uma “Bitcoin” no Brasil, essa informação será replicada para todos os bancos de dados da rede da “Bitcoin” no mundo. Isso é necessário para se evitar fraude, pois a sua emissão também é global.

De 2008 até os dias atuais a “Bitcoin”, além de ser moeda, passou também a ser um bem especulativo, pois muitas pessoas adquiriram esse bem como estivessem comprando um ativo na bolsa de valores, pensando em sua valorização, até porque a “Bitcoin” tem se valorizado de uma forma anormal, se comparado com os mercados tradicionais. Ela tem despertado nas pessoas o interesse por investimentos, lembrando que esse tipo de investimento é de alto risco, mas também de altos rendimentos. Vale ressaltar que mesmo a “Bitcoin” passando ter essa propriedade ou forma de *commodity*, não foi alterado o seu fundamento, que é ser uma moeda.

2.3 Exchange/Corretora

As *Exchange*, termo utilizado para as corretoras que comercializam as Bitcoins, aumentaram muito nos últimos tempos, pois há uma

variedade de corretoras tanto no Brasil quanto no mundo. Aí podemos perceber mais ainda que o preço da moeda é pela oferta e demanda, já que cada *Exchange* tem um preço, às vezes preços esses com pequenas diferenças, mas às vezes com diferença considerável. Exemplo disso: no Brasil a “Bitcoin” estava custando pelo www.mercadobitcoin.com.br cerca de R\$ 26.359,00 reais, o que em dólar a uma cotação de R\$ 3,28 daria US\$ 8.036,28. Já nos Estados Unidos pela www.coinbase.com R\$ 25.915,51 o que daria em dólar US\$ 7.901,07, mas na África pela www.golix.com R\$ 39.360,00 ou cerca de US\$ 12.000 mil dólares (GOLIX, 2018, COINBASE, 2018).

Com isso pode-se ter a visão de que a rede da Bitcoin é uma só mundialmente, mas a sua oferta e demanda depende de quem está oferecendo e o seu preço também sofre influência pela situação econômica do País. Se tais transações são realizadas nas corretoras, seriam elas responsáveis por tributar o cidadão? E quando isso ocorreria? Quando a pessoa vende sua criptomoeda para a corretora e essa disponibiliza o valor em moeda corrente do País ou quando a pessoa solicita o saque para sua conta bancária? São essas algumas das questões a serem enfrentadas.

2.4 Custódia

A parte mais importante da criptomoeda é a possibilidade da própria pessoa poder custodiar a guarda das “Bitcoins”, que podem ser armazenados em papel, pendrive, HDs, computadores, celulares e na web “internet”. Com a “Bitcoin” cada cidadão pode ser dono do seu próprio dinheiro. Se hoje todo mundo fosse ao banco para pedir para sacar o seu saldo bancário os bancos não teriam como pagar, seria um colapso total. O próprio governo não tem lastro suficiente. A Lei N° 9.069, de 29 de junho de 1995, que dispõe sobre o “plano real”, em seu artigo 3º, § 2, 2ª parte, estabelece que para cada real emitido será de um dólar dos Estados Unidos da América. Isso nunca ocorreu, mas isso não ocorre só no Brasil, vejamos a crise do *subprime* nos Estados Unidos em 2008, principal causa foi a concessão desenfreada de crédito imobiliário a quem não podia pagar por ele (FRANCO, 2018, p. 41). Em data mais recente o Banco Central decretou a liquidação do “Banco Neon” por fraude. Neste caso as pessoas que possuíam valores até R\$ 250.000,00 serão garantidas pelo FGC – Fundo Garantido de Crédito (MARTELLO, 2018).

2.5 Mineração

A rede “Bitcoin” cria e distribui um novo lote de criptomoedas aproximadamente seis vezes por hora aleatoriamente entre participantes que estão rodando o programa de mineração, sendo que qualquer participante minerador tem chance de ganhar um lote. O ato de gerar “Bitcoins” é comumente chamado de “minerar” em referência à “mineração do ouro”, por ambos serem escassos. Os mineradores, além de ganharem certas quantias de “Bitcoin” por resolverem cálculos matemáticos, também faturam por realizarem a autenticação das transações na rede. Hoje há duas formas para fazer parte da rede “Bitcoin”: a primeira é adquirir computadores específicos de mineração, (vale lembrar que tais equipamentos são caríssimos). A segunda forma é realizar mineração na nuvem, ou seja, adquirir pacotes de mineração de empresas confiáveis que criam plataformas gigantescas de mineração (NAKAMOTO, 2008).

Apesar da “Bitcoin” ter completado mais de nove anos de sua criação e nunca ter sofrido uma fraude em seu sistema, bem diferente dos dinheiros tradicionais que constantemente estão sendo falsificados, ainda se está em uma fase inicial de sua adesão, e ainda se tem muito para evoluir (ULRICH, 2018).

3 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E POSSÍVEL INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Examinados os principais aspectos envolvendo a “Bitcoin”, é chegado o momento de examinar seus desdobramentos tributários.

Direito Tributário é o ramo do direito público que disciplina a relação jurídica de imposição do Estado sobre o particular na instituição, arrecadação, fiscalização e limitação do tributo, ou seja, disciplina a obrigação dos particulares entregarem dinheiro aos cofres públicos (BUENO, 2014, p. 16).

Quando se trata de tributação é imprescindível que tenhamos em mente o que a Carta Magna prescreve, pois ela é o alicerce quando se trata desse assunto. O Art. 146, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal dispõe que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais

em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e suas espécies. Com isso foi recepcionado pela Constituição o Código Tributário Nacional, que em seu art. 3º prevê que:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O tributo é gênero que se divide em cinco espécies: impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições, conforme prevê o Art. 5º do Código Tributário Nacional e de acordo com os artigos 145, 148 e 149 da Constituição Federal.

3.1 Imposto

O imposto é a primeira espécie do tributo por excelência, é um tributo não vinculado porque tem por hipótese de incidência fatos alheios a qualquer atuação específica do poder público. Nos termos do Art. 16 do Código Tributário Nacional: “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Imposto é, assim, um tributo unilateral, na medida em que o contribuinte o paga sem receber a promessa de uma contraprestação específica em troca, conforme nos ensina (BUENO, 2014, p. 28).

3.2 Taxa

A segunda espécie de tributo é a taxa, para ser taxa temos que ter uma prestação de serviço do Estado ou colocado à disposição do contribuinte e que este serviço seja específico e divisível, conforme indica a Constituição Federal em seu Art. 145, inciso II:

Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

O Código Tributário Nacional (CTN) nos traz um conceito sobre

Taxa, assim vejamos o que dispõe o Art. 77:

As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Sendo assim, não há o que se falar e nem como atribuir a taxa, como hipótese de incidência tributária nas criptomoedas, pois elas não são um serviço e nem é colocada à disposição pelo Poder Público.

3.3 Contribuição de Melhoria

A terceira espécie de tributo é a contribuição de melhoria, este é um tributo que obrigatoriamente só pode ser cobrado em razão de obra pública da qual tenha resultado valorização de imóveis.

Segundo Júlio Bueno, contribuição de melhoria é o tributo que incide sobre a valorização de imóvel em razão da realização de obra pública e tem por função apenas ressarcir os cofres públicos com os gastos despendidos (BUENO, 2014, p. 28).

Nos termos do Art. 81 do Código Tributário Nacional, a sistemática aplicável é a seguinte:

A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Nesse sentido, não há que se falar em contribuição de melhoria em relação às criptomoedas, pois aquela só é aplicada quando há um serviço público e se tal serviço resultou em valorização de imóvel.

3.4 Empréstimos Compulsórios

A quarta espécie de tributo são os empréstimos compulsórios, tri-

buto de competência exclusiva da União, pois somente ela poderá instituir, para atender exclusivamente às seguintes situações descritas no Art. 148 da Constituição Federal:

A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, “b”.
Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Ressalte-se que despesas com calamidade pública, guerra ou investimentos público de relevante interesse nacional não são os fatos geradores dos empréstimos compulsórios, mas sim as causas das despesas donde irão se empregar os recursos obtidos com esse tributo. Com efeito, o fato gerador do empréstimo compulsório será definido pela lei complementar que o instituir (BUENO, 2014, p. 45).

Os empréstimos compulsórios não são obrigados a respeitar os princípios da anterioridade e da nonagessimal, pois, quando instituídos, são criados para que se tenha uma imediata aplicação. Portanto, podemos dizer que poderá ocorrer à incidência tributária nas criptomoedas, a qualquer momento, nos valores que ficam disponíveis nas corretoras brasileiras.

3.5 Contribuições Sociais, de interesse de categorias profissionais e econômicas e de intervenção no domínio econômico - CIDE.

Temos por fim, a última espécie tributária, que são a contribuições sociais, de interesse de categorias profissionais e econômicas e de intervenção no domínio econômico, prevista no texto constitucional, em seu Art. 149:

Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e

150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

É um tributo de competência da União, tendo função nitidamente vinculada, pois sua finalidade predominante é servir de instrumento de intervenção no domínio econômico e não simplesmente servir de arrecadação aos cofres da União.

A CIDE é instituída por lei, podendo ser por lei ordinária. No ordenamento tributário brasileiro, encontram-se três importantes contribuições de intervenção no domínio econômico: CIDE-Combustível, CIDE-Royalties e CIDE-SEBRAE, sendo assim, não há possibilidade de incidência tributária nas criptomoedas por esse tributo (BUENO, 2014, pp. 50-51).

3.6 Competência Tributária

Após termos definidos quais são os tributos que podem ser cobrados e feita a devida distinção entre seus diversos tipos, resta-nos saber quem pode efetivamente cobrar esses tributos.

A estrutura da República Federativa do Brasil é composta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo todos autônomos. Mas para que essa autonomia seja genuína, o constituinte de 1988 outorgou, a cada um desses entes, determinados tributos próprios, para que eles pudessem fazer frente às suas despesas. A essa outorga denomina-se competência tributária.

A competência tributária pode ser definida como a autorização constitucional para que um dos entes da Federação possa instituir e legislar sobre determinado tributo, com isso, ao atribuir competência tributária para o Município em relação ao ISS, por exemplo, a Carta Magna outorgou poderes para que cada município institua o seu ISS, bem como defina as regras gerais de incidência, observadas sempre as limitações de ordem constitucional, bem como estabelecidas em lei complementar (KFOURI JR, 2016, p. 399).

4 NATUREZA JURIDICA DA CRIPTOMOEDA

Após verificar o funcionamento da criptomoeda, é necessário saber qual é a natureza jurídica deste instrumento, para que possamos verificar como esta deve ser regulamentada considerando o sistema jurídico brasileiro.

Tal natureza jurídica pode ser definida como “A afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluída a título de classificação” (DINIZ, 2005, p. 66), ou seja, como o direito brasileiro considera tal instituto. Ai vem o problema no tocante às criptomoedas em geral, pois elas são comparadas com o “camaleão”: dependendo da forma que está sendo utilizada, ela pode se enquadrar em uma ou várias naturezas jurídicas (CUNHA FILHO, VAINZOF, 2017).

Tratar-se de um tema muito difícil de falar neste momento, pois estamos tratando de algo extremamente inovador e ainda sem regulação por parte da legislação brasileira. Como não há uma legislação específica para nos nortear, vamos se assegurar pelas diversas legislações esparsas no ordenamento jurídico.

Para discorrer sobre o tema, será abordada a possibilidade de enquadramento das criptomoedas como: moeda, valor mobiliário e ativo financeiro.

4.1 Moeda

A despeito do nome que lhe foi atribuído (“criptomoeda”), uma análise mais aprofundada se permite afirmar que o *bitcoin* não pode ser classificado juridicamente como moeda, nos termos da Lei nº 9.069/95 e do Decreto-Lei 857/69. Além disso, segundo o STF (Recurso Extraordinário 478.410/SP), a moeda possui duas características essenciais e intrínsecas: o curso legal e o curso forçado. O primeiro requisito conecta a moeda ao conceito de exclusividade na circulação; o segundo requisito, o curso forçado é aquele que tem que ser aceito por força de lei.

No âmbito das criptomoedas, não há curso forçado, muito menos curso legal em sua circulação. Sua emissão, como já exposto, independe da autoridade estatal, razão pela qual não nos parece correto classificá-las como moedas (VASCONCELLOS, 2018).

Apesar de termos na legislação brasileira a definição do formato de moeda e pelo que já analisamos a *bitcoin* não se enquadraria neste formato, o Desembargador Alexandre Camara, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tem um entendimento diferente, pois entende que a bitcoin é dinheiro (MENEZES, 2018). O próprio Fundo Monetário Internacional (FMI), em seu site, expôs na imagem a seguir, deixando entender que a bitcoin seria dinheiro:



Fonte: (MÜHLEISEN, 2018)

A imagem retrata que no início da humanidade andávamos com dinheiro vivo nas mãos, com a evolução esse dinheiro foi parar dentro de um cartão e, hoje, temos o dinheiro dentro de um aparelho celular, como exposto acima a bitcoin (MÜHLEISEN, 2018).

4.2 Valor Mobiliário

Em se tratando em valor mobiliário a autoridade competente no Brasil para se buscar uma orientação é a Comissão de Valor Mobiliário (CVM). Em seu relatório anual de 2017, a CVM esclareceu que as criptomoedas poderiam, sim, em alguns casos específicos, estar abrangidas pelo conceito de valor mobiliário, desde que enquadradas pela Lei n° 6.385/76, em especial o seu art. 2°. Esse enquadramento se daria no caso de determinadas ICOs (*Initial Coin Offerings*), reconhecidas como uma operação destinada a captar recursos para emissão de criptomoedas.

A própria CVM frisou que não tem competência sobre a regula-

ção de criptoativos, como no caso do *bitcoin*, restringindo a sua atuação à regulação de veículos de investimento que possam vir futuramente a adquirir tais ativos (CVM, 2017).

4.3 Ativo Financeiro

Ativos são comumente conhecidos como qualquer coisa com um valor que represente recursos econômicos ou posse, que possa ser convertido em algo de valor, como dinheiro.

Ativos financeiros são ativos líquidos intangíveis, como depósitos bancários, obrigações e ações, cujo custo é derivado de uma afirmação contratual do que eles representam. Diferentemente de propriedades ou *commodities*, eles não são ativos físicos tangíveis (BROKER).

O economista Fernando Ulrich afirmou em uma palestra sobre criptomoedas ao Conselho Federal de Administração (CFA), que a natureza jurídica da *bitcoin* é ativo financeiro, ele afirma que as criptomoedas não se enquadram em nenhum conceito de ações/renda variável, renda fixa, ativos reais/imóveis, *commodities* ou dinheiro (ULRICH, 2018).

A Receita Federal em seu “Manual de Perguntas e Respostas”, também vem se posicionando nesta mesma vertente, de que as criptomoedas se equiparariam a ativo financeiro:

Pergunta: As moedas virtuais devem ser declaradas?

Resposta: Sim. As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um **ativo financeiro**^{Grifei}. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição.

Enquanto tal natureza não for definida pelo Estado, este terá grande dificuldade de lidar com esta nova tecnologia, especialmente ao tributar qualquer tipo de transação realizada por meio desta. Porém, é possível imaginar que o Estado regule este tipo de mercado, sempre buscando a criação de um sistema que possibilite a concorrência entre os seus participantes (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 35) e sempre zelando pela manutenção e utilização deste, evitando qualquer normatização

que sufoque esta nova tecnologia (SILVA, 2017, p. 29).

5 INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA NOS IMPOSTOS

Pois bem, vamos agora averiguar a possibilidade de incidência tributária sobre a *bitcoin* nos seguintes impostos: IPI, ITCD, ICMS, ISS, IOF, IR.

5.1 Fato Gerador

O Código Tributário Nacional, em seus artigos 114 e 115, nos traz os seguintes conceitos do fato gerador:

Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Podemos dizer que o fato gerador é o ponto central e relevante para identificar o momento de surgimento da obrigação tributária, identificar o sujeito passivo e os demais elementos da obrigação. É o momento que faz nascer o relacionamento jurídico entre o contribuinte e o Estado (SOUZA, 2018).

5.2 IPI

O imposto sobre produtos industrializados, IPI, é um imposto de competência da União, conforme Art. 153, inciso IV, da Constituição Federal: “Compete à União instituir impostos sobre: IV - produtos industrializados”.

Para efeitos desse imposto temos que nos ater ao Art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional: “Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”.

No caso da *bitcoin*, sendo uma moeda virtual criada a partir de operações matemáticas desenvolvidas nos computadores, não há que se falar em processo de transformação, pois resta ausente o procedimento envolvendo passos químicos ou mecânicos que fazem parte da manufatura de um ou vários itens (BRITO, 2016, p. 31).

Sendo assim, podemos afirmar que não incide IPI sobre as operações realizadas entre o criador da *bitcoin* e um comprador.

5.3 ITCD

Já o imposto sobre a transmissão “*causa mortis*” de bens imóveis e de direitos a eles relativos – ITCD, é de competência dos Estados, conforme dispõe, Art. 155, inciso I, da Constituição Federal: “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos”.

Tal imposto foi regulamento pelo Código Tributário Nacional em seu Art. 35 e seus incisos:

O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador: I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Parágrafo único. Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários.

No caso de transmissão causa mortis ocorre no momento da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte do “*de cuius*”, conforme Art. 1784 do Código Civil, corroborado pela Súmula 112 do STF. Se a transmissão for por doação, o momento da ocorrência do fato gerador variará conforme o bem. Assim, se a doação for de bens móveis o fato gerador ocorrerá no instante da entrega ou tradição. Portanto, podemos afirmar que incide ITCD sobre as operações realizadas entre o possuidor da *bitcoin* e seu recebedor, seja na forma de doação ou por

transmissão de herança (BUENO, 2014, p. 16).

Mas temos um problema nessa situação: como as criptomoedas não são regulamentadas no Brasil, qual seria a base de valor dessa moeda para que o Estado possa incidir o seu tributo? Poderia o Estado usar como base qualquer corretora? Como as criptomoedas têm como premissa que o sujeito seja dono do seu próprio dinheiro, e tais moedas podem ser armazenadas de forma diversas, como já vimos no início do artigo, tal situação traz um novo desafio para o Estado, pois em alguns casos seria impossível haver tal tributação, aí vemos a necessidade de regulamentação para que o Estado possa cumprir o seu papel.

5.4 ICMS

Vamos tratar agora do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços de transporte intermunicipal e interestadual - ICMS, tal imposto é de competência dos estados conforme dispõe Art. 155, inciso II da Constituição Federal:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Referido imposto foi regulamentado pela Lei Complementar nº 87/96, que “dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências” (LEI KANDIR).

No inciso I, § 1º, Art. 2º da LC nº 87/96, o imposto incide sobre: “a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade”.

Segundo Rubens Gomes de Souza, incide ICMS quando “saída física de mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor” (MATOS, 2018), e para Roque Carraza, em sua clássica obra “ICMS” (15. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44), acerca do conceito

de mercadoria: configura mercadoria o bem móvel corpóreo adquirido pelo comerciante, industrial ou produtor, para servir de objeto de seu comércio, isto é, **para ser revendido**.^{Grifei}

No caso, as criptomoedas circulam pela internet, pelo que vimos, só incidirá ICMS quando esta criptomoeda for adquirida para ser revendida, podendo ser enquadrado neste imposto os mineradores.

Conforme dispõe o inciso I, § 1º, Art. 2º da LC nº 87/96, poderá incidir o referido imposto sobre a aquisição de criptomoeda nas corretoras do exterior, nesse caso, não há a necessidade de ser para a revenda, bastando que a mesma seja adquirida no exterior.

5.5 IOF

Trataremos agora do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF, conforme dispõe o inciso V do Art. 153 da Constituição Federal a competência tributária é da União: “Compete à União instituir impostos sobre: Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”.

Os incisos do Art. 63 do Código Tributário Nacional traz os fatos nos quais poderão incidir o referido imposto:

O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

I - quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

II - quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;

III - quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável;

IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.

Em resumo, o fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado.

Embora a *bitcoin* tenha várias características de moeda, segundo Fernando Ulrich (ULRICH F. , 2014, p. 67), ela não pode ser considerada moeda, pois a moeda é emitida e controlada pelo governo, que é o único que pode fixar e controlar o seu valor, no caso do Brasil tal competência foi conferida à União, conforme disposto no inciso VII, Art. 21, da Constituição Federal: “Compete à União: Emitir moeda”.

O Art. 164 da C.F reforça que a competência é da União para emitir moeda e será exercida exclusivamente pelo Banco Central do Brasil. O Banco Central do Brasil emitiu o Comunicado de nº 31.379, de 16 de novembro de 2017, que traz em seu item 5 a distinção de moeda virtual e moeda eletrônica:

A denominada moeda virtual não se confunde com a definição de moeda eletrônica de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação por meio de atos normativos editados pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes do Conselho Monetário Nacional. Nos termos da definição constante nesse arcabouço regulatório consideram-se moeda eletrônica “os recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”. Moeda eletrônica, portanto, é um modo de expressão de créditos denominados em reais. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos.

Como ainda não temos nenhuma regulamentação instituída por lei sobre as criptomoedas, e pelas razões expostas, a elas não podem ser consideradas como arranjo de pagamento, pois não se enquadram nos termos da lei no conceito da moeda eletrônica, conforme esclarecido pela circular do Banco Central do Brasil (BRITO A. D., 2016, p. 31). Sendo assim, não há que se falar na incidência deste imposto sobre as criptomoedas.

5.6 ISS

Passaremos agora a analisar o ISS – Imposto sobre serviço de qual-

quer natureza, que tem como fundamentação a Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, e a Carta Magna, que na primeira parte do inciso III do Art. 156, dispõe que a competência do referido imposto é municipal: “Compete aos Municípios instituir impostos sobre: Serviços de qualquer natureza”.

Na Lei Complementar nº 116 há uma lista anexa, ha qual constam os serviços que poderão ser tributados pelo ISS. É importante registrar que o ISS não incide sobre todos os serviços, mas apenas sobre aqueles expressamente descritos na lista de serviços da referida Lei Complementar.

Anis Kfourir Jr, 2016, p. 399, ensina que devemos:

Em obediência ao princípio da estrita legalidade e da segurança jurídica, sendo um dos motivos pelo qual ele refuta a denominação ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, preferindo simplesmente a designação por ISS, uma vez que a tributação não abarca todos os serviços, independentemente de sua natureza.

Sem delongar muito sobre o tema, vimos que para poder incidir o referido imposto é necessário que o fato gerador esteja inserido na referida lista, pois bem, até o presente momento não foi incluído na lista o item: transação de moeda digital ou criptomoeda, sendo assim, não há que se falar em incidência do tributo, ISS, no serviço disponibilizado pelas corretoras de criptomoedas.

5.7 IR

Por fim, e não menos importante, verificar a possibilidade de incidência do IR – Imposto de Renda, seja ele pessoa física ou jurídica. A Constituição Federal referendou em seu Art. 153, inciso III, a competência a União de tributar o Imposto de Renda: “Compete à União instituir impostos sobre: Renda e proventos de qualquer natureza”.

Nos termos do Art. 153, §2º, I, da Constituição Federal, o imposto de renda será orientado por três princípios: Será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

A generalidade, significa que todas as pessoas que vierem a auferir

rendas e proventos de qualquer natureza, estarão sujeitas à incidência do imposto.

Na universalidade, obriga-se o imposto a incidir sobre todas as rendas e proventos advindos de qualquer fonte, pois para o tributo o dinheiro não tem cheiro (*non olet*).

Já na progressividade, as alíquotas do imposto de renda serão graduadas conforme a capacidade econômica do contribuinte, para forçar aqueles que ganham mais a pagar mais (BUENO, 2014, p. 16).

Para termos uma visão melhor sobre a incidência desse imposto, vamos ter como ideia os seguintes casos:

Caso 1: João comprou 01 bitcoin em 01/01/2018 pelo valor de R\$ 38.000,00. Em 30/03/2018, João vendeu sua bitcoin na corretora por R\$ 90.000,00, mas não transferiu para sua conta bancária, sendo que este valor ficou disponível para saque em sua corretora.

Caso 2: João comprou 01 bitcoin em 01/01/2018 pelo valor de R\$ 38.000,00. Em 30/03/2018, João vendeu sua bitcoin por R\$ 90.000,00, mas transferiu para sua conta bancária o referido valor.

Caso 3: João comprou 01 bitcoin em 01/01/2018 pelo valor de R\$ 38.000,00. Em 30/03/2018, João vendeu sua bitcoin por R\$ 25.000,00 e transferiu para sua conta bancária, sendo que este valor ficou disponível para saque em sua corretora.

Caso 4: João comprou 01 bitcoin em 01/01/2018 pelo valor de R\$ 38.000,00. Em 30/03/2018, a bitcoin de João valia R\$ 90.000,00, mas João não a vendeu, mas se utilizou dela para comprar outras moedas virtuais.

Caso 5: João comprou 01 bitcoin em 01/01/2018 pelo valor de R\$ 15.000,00. Em 30/03/2018, a bitcoin de João valia R\$ 35.000,00. João a vendeu na corretora e o seu valor ficou disponível para saque.

Pergunta-se em quais casos incide o IR e se tem algum caso que poderia ser compensado ou não tributado pelo referido imposto.

Antes de responder a tais indagações, o posicionamento da Receita Federal do Brasil, no “Caderno de Perguntas e Resposta da Receita”, temos 2 perguntas e respostas. A primeira:

As moedas virtuais devem ser declaradas?

Sim. As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regu-

latório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição.

Como vimos a Declaração de moedas virtuais no Imposto de Renda é obrigatória, e esta é de responsabilidade do cidadão, cabendo a este então a realização da devida declaração no campo correto do sistema da Receita Federal, conforme instrução do referido “Caderno de Perguntas e Respostas de Pessoas Físicas”.

Vejamos agora a segunda pergunta e resposta do Caderno da Receita Federal:

Os ganhos obtidos com a alienação de moedas “virtuais” são tributados?

Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais (bitcoins, por exemplo) cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação.

Com o conhecimento das informações acima já é possível responder aos casos citados acima. Para a melhor compreensão será utilizado o programa “GCAP – Programa de Geração de Ganhos de Capital”, da Receita Federal.

Atenção: Caso haja algum custo de corretagem por parte da corretora que realizou a transação esta poderá ser deduzida do valor alienado, para efeito de tributação.

A Lei nº 8.981, de 20 de outubro de 1995, em seu Art. 21, traz que: “o ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda, com as seguintes alíquotas”:

I - 15% (quinze por cento) sobre a parcela **dos ganhos** que não ultrapassar R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais); Grifei

II - 20% (vinte por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e não ultrapassar R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais)

II - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões

de reais) e não ultrapassar R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
III - 25% (vinte e cinco por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

III - 20% (vinte por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)

IV - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Conforme simulações realizadas pelo programa GCAP, observamos que o valor a ser tributado pela Receita Federal não é sobre o **ganho** acima de 35 mil, mas sim sobre o **valor** alienado/vendido acima de 35 mil, ou seja, tributando o cidadão em desacordo com a Lei.

Caso 1: João comprou a Bitcoin pelo valor de R\$ 38.000,00. Em 30/03/2018, vendeu por R\$ 90.000,00. Se subtrairmos os 90 mil pelos 38 mil, iremos obter o ganho de capital que João teve, sendo neste caso de R\$ 52.000,00. Mas João não transferiu para sua conta bancária, este valor ficou disponível para saque em sua corretora. Vejamos o que dispõe o Art. 43 do CTN: O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da **disponibilidade econômica** ^{Grifei} ou jurídica. Pelo que disciplina o Art. 43 o simples fato de estar disponível o valor, seja na corretora ou pelo banco, já poderá incidir o ganho de capital.

Neste caso o fato do valor em moeda corrente estar disponível para João já ocorre o fato gerador, pois João já obteve o ganho sobre o capital.

Dados da Apuração:

Valor de Alienação.....RS	90.000,00
Custo de Corretagem.....RS	900,00
Valor Líquido de Alienação.....RS	89.100,00
Custo de Aquisição.....RS	38.000,00
Ganho de Capital.....RS	51.100,00

Cálculo do Imposto:

Ganho de Capital.....RS	51.100,00
Alíquota Média.....%	15
Imposto Devido.....RS	7.665,00
Imposto Pago.....RS	0,00

Neste caso o imposto incide sobre R\$ 51.100,00, tendo como valor a pagar pelo contribuinte de R\$ 7.665,00.

Caso 2: João comprou 01 bitcoin em 01/01/2018 pelo valor de R\$ 38.000,00. Em 30/03/2018, João vendeu sua bitcoin por R\$ 90.000,00, mas transferiu para sua conta bancária o referido valor. Neste caso a resposta é a mesma do Caso 1, pois o fato que gera a obrigação de pagar o imposto sobre o ganho de capital não é o saque da corretora para a conta bancária do cidadão, mas sim o fato do valor estar disponível em moeda corrente.

Caso 3: João comprou 01 bitcoin em 01/01/2018 pelo valor de R\$ 38.000,00, em 30/03/2018, João vendeu sua bitcoin por R\$ 25.000,00 e transferiu para sua conta bancária. Neste caso podemos ver que João teve um prejuízo de 13 mil, e tal prejuízo não poderá ser deduzido do imposto de renda.

Caso 4: João comprou 01 bitcoin em 01/01/2018 pelo valor de R\$ 38.000,00. Em 30/03/2018, a bitcoin de João valia R\$ 90.000,00, mas João não a vendeu, se utilizou dela para comprar outras moedas virtuais. No caso em tela João não transformou a criptomoeda em moeda corrente, ou seja, a mesma não estava disponível, como não temos legislação no tocante a esta transação, não há que se falar em tributação.

Caso 5: João comprou 01 bitcoin em 01/01/2018 pelo valor de R\$ 15.000,00. Em 30/03/2018, a bitcoin de João valia R\$ 35.000,00. João a vendeu na corretora e teve um ganho de capital de 20 mil. Neste caso não incidirá ganho de capital, vejamos as imagens abaixo:

Dados da Apuração:

Valor de Alienação..... R\$	35.000,00
Custo de Corretagem..... R\$	0,00
Valor Líquido de Alienação..... R\$	35.000,00
Custo de Aquisição..... R\$	15.000,00
Ganho de Capital..... R\$	20.000,00

Cálculo do Imposto:

Ganho de Capital..... R\$	20.100,00
Alíquota Média..... %	15
Imposto Devido..... R\$	0,00
Imposto Pago..... R\$	0,00
O imposto devido é igual a zero tendo em vista que pelos dados digitados, não foi apurado ganho de capital nesta operação.	

Neste último caso vimos que não incidiu imposto a pagar, mas a mensagem destacada em vermelho pelo programa GCAP é errônea, pois ela trás a seguinte mensagem “O imposto devido é igual a zero tendo em vista que pelos dados digitados, não foi apurado ganho de capital nesta operação”, na verdade o programa traz o ganho de capital que João obteve, mas a alienação foi de 35 mil, sendo assim não sujeita à tributação.

O recolhimento do imposto sobre a venda de criptomoedas deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação. Se houve venda de criptomoedas em 2017, e houve ganho de capital acima de 35 mil reais, deve ser pago o imposto de 15% sobre o ganho agora, acrescido de multas e juros.

A multa aplicada é de 0,33% sobre o valor do imposto por dia de atraso (limitada a 20% do imposto) e os juros são equivalentes à variação da taxa Selic. O cálculo do imposto corrigido pode ser feito com a ajuda do programa Sicalc, da Receita Federal (LEWGOY, 2018).

6 CONCLUSÃO

A *bitcoin* nasceu tímida e com uma certa desconfiança, que, aliás, ainda paira em nosso cenário, mas tudo que é novo e revolucionário, sempre causa uma certa desconfiança, mas a cada dia ela e outras criptomoedas vêm se fortalecendo no cenário mundial, seja pela sua segurança ou pelo seu valor.

Este estudo de forma singela buscou dar uma base histórica e de funcionamento da *bitcoin*, desde a sua geração, comercialização, transação e guarda. Após, se adentrou nas questões tributárias, e ao analisar algumas situações, concluímos qual seria sua natureza jurídica e em quais tributos ela poderia ser incidente.

O tema proposto é pouco explorado pela nossa doutrina, e é importante que os doutrinadores possam voltar os olhos a essa inovação tecnológica e às mudanças que ela está realizando em nossa sociedade, para que possamos em um futuro próximo ter uma regulamentação que venha ao encontro não somente com a expectativa do Estado de arrecadar, mas também de trazer evolução tecnológica para nosso País.

O referido tema vem ao abrigo dos interesses do Estado e dos

contribuintes, pois a cada dia as criptomoedas vêm tomando espaço no mundo.

A conclusão foi a de que as criptomoedas não têm uma lei específica que as discipline, vimos com isso a complexibilidade de se identificar sua natureza jurídica. O fisco vem tratando as criptomoedas como ativo financeiro.

Conclui-se que não ocorre incidência tributária nos seguintes tributos: Taxa, Contribuição de Melhoria e CIDE. Mas poderá ocorrer nos Empréstimos Compulsórios.

Em relação aos Impostos, conclui-se que não há incidência nos seguintes impostos: IPI, ICMS, IOF e ISS. Também se observou que poderá haver incidência no ITCD e IR.

Por fim, este trabalho teve como objetivo esclarecer questões básicas sobre as criptomoedas e quais as suas implicações no Direito Tributário. O objetivo não foi de sanar todas as dúvidas inerentes à matéria, até porque o tema é extremamente novo, mas sim de trazer esse novo mundo ao Direito Tributário e incitar novos estudos e debates.

REFERÊNCIA

BRITO, A. D. CRIPTOMOEDA: Estudo de caso das bitcoins e seus efeitos fiscais no território brasileiro. *Trabalho de Conclusão de Curso*, (2016).

BROKER, O. F. (s.d.). FBS. Disponível em <https://ptfbs.com/glossary/financial-asset-29>, Acesso em 28/05/2018

BUENO, J. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, (2014).

COINBASE. Disponível em <http://www.coinbase.com>. Acesso em 17/03/2018.

COINMARKETCAP. (s.d.). disponível em <https://coinmarketcap.com/>. Acesso em 17/03/2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

CUNHA FILHO, M. d., & VAINZOF, R. *Jota*. Disponível em Jota: <https://www.jota.info/opinioao-e-analise/colunas/direito-digital/a-natureza-juridica-camaleao-das-criptomoedas-21092017>. Acesso em 02/06/2018.

CVM, C. d. (2017). CVM. Disponível em Comissão de Valores Mobiliários: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2018/relatorio_cvm_25_05_2018compressedrev.pdf. Acesso em 28/05/2018.

DINIZ, M. H. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, (2005).

FRANCO, A. -B. *CRIPATOMOEDAS - Melhor que Dinheiro*. São Paulo: *Empiricus*, (2018).

GOLIX. Disponível em <https://www.golix.com/>. Acesso em 17/03/2018.

KFOURI JR, A. K. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, (2016).

LEWGOY, J. *Exame*. Disponível em Exame: <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/como-declarar-bitcoins-e-outras-criptomoedas-no-imposto-de-renda/>. Acesso em 21/05/2018.

MATOS, Daniel Oliveira. Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10516&revista_caderno=26. Acesso em 20/05/2018.

MARTELLO, A. GLOBO. Disponível em G1: <https://g1.globo.com/economia/noticia/bc-decreta-liquidacao-extrajudicial-do-banco-neon.ghtml>. Acesso em 04/05/2018.

MENEZES, P. *Youtube*. Disponível em Youtube: https://www.youtube.com/watch?v=2s_0g-8tjjA Acesso em 02/06/2018.

MÜHLEISEN, M. *FMI*. Disponível em FMI: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/impact-of-digital-technology-on-economic-growth/muhleisen.htm>. Acesso em 04/06/2018.

NAKAMOTO, S. *Bitcoin*. Disponível em Bitcoin: <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, (2008), Acesso em 21/05/2018.

SALOMÃO FILHO, C. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros Editora, (2008).

SILVA, G. D. *A regulação do uso de criptomoedas no Brasil*. São Paulo: *Dissertação de Mestrado, Universidade Presbiteriana Mackenzie*, (2017).

SOUZA, J. *Contabeis*. Disponível em Contabeis: <http://www.contabeis.com.br/artigos/4563/fato-gerador-conceito-dos-principais-impostos/>. Acesso em 18/05/2018.

ULRICH, F. Disponível em <http://www.infomoney.com.br/imtv/programas/tv-lide/12-03-2018/em-9-anos-de-operacao-do-bitcoin-jamais-houve-um-caso-de-fraude-no-blockchain-diz-especialista>. Acesso em 15/03/2018.

ULRICH. *CFA*. Fonte: Conselho Federal de Administração: <http://cfaplay.org.br/debate-qualificado-criptomoedas/>. Acesso em 19/05/2018.

ULRICH, F. *Bitcoin: A moeda na era digital*. São Paulo: Mises Brasil, (2014).

VASCONCELLOS, T. *CONJUR*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-08/thiago-vasconcellos-uso-bitcoins-viavel-operacoes-societarias>. Acesso em 01/06/2018.



ESTADO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Fábio Ricardo Trad Filho¹

Paulo César Batista Nunes da Cunha²

RESUMO: O presente artigo surgiu a partir da necessidade de debater os pontos mencionados em 2016, quando o Supremo Tribunal Federal reverteu a jurisprudência construída na premissa da incompatibilidade da Execução Provisória da Pena frente ao Estado de Inocência trazido pela Constituição da República de 1988. Com a possibilidade reaberta pelo Supremo através do julgamento do HC 126.232/SP, passou-se a admitir que réus sejam presos fora das hipóteses de prisões cautelares antes do trânsito em julgado. Assim, inicia-se pontuando os avanços civilizatórios trazidos pela promulgação da Constituição, tais como a promoção de uma agenda de direitos humanos, a proteção jurídica de inviolabilidade de direitos fundamentais através das cláusulas pétreas e a engenharia constitucional e convencional de proteção a qualquer homem frente ao aparelho estatal. No segundo capítulo, faz-se uma retomada do conceito do Estado de Inocência através de doutrinas processuais penais e internacionais como Nereu Giacomolli, Aury Lopes Jr. e Valerio Mazzuoli Jr., evidenciando a necessidade de haver filtragem constitucional e convencional de toda a legislação penal e processual penal. Ainda, no mesmo capítulo, são esmiuçadas as razões apresentadas no parecer elaborado pelos professores Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró sobre a inconstitucionalidade do cumprimento da pena sem trânsito em julgado. No terceiro capítulo, é feita uma incursão pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, destrinchando os fundamentos usados no HC 126.232/SP e trazendo a exigência de se estabelecer uma decisão definitiva em caráter vinculante através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ajuizadas pelo Conselho Federal da OAB e de partidos políticos. Por fim, em nossas últimas considerações, ante os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais do próprio Supremo Tribunal Federal, apontamos ser inevitável que sejam pautadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade a fim de que o pronunciamento

1. Advogado. Graduado em Direito. Pós-graduando em Direito Processual Penal.

2. Analista Judiciário TJMS. Graduado em Direito. Especialista em Direito Processual Civil.

respeite a deliberação das instâncias democráticas, realizada em 2011, culminando na aprovação da lei n. 12.403 pelo Congresso, sancionada pela Presidência da República, que determinou que réus que não estejam cumprindo prisões cautelares aguardem em liberdade até que a sentença penal condenatória transite em julgado.

PALAVRAS-CHAVE: execução provisória da pena; estado de inocência, supremo tribunal federal.

1 INTRODUÇÃO

O marco inicial do ordenamento jurídico brasileiro foi a promulgação da Constituição da República de 1988, rompendo completamente com o viés autoritário que controlava o país. De aspecto democrático, a principal norma jurídica já aponta em seu primeiro artigo a dignidade da pessoa humana como um dos Fundamentos da República. Já quanto aos princípios que regem as relações internacionais, prescreve a prevalência dos direitos humanos.

Para Flávio Piovesan³, o fim da Guerra Fria contribuiu consideravelmente para que os direitos humanos se firmassem como uma pauta global relevante. Assim, o Brasil, acompanhando a nova agenda de direitos humanos, além de ter inserido um catálogo de direitos fundamentais, também inseriu mecanismos de proteção a esses direitos e abriu a possibilidade de que novos direitos surjam seja através do processo legislativo legal ou constitucional, seja através da incorporação de normativas internacionais.

Um exemplo desses mecanismos de proteção aos direitos fundamentais é o artigo 60 em que são apontadas cláusulas intangíveis e irredutíveis, como uma forma de preservar a identidade básica do texto, as chamadas cláusulas pétreas:

Art. 60, §4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

3. PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2015.

- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais⁴.

Gilmar Mendes, ao tratar das cláusulas pétreas, lembra em seu Curso de Direito Constitucional da alegoria de Ulisses que exige que os tripulantes de seu navio amarrem-no ao mastro para que possa atravessar sem perigos pelo mar das sereias, que tentariam seduzi-lo a afundar o barco.

No tocante aos direitos e garantias individuais, mudanças que minimizem a sua proteção, ainda que topicamente, não são admissíveis. Não poderia o constituinte derivado, por exemplo, contra garantia expressa no rol das liberdades públicas, permitir que, para determinada conduta fosse possível retroagir norma incriminante. Esses direitos e garantias individuais protegidos são enumerados no artigo 5º da Constituição e em outros dispositivos da Carta⁵.

Dessa forma, a hermenêutica jurídica deve ser orientada a preservar e garantir a máxima eficácia aos direitos individuais, especialmente aos consagrados no artigo 5º: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido. Cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.

Ainda, é importante apontar o §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, que, segundo a doutrina, é a cláusula de abertura constitucional à proteção aos direitos fundamentais por Tratados Internacionais. Assim, as previsões contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos também devem orientar a aplicação

4. BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 09 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso jul. de 2018.

5. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2012.

do direito brasileiro:

7.2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
8.2 Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa⁶.

Portanto, reconhecida a força normativa dos direitos individuais, em especial do Estado de Inocência em nosso ordenamento jurídico, convencional e constitucionalmente previsto, é preciso apontar seus efeitos.

2 ESTADO DE INOCÊNCIA

Apesar de possuímos Códigos Penal e Processual Penal ainda inspirados na legislação fascista de Rocco (Itália mussoliniana), alguns avanços conquistados a partir da redemocratização brasileira devem ser comemorados.

Além do entendimento firmado da necessidade de se realizar uma filtragem constitucional – para nós, assim como para Giacomolli⁷, Valério Mazuoli⁸, Aury Lopes⁹, deve ser feita não apenas filtragem constitucional mas também convencional – das normas ordinárias, é importante observar reformas pontuais como as realizadas no Código de Processo Penal em 2011 acerca das medidas cautelares.

A importância de ajustes legislativos é que, mesmo sendo pontuais, fortalecem o sistema processual penal como um todo, na medida em que os princípios irradiam entre si mesmos.

Uma interpretação constitucionalmente adequada passa pela noção de que o modelo constitucional do processo é uma base principiológica uníssona, na qual os princípios que o integram são vistos de maneira codependente. Ou seja, ao desrespeitar um dos princípios

6. BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 09 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso jul. 2018.

7. GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2016.

8. MAZZUOLI, Valerio. Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

9. JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2014.

afeta-se também, de forma reflexa, os outros princípios fundantes. Contudo, todos os princípios têm o seu conteúdo específico e diferenciador. Em outras palavras, tais princípios são vistos como codependentes no sentido de que, apesar de cada um possuir seu espectro de atuação próprio, eles formam uma base uníssona indissociável, na qual a observância a um princípio é condição para o respeito dos demais¹⁰.

Esse entendimento fica claro se pensarmos que apenas um julgador distante e imparcial pode assegurar o exercício do contraditório. Ou ainda, que não seria possível compreender a noção de *fair trial* se não houvesse a ampla defesa.

O Estado de Inocência é um dos princípios mais importantes da estrutura processual penal democrática, pois ele estabelece que todos nascem inocentes, cabendo exclusivamente ao Estado-acusação o dever e o ônus de persuadir racionalmente o julgador a rompê-lo¹¹.

Uma das grandes consequências da consagração do Estado de Inocência é justamente a regra da prisão como *ultima ratio*, uma vez que só poderia surgir um título executivo condenatório, após exercida plenamente a defesa, esgotados os recursos, tornando-se imutável a condenação.

Com a intenção de analisar o tema em debate, minutaram um lúcido parecer os eminentes Doutrinadores Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró¹².

O parecer teve por objetivo responder a duas questões centrais:

- 1) A garantia constitucional da presunção de inocência vigora até que momento da persecução penal, no processo penal brasileiro?
- 2) É compatível com a presunção de inocência determinar a prisão de um acusado, para início de execução de pena, em caráter provisório, antes do trânsito em julgado, quando ainda pendentes o julgamento de recurso especial ou extraordinário?

Para resolver tais indagações, iniciam perpetrando um breve retrospecto da gênese do Instituto da Presunção de Inocência, resgatando as raízes deste que é princípio basilar dos Estados Democráticos de Direito. Esclarecem os pareceristas:

10. BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do Processo Penal. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2011.

11. GIACOMOLLI. Opus citatum.

12. BADARÓ, Gustavo Henrique. JÚNIOR, Aury Lopes. Presunção de Inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Parecer). 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em jul. 2018.

Nos diplomas internacionais de direitos humanos, a análise poderia começar pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Francesa, em 1798:

9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Trazem também outros documentos históricos da humanidade em que este princípio veio a ser consagrado (Convenção Europeia de 4 novembro de 1950, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, o Pacto de San José da Costa Rica de dezembro de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 6 de novembro de 1992).

Destacam que destes documentos importantes para a história jurídica da humanidade, o Pacto Internacional de direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos integram a legislação pátria, incorporados respectivamente pelos decretos nº 592/1992 e decreto nº 678/1992.

Esclarecem que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de hierarquia similar às normas constitucionais no ordenamento pátrio, possuindo natureza *supra legal* (Min. Celso de Melo). Esta constatação leva nos a consequência jurídica de que todas as leis ordinárias, anteriores à Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que colidirem com estas não terão eficácia jurídica.

De sorte, que a onda punitivista que se forma, se encontrará em um tempo de maior serenidade com a lógica constitucional brasileira, consagrando novamente os tratados de direitos humanos ratificados pela ordem jurídica pátria, em especial no que tange ao direito da presunção de inocência, que nas palavras dos pareceristas:

O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana.

Os professores Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró lecionam que o princípio da presunção de inocência é decomponível em três aspectos:

a) Uma presunção política, que assegura a liberdade do acusado ante o interesse coletivo à repressão penal (garantia individual);

b) Técnico Jurídico: Como uma regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida relevante para a decisão de cada caso (*in dubio pro reo*);

c) Regra de tratamento do acusado, que não pode ser considerado e tratado como culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como determina a Constituição de 88 em seu artigo 5º LVIII.

Esta tríade de efeitos constitutivos do princípio em estudo, incide na dinâmica da persecução penal através do artigo mencionado alhures que é detentor de uma redação clara e que não permite malabarismos hermenêuticos:

Artigo 5º LVII CF: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Não obstante a luzente intenção do legislador, o plenário do STF, por 7 votos a 4, quando do julgamento do HC nº 126.292/SP, considerou ser possível iniciar a execução penal após a confirmação da sentença em segundo grau.

Aduzem os professores pareceristas: “A decisão restringe o arco temporal da garantia constitucional do artigo 5º *caput*, inc LVII, da Constituição, que estabelece como marco temporal final da presunção da inocência, o ‘trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ e não ‘até a confirmação de sentença em segundo grau’”.

Lucidamente continuam:

O STF é guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há de se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. É temerário admitir que o STF possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Trata-se de conceito assentado, com fonte e história.

Os argumentos dispendidos pelos Ministros para emanar tal decisão violadora da literalidade constitucional, foram merecedoras de aná-

lise no parecer em destaque:

Quanto ao argumento que obteve maior relevo nos votos vencedores, o de que após a decisão de um órgão de segunda instância, estaria analisada toda a matéria fática, tornando de difícil mutabilidade a situação jurídica e desta forma, permitindo a relativização da presunção de inocência, tornando possível a prisão após decisão de segundo grau, analisam os pareceristas:

Não é possível concordar com o argumento contido no acórdão, que se baseia em uma redução simplista demais da função dos recursos especial e extraordinário em sentido *lato*, além de confundir dois aspectos distintos da presunção de inocência: enquanto regra de julgamento, identificada com o *in dubio pro reo*, como solução a ser adotada em caso de dúvida no processo de valoração da prova, de um lado, e como regra de tratamento, de outro.

Há, afirmam os professores: “Diversos temas, envolvendo questões predominantemente de direito, e passíveis de ataque em recurso especial e extraordinário, que podem permitir uma alteração da decisão condenatória, seja para reforma-la para resultado absolutório, seja para reduzir substancialmente a pena imposta, muitas vezes até mesmo alterando a espécie de pena privativa de liberdade”.

Muito embora os recursos especial e extraordinário não se destinem a reanálise fática, estes importantes instrumentos jurídicos podem, evidentemente, reanalisar questões de direito que poderão influenciar de maneira positiva a situação do réu, nestes recursos se pode: Questionar os critérios de apreciação de prova, a (i)licitude das provas, a nulidade das provas, o valor legal das provas, a distribuição de seu ônus, o controle da motivação das decisões (Art. 93, IX da CF).

Em consequência da possibilidade de mutação das decisões proferidas em segundo grau, para o benefício do réu, através destes recursos de caráter excepcionais é que afirmam os professores no parecer em análise:

Portanto, o caráter extraordinário dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito (sublinhando que essa dicotomia “questões de fato x questões de direito é tênue, artificial e muitas vezes ilusória, sendo superada e manipulada

quando querem os tribunais superiores (mais espaço fértil para o decisionismo), não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena.

Um segundo argumento emanado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para justificar a tese da execução antecipada da pena é o de que os recursos especial e extraordinário são ausentes de efeito suspensivo, brilhantemente se posicionam os pareceristas Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

Trata-se de mais uma herança maldita na Teoria Geral do Processo que volta para assombrar o já fragilizado processo penal brasileiro. O *caput* do artigo 995 do novo código de processo civil, não é aplicável ao processo penal, por desconsiderar suas categorias jurídicas próprias. Há que se compreender que o problema (de se prender antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero problema de ‘efeito recursal’. É da liberdade de alguém que se está tratando e, portanto, da esfera de compreensão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência.

E continuam, “Recordemos Carnelutti, quando dizia que uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal era exatamente essa: Enquanto o processo civil se ocupa do ‘ter’, o processo penal lida com o ‘ser’. Portanto, é de outra coisa – que não mero ‘efeito’ recursal – que estamos tratando ao discutir a eficácia temporal da garantia constitucional da presunção de inocência”.

Um terceiro argumento emanado na decisão emanada pelo Supremo foi, também despudorada, no sentido de que como são “baixos” os números de Recursos Extraordinário e Especial admitidos, poder se ia admitir a execução antecipada, um disparate, combatido pelos Professores nestes dizeres:

É um argumento falacioso como foi, no passado, a crítica de Manzini à presunção de inocência, onde o processualista fascista disse que era irracional e paradoxal a defesa do princípio na medida em que o “normal das coisas” era presumir se o fundamento da imputação como verdadeiro. Equivale *mutatis mutandis*, a dizer: já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa, não são acolhidos, vamos presumir que são

infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois, Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de prequestionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral. Enfim, é um argumento inadmissível.

Há ainda em destaque uma problemática de absoluta impossibilidade de compatibilidade com a ordem jurídica processual penal, o enfrentamento a (in)constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que com a redação dada pela Lei nº 12.403 assegura:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Ora, trata-se de mais uma redação dada pelo legislador extremamente clara e incontroversa, que não deveria permitir manobras hermenêuticas incabíveis, na medida em que seus dizeres são claros, transparentes como a água.

O parecer analisa esta celeuma:

Na presente decisão não há sequer menção ao artigo 283 CPP e tampouco uma declaração fundamentada de sua inconstitucionalidade, pois ele é, completamente incompatível com a decisão proferida pelo STF. Como simplesmente ‘não aplicar’ o artigo 283 sem previamente declarar sua inconstitucionalidade?

A problemática foi muito bem tratada por Streck, no voto na Recl 2.645, quando diz: não se admite que seja negada a aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo sem antes declarar sua inconstitucionalidade.

Extrai-se portanto a inegável conclusão de um grave erro cometido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quando chega a uma conclusão que agride a Constituição Federal e a lei processual penal, quanto a esta última, sem declarar sua inconstitucionalidade, tornando-a mero adorno legal.

Outro argumento que foi proferido neste acórdão em análise foi o

argumento da demora jurisdicional e a conseqüente “sensação de impunidade” dos cidadãos perante o poder judiciário. Em que pese a notável constatação do abarrotamento das instâncias superiores, principalmente o STJ, anotam com precisão os pareceristas:

O argumento da (de)mora jurisdicional e da eventual ocorrência da prescrição são legítimos. A ilegitimidade está na “solução” dada: execução antecipada da pena, sem caráter cautelar.

E levantam um ponto que merece especial relevo, o STF no julgamento da ADPF n° 347MC/DF, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional das penitenciárias brasileiras.

E como conciliar que, o mesmo Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheça o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário e admita a execução antecipada da pena?. Reconhece a situação de colapso do sistema carcerário e profere uma decisão completamente descomprometida com a situação apontada, agravando-a substancialmente?

É como descobrir o hospedeiro de uma grave doença e em vez de pensar vias para neutralizá-lo, alimentá-lo ainda mais, fortalecendo o inimigo e conseqüentemente a chaga que virá a nos afligir.

Ao final, exsurgem respostas às duas questões centrais propostas ao parecer:

1) A garantia constitucional da presunção de inocência vigora até que momento da persecução penal, no processo penal brasileiro? O texto constitucional brasileiro é expresso em estabelecer um marco temporal para a garantia da presunção de inocência, que nos precisos termos do inciso LVII do *caput* do artigo 5º, vigora “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendida essa expressão, em seu significado técnico, de momento da passagem da sentença de condição de mutável à de imutável, marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência de coisa julgada.

A conclusão de Gustavo Badaró e Aury Lopes é clara: não apenas a Constituição mas também a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Código de Processo Penal apontaram que o Estado de Ino-

cência persiste até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Já quanto ao segundo quesito:

2) É compatível com a presunção de inocência determinar a prisão do acusado, para início de execução da pena, em caráter provisório, antes do trânsito em julgado, quando ainda é possível interpor ou está pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário? A resposta é negativa. Durante o prazo recursal em que é possível a interposição de recurso especial ou extraordinário, ou mesmo após a interposição de tais recursos, mas antes de seu julgamento final, ainda não houve o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, vigorando a regra de tratamento do acusado, decorrente da presunção de inocência, que veda equipará-lo ao condenado por sentença definitiva, sendo inconstitucional antecipar seu cumprimento de pena.

Assim, continuam, se o Estado de Inocência persiste até o trânsito em julgado, não há como permitir que um inocente cumpra pena, como se culpado fosse.

Por fim, não menos importante, o célebre entendimento dos professores Ada Pellegrini, Antonio Scarance e Antonio Magalhães:

Não parece razoável, à luz da disposição constitucional, que se possa falar em execução, definitiva ou provisória, do julgado penal ainda não definitivo, no tocante à aplicação da pena, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito. Aliás, a própria Lei de Execução Penal (n. 7.210/84) só prevê a expedição da guia de recolhimento para a execução transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade (art. 105). Com relação às penas restritivas de direitos, o art. 147 da LEP igualmente exige o trânsito em julgado da sentença condenatória. E também o art. 160, do mesmo diploma estabelece que a audiência admonitória do sursis só é realizada depois de transitada em julgado a sentença condenatória¹³.

Portanto, pela leitura de respeitadas doutrina como Nereu Giacomolli, Aury Lopes Jr., Gustavo Badaró, Ada Pellegrini, vê-se que não

13. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. GRINOVER, Ada Pellegrini. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

há respaldo legal ou constitucional em nosso ordenamento jurídico que permita o cumprimento de pena por réu que ainda se encontra sob o manto do Estado de Inocência.

Seja por uma análise principiológica da dimensão dos direitos previstos na Constituição e no Pacto San Jose da Costa Rica, ou por uma análise procedimental de acordo com o Código de Processo Penal e com a Lei de Execução Penal, a ausência de suporte normativo impede que essa possibilidade possa ser legitimamente reconhecida, por melhores que sejam as intenções do intérprete.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão torna-se ainda mais complexa a partir do momento em que observamos a oscilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que bastam a troca de alguns ministros, para que se alterem entendimentos.

Mesmo com a promulgação da Constituição da República em 1988, o Supremo Tribunal Federal manteve como entendimento dominante a possibilidade da Execução Provisória da pena. Contudo, começou a surgir uma jurisprudência divergente para os *Habeas Corpus* distribuídos perante a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – composta por Eros Grau, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ellen Greice, Menezes Direito.

Em 2008, foi afetado o *Habeas Corpus* 84.078/MG¹⁴ de relatoria do Ministro Eros Grau para julgamento em plenário. Então, firmou-se entendimento majoritário sobre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena por conflito com o princípio do Estado de Inocência.

A partir do entendimento consolidado, houve reforma ao Código de Processo Penal através da Lei Federal n. 12.403/2011, de forma a alterar diversos aspectos referentes a medidas cautelares penais¹⁵.

Além de apontar as possibilidades, tipos e requisitos das medidas

14. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Habeas Corpus 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau. DJU 26/02/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84078&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em jul. 2018.

15. BRASIL. Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1>. Acesso em jul. 2018

cautelares, foi alterado o artigo 283, que passou a constar:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva¹⁶.

Assim, a própria legislação ordinária apresentou explicitamente a necessidade da ocorrência do trânsito em julgado para cumprimento de pena, permitindo a prisão durante o processo excepcionalmente como medida cautelar.

3.1 Habeas Corpus 126.232/SP¹⁷

Em 15 de janeiro de 2015, foi impetrado *Habeas Corpus* contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu pedido de liminar no *writ* de número 313.021/SP.

Então, foi distribuído à Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob número HC 126.292/SP para relatoria do Ministro Teori Zavascki. Ao ser analisado monocraticamente pelo relator, foi concedida liminar, negando aplicação à Súmula 691 do STF que veda o conhecimento de *Habeas Corpus* contra decisão de indeferimento liminar, para determinar a expedição de Alvará de Soltura.

A Procuradoria-Geral da República, por seu subprocurador-geral Edson Oliveira de Almeida, opinou a favor da concessão da ordem, bem como do afastamento da súmula 691 pela excepcionalidade do caso:

Penso que a excepcionalidade do caso permite superar o óbice da Súmula 691.

Com efeito, embora a sentença tenha permitido ao réu recorrer em liberdade, o Tribunal de Justiça, ao negar a apelação, decretou a prisão preventiva, afrontando assim a proibição da reformatio in pejus. Embora, em tese, seja possível a decretação da prisão preventiva por fatos supervenientes à sentença, esse não é o caso

16. BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-3689Compilado.htm>. Acesso em jul. 2018.

17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus 126.232/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. DJU 17/05/2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em jul. 2018.

dos autos, donde a ilegalidade da prisão antes do trânsito em julgado da condenação.
Isso posto, opino pela concessão da ordem.

Quando apresentado em mesa para julgamento pelo relator, houve votação unânime na Segunda Turma - composta pelos ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Roberto Barroso e Celso de Mello - para afetação do *Habeas Corpus* ao plenário.

Assim, em 17/02/2016 foi iniciado o julgamento do mérito do *Habeas Corpus* 126.292/SP para definir o alcance da presunção de inocência e relacioná-la ao equilíbrio e à efetividade do sistema de justiça criminal.

Inicialmente, o relator Teori Zavascki apresentou um panorama da jurisprudência sobre o tema após a promulgação da Constituição da República de 1988, citando precedentes em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a execução provisória da pena frente à presunção de inocência, até o julgamento do paradigmático *Habeas Corpus* 84.078/MG.

Para Zavascki, a presunção de inocência foi incorporada à ordem jurídica brasileira especialmente como direito de ordem processual, de forma a possibilitar que o ônus seja sempre responsabilidade da acusação. Contudo, a partir do exercício do duplo grau de jurisdição, exaure-se a competência para julgar fatos e provas, uma vez que os recursos dirigidos às instâncias extraordinárias possuem restrições de análise aos aspectos jurídicos.

Baseando-se no voto proferido pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 85.886, Teori traz exemplos de países em que esgotado o duplo grau de jurisdição, inicia-se cumprimento de pena como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina.

Por fim, Teori aponta que a interposição de recursos às instâncias extraordinárias além de ter uma baixa taxa de sucesso, muitas vezes mostra-se protelatória, visando a incidência de prescrição, uma vez que o último marco interruptivo do prazo prescricional seria a publicação de sentença ou acórdão recorríveis.

Assim, ainda que tenha havido algum equívoco nas instâncias ordinárias, o ordenamento jurídico possibilita diversos mecanismos para

correção, como medidas cautelares de efeito suspensivo ou o próprio *Habeas Corpus*.

No voto do Ministro Edson Fachin, critica-se o “apego à literalidade”, dizendo que a presunção de inocência não pode ser interpretada sem levar em consideração outros princípios, como a duração razoável do processo. Fachin pontua, também, acerca do sistema recursal pátrio que permite a interposição de recursos às cortes superiores apenas de forma excepcional. Assim, explicita ao longo de seu voto a intenção de dar efetividade às decisões jurisdicionais, sem proibir o uso de *habeas corpus* ou quaisquer outras medidas cautelares que visem conferir efeito suspensivo em determinados casos.

Luis Roberto Barroso inicia seu voto trazendo a oscilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema. Relembra que até o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, no qual foi realizada interpretação literal, o entendimento do plenário era pela compatibilidade da Execução Provisória com a Constituição. Logo após, inicia-se uma digressão acerca de Mutação Constitucional.

Barroso avalia que após ter firmado o entendimento da inconstitucionalidade em 2009, o próprio Tribunal se deparou com uma realidade descolada da teoria jurídica. Segundo ele, surgiram três consequências negativas: houve incentivo à interposição de recursos protelatórios, reforçou-se a seletividade penal e agravou-se o descrédito do sistema de justiça perante a sociedade.

Assim, o inciso LVII deveria ser interpretado de forma mais condizente ao também princípio constitucional da efetividade da lei penal. Ainda que a jurisprudência tenha se firmado em sentido diverso, o entendimento poderia ser alterado mesmo sem reforma do texto constitucional, em razão da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional.

Na segunda parte de seu voto, Barroso busca fundamentar a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão do segundo grau a partir da leitura de outros incisos do artigo 5º. Inicialmente nesta parte, aponta que a Constituição exige “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” para prisão.

Ainda, aduz que a regra constitucional da prisão permite diversas exceções como as prisões processuais cautelares, prisões para extradição, expulsão e deportação, que não afrontam a presunção de inocência.

Posteriormente, Barroso aponta ser a presunção de inocência um

princípio. Sendo um princípio, poderia sofrer limitações em caso de colisão com outro princípio de mesma importância. No caso, tal princípio colidiria com a duração razoável do processo e com o direito constitucional da segurança pública, uma vez que a pena deve cumprir sua função social. Assim, através da ponderação dos princípios, seria possível extrair a interpretação de que a presunção de inocência pode ser restringida quando pendentes apenas recursos de natureza extraordinária.

Barroso pontua, também, que a prisão após decisão colegiada em segundo grau se encaixaria aos preceitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que haveria “certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas.”, bem como a necessidade de “assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário”.

Assim, a prisão a partir de decisão confirmada em instâncias recursais ordinárias impediria o uso abusivo de recursos protelatórios bem como asseguraria a razoável duração do processo, ficando aberta a possibilidade excepcional de concessão de efeito suspensivo quando da interposição de recursos de natureza extraordinária.

A terceira e final parte do voto do Ministro Barroso trata de “Fundamentos Pragmáticos para o novo entendimento”, no qual se inicia dizendo que apesar da argumentação judicial ser essencialmente jurídica, os “casos difíceis”, que não possuem uma “solução pré-pronta”, guardam uma dimensão política, já que o intérprete teria função criativa para preencher cláusulas abertas do ordenamento jurídica.

Quanto ao caso julgado, o novo entendimento contribuiria para garantir equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, reduzir seletividade do sistema penal e quebrar o paradigma da impunidade.

Assim, haveria a diminuição na interposição de recursos aos Tribunais Superiores, através do restabelecimento do prestígio e da eficácia das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias. Também tal entendimento reduziria a seletividade do sistema penal já que, para Barroso, o atual sistema permite que pessoas com mais recursos financeiros não cumpram a pena.

Finalmente, Barroso ressaltou a necessidade de se realizar interpretação que confira maior efetividade ao sistema penal, para garantir a credibilidade do mesmo.

Já a ministra Rosa Weber, ao proferir seu voto, apontou a impor-

tância da segurança jurídica e da estabilidade da jurisprudência, manifestando-se contra revisão do que fora adotado em 2008, quando da ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG. Invocou os argumentos trazidos pelos ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio que apontavam a impossibilidade de antecipação ao cumprimento de pena, por ferirem frontalmente a disposição constitucional que garante o Estado de Inocência até trânsito em julgado do réu.

O Ministro Luiz Fux trata da presunção de inocência de acordo com o que está exposto na Declaração Universal de Direitos Humanos, que não menciona a expressão trânsito em julgado. Alega que o entendimento de que apenas o trânsito em julgado poderia elidir a presunção de inocência está em desconformidade com o que a sociedade brasileira esperaria.

Para Fux, a ideia de coisa julgada vincula-se à “imutabilidade da decisão”. Assim, com o esgotamento da instância ordinária, a matéria fática estaria também exaurida, restando aos tribunais superiores apenas a análise de questões relacionadas à Constituição da República e à legislação federal.

A ministra Carmen Lúcia traz em seu voto distinções entre as ideias de culpa definitiva e condenação. Para ela, a Constituição, ao mencionar que considera-se inocente até o trânsito em julgado, não impede que o réu seja considerado condenado e inicie o cumprimento dessa pena.

Eu, Senhor Presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-Relator, ou seja, considerarei que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado.

Importante consignar o voto do Ministro Gilmar Mendes no qual a presunção de inocência é analisada enquanto garantia processual que possui em seu núcleo essencial o ônus probatório exclusivo da acusação e impede o tratamento do acusado por culpado.

Ainda, aponta que tanto a Constituição de República de 1988 quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos conferem ao le-

gislador ordinário a possibilidade de atenuar a presunção de inocência, criando *standards*.

Já o Ministro Marco Aurélio, apesar de reconhecer a morosidade da justiça, afirma que, principalmente em momentos de crise, devem prevalecer os princípios e valores já estabilizados. Acompanha a divergência instalada por Rosa Weber na medida em que o texto constitucional traz em seu artigo 5º o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade vinculado ao trânsito em julgado.

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.

Assim, ainda que houvesse entendimento de que tal disposição não se configura cláusula pétrea, somente seria admitida alteração em seu alcance através do Poder Legislativo.

Celso de Mello inicia seu voto consignando a importância da presunção de inocência enquanto “conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder”.

Dessa forma, tal princípio veio encrustado em diversos documentos internacionais - citados como exemplos, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - que nortearam as sociedades civilizadas.

Segundo Mello, é evidente que a Constituição brasileira de 1988, símbolo da antítese da força opressiva estatal, consagra a Presunção de Inocência através do inciso LVII em seu artigo 5º, bem como através do artigo 8º, 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A necessária observância da *cláusula constitucional* consagradora da *presunção de inocência* (que só deixa de prevalecer *após o trânsito em julgado da condenação criminal*) representa, *de um lado*, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, *de outro*, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos.

Aponta a inadequação de análise das experiências de outros países, por possuírem Constituições que não albergam tal princípio. Portanto, em sua ótica, seria dever do Supremo Tribunal Federal garantir a Supremacia Constitucional e assegurar a presunção de forma compatível com o Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que a presunção de inocência não impede, nem se conflita com a possibilidade de prisões cautelares, desde que presentes seus requisitos.

Mello ainda menciona que além da hermenêutica jurídica já demonstrada, há dados que foram utilizadas quando do julgamento da ADPF 144/DF, apontando para o significativo percentual de 28,5% de provimento dos recursos criminais perante o Supremo Tribunal Federal. Por fim, são apresentados os dispositivos 105 e 147 da Lei de Execução Penal que versam sobre o trânsito em julgado da condenação como pressuposto de legitimação da própria execução.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirma que a Constituição é clara quanto ao alcance da presunção de inocência, não havendo, assim, margem para interpretações que possibilitem sua derrubada antes do trânsito em julgado da sentença.

Eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*.

Cita, também, lições de Ada Pelerini, Antônio Magalhães e Antônio Scarance sobre a incompatibilidade da Execução Provisória da Pena, uma vez que o efeito suspensivo dos Recursos Especial e Extraordinário interpostos pela defesa decorreria da própria leitura do texto constitucional.

Ainda, o Ministro Lewandowski apontou a incoerência da Corte em alterar a jurisprudência para possibilitar a Execução Provisória da Pena logo após reconhecer a completa falência do sistema prisional brasileiro na ADPF 347, que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, e no RE 592.581/MS, que determinou que o Estado indenizasse as pes-

soas presas em locais insalubres.

Por fim, faz considerações quanto às disposições do Código de Processo Civil que tratam com cautela sobre a possibilidade de haver uma reversão no processo perante as Cortes Superiores.

Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores.

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

Portanto, o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP terminou com o placar de seis votos favoráveis à possibilidade da Execução Provisória da Pena a partir da condenação nas instâncias ordinárias – ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes – e quatro votos pela sua incompatibilidade com a ordem constitucional – ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, ausente o ministro Dias Toffoli.

3.2 Ações Declaratórias de Constitucionalidade

Atualmente, tramitam perante o Supremo Tribunal Federal três Ações Declaratórias de Constitucionalidade distribuídas sob os números 43, 44, e 54, tendo sido ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Partido Comunista do Brasil, ambas sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

As três Ações visam a Declaração de Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em jul-

gado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Assim, a partir da decisão em controle concentrado, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, seria novamente derrubada a jurisprudência que afirma a possibilidade de execução provisória da pena.

Dirley da Cunha Júnior leciona que a principal característica desse tipo de ação concentrada é a existência de uma prévia dúvida sobre a aplicação de determinado instituto jurídico.

Sua razão de ser, e que lhe fornece a nota singular em face das demais ações diretas, consiste em solucionar, definitivamente, a dúvida ou incerteza existente a respeito da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, surgida em virtude de grave controvérsia judicial travada em sede de controle incidental, mas visando a confirmação da lei ou do ato questionado e a declaração de sua constitucionalidade. Daí a necessidade de prévia demonstração, como pressuposto de admissibilidade da própria ação, de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória¹⁸.

Assim, de acordo com Dirley da Cunha Júnior, a decisão, independente do resultado, terá efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Caso seja julgado procedente o pedido, os efeitos serão *ex tunc*, retroativos, em razão do reconhecimento da Constitucionalidade já existente.

Contudo, caso seja julgada improcedente, a lei ou ato será declarado inconstitucional, em razão da natureza dúplice da Ação. Assim, visando segurança jurídica, os efeitos da inconstitucionalidade poderão ser modulados por dois terços dos membros do Tribunal.

Após o fim do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP em 17 de fevereiro de 2016, que como dito anteriormente, alterou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foram protocolizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43¹⁹ e 44²⁰. As ADCs foram distribuídas nos

18. JÚNIOR, Dirley da Cunha. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Juspodivm. Salvador, 2014.

19. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipojulgamento=M>>. Acesso em jul. 2018.

20. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipojulgamento=M>>. Acesso em jul. 2018.

dias 19 de maio de 2016 e 20 de maio de 2016, subscritas por nomes como Antonio Carlos de Almeida Castro (Kakay) e Lenio Luiz Streck.

No dia 05 de outubro de 2016, houve julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no qual foram negados os seguintes pedidos cautelares:

a concessão de cautelar para que (a) não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e que sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado; (b) subsidiariamente, caso essa Corte indefira o pedido anterior, requer-se seja realizada, em caráter cautelar, interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, a fim de determinar, enquanto não se julgar o mérito da presente ação, a aplicação analógica das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP em substituição ao encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância; (c) por fim – se os pedidos cautelares formulados nos itens a e b não forem acolhidos – requer-se seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito desta ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição do recurso especial.

No ano de 2018, o Partido Comunista do Brasil ajuizou a ADC 54²¹, distribuída por prevenção ao relator Marco Aurélio. Uma vez que todas as ações já se encontram instruídas com memoriais de diversas associações e entidades cadastradas como *amicus curiae*, conforme informado por Marco Aurélio, se encontram prontas para julgamento, aguardando apenas pauta a ser designada pela Presidência do Supremo Tribunal Federal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de se ressaltar que a raiz axiológica deste princípio não teve sua gênese para defender réus mais abastados, tampouco para tornar impu-

21. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Ação Declaratória de Constitucionalidade 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em jul. 2018.

nes criminosos atroztes. Ao contrário, este princípio basilar de todo Estado Democrático de Direito tem nascedouro em tempos longínquos, especificamente no século XVIII, período do Iluminismo, onde existiu a evolução da persecução penal com a humana preocupação de se afastar das iniquidades cometidas pela Inquisição (odes, ordálias, torturas para confissões etc).

O princípio da presunção de inocência teve desta forma, como proeminente precursor na dogmática jurídica a Declaração dos Direitos do Homem, que veio a ser aprovada pela Assembleia Nacional Francesa do ano de 1798 (artigo 9º), aparecendo de maneira sólida em outros importantes tratados internacionais: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Convenção Europeia de Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos de San José da Costa Rica.

Ao passo em que o Brasil, como ente estatal é signatário de todos estes tratados de Direitos Internacionais que trazem em seu interior o princípio em estudo, e considerando que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário de número 466.343/SP²² considerou que as normas de tratados internacionais possuem o mesmo valor jurídico supralegal, é de se observar de maneira melancólica que a violação do princípio de presunção de inocência é uma dupla violação da máxima ordem jurídica, fato que nos revela a fragilidade institucional e jurisdicional de nosso Estado, que vem sendo refém de decisões populistas a revelia da própria lei.

Ora, não cabe ao judiciário o manto de herói nacional, tampouco este poder pátrio pode imiscuir se de superego da sociedade²³. Cabe a este órgão institucional brasileiro cumprir a lei, sempre à luz da hierarquia da pirâmide de Hans Kelsen: Em primeiro lugar a Constituição federal, a seu lado os tratados internacionais e abaixo destes todas as normas infraconstitucionais, tornando como consequência a invalidade de todas as normas de menor valia que conflitem com estas de maior relevância jurídica.

E, se nos tratados internacionais a existência do princípio em estudo já se mostra robusto, a Constituição Federal concretiza-o ainda mais,

22. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Recurso Extraordinário 466.343/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. DJU 04/06/2009. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>>. Acesso em jul. 2018.

23. MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da Sociedade. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

dando à presunção de inocência o próprio marco de seu ocaso, qual seja: o Trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O texto constitucional é extreme claro no que tange à presunção de inocência:

Art. 5º LVII- *Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.* (grifo nosso).

Quanto à importância jurídico processual deste princípio, cabe colacionar o parecer emanado por Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

Não seria exagero considerá-la pressuposto de todas as outras garantias do processo. Trata-se de garantia que marca a condição do acusado como sujeito de direito no processo penal.

Tal assertiva é absolutamente coerente, sobretudo quando analisada a realidade do sistema jurídico penal de nosso país, que encarcera sobretudo jovens periféricos, negros e de classes sociais vulneráveis, já tratados diuturnamente em suas vidas civis como indignos das garantias humanitárias básicas, e que veem se animalizados e prejudgados na condição de réus e quando chegam a esta situação, quase que a totalidade acaba por detrás das grades das inumanas prisões tupiniquins.

É preciso, dadas as conjunturas, um esforço acadêmico para que se faça valer a tríade do princípio da presunção de inocência: 1- O dever político de tratamento de impedir o avanço punitivo estatal sobre qualquer cidadão acusado de um crime; 2- O dever técnico jurídico, como norma de julgamento (*in dubio pro reo*), sempre que a dúvida se sobreponha à cabal certeza na análise fático probatória; e 3- o dever de tratamento do réu, para que não seja, até a sentença penal condenatória transitada em julgado, tratado como se culpado fosse.

Os órgãos punitivistas, que são os responsáveis pela superpopulação carcerária brasileira (654.372 presos no país, sendo que destes 34% provisórios²⁴), endossando o discurso do medo provocado pela mídia, recentemente quando do julgamento do HC 126.292/SP: STF que reconheceu a constitucionalidade da prisão após 2º grau, argumentavam favor da medida punitiva que fazia-se possível a possibilidade da prisão

24. BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>

após 2º grau, aduzindo que haveria se encerrada a análise fático probatória, autorizando o início da execução da pena.

Trata-se de uma visão absolutamente reducionista da Constituição de 88, que translucidamente estende a tríade da presunção de inocência até o efetivo trânsito em julgado condenatório.

A miopia é estarrecedora nesta interpretação, sobretudo porque a CF88 foi escrita para ser cumprida. Ora, se o constituinte objetivasse a possibilidade de prisão após o julgamento de segunda instância ele, evidentemente, redigiria o texto constitucional neste sentido, mas não foi o que ele fez, e o que ele fez de forma clara e incontestemente foi determinar o marco para a cessação deste princípio após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, os contornos políticos que inegavelmente atrelaram e inspiraram tal decisão afrontosa a Carta Magna, evidentemente se revestiram de uma seletividade da criminalização secundária.

Deve-se aduzir de maneira firme, que não cabe no contexto hermenêutico, por mais amplo e maleável que seja, uma interpretação do artigo 5º LVII, diferente do que seu texto, de maneira cristalina assegura.

Da mesma forma, é preciso perceber que a relativização de direitos e garantias individuais, conquistadas com sangue nas eras medievais e subjacentes, é medida atentatória contra o Direito de todos os cidadãos.

O fato é que, nosso malogrado país em termos de ética, sofre também com a (des)informação de um monopólio midiático, que consegue manobrar a opinião pública, que por sua vez (mesmo que não devesse), pressiona a opinião dos Ministros do Supremo.

Este Supremo Tribunal Federal que relativizou e tornou possível a execução antecipada da pena de prisão, é o mesmo que rechaça sucessivamente a permissão para se executar acórdão de órgão de segundo grau, quando o assunto é na seara cível, no campo patrimonial. É assumir como instituição que o direito ao patrimônio, hoje para a Suprema Corte do Brasil, é inferior ao direito à liberdade e seus corolários, esta constatação é de uma natureza tão ignóbil que vale a pena a reflexão contínua sobre o que o guardião da Constituição vem sedimentando em suas decisões, neste sentido, vale a leitura de parte do voto do decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 96.059 de 2009:

A corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

E é exatamente o que, desta vez as claras, assentou o STF quando do julgamento do HC recente, elevou o direito ao patrimônio, enquanto diminuía o direito a liberdade.

Ora, a exposição do Ministro Barroso, aqui já comentada, no sentido de que a “sociedade cobra por resultados jurídicos” é assaz perspicaz, mas no sentido cínico. Sim, a sociedade cobra resultados eficientes da justiça, mas a eficiência jurisdicional é atrelada ao sentido condenatório, punitivo, inquisitivo? Mais vale a pena prender rápido, mas prender injustamente?

Neste ponto vale colacionar a célebre frase de Voltaire: “Mais vale um culpado solto, do que um inocente preso”.

Não há aqui apelo à emotividade, basta apenas uma gota de humanismo no oceano da razão para aferir como correta a frase de Voltaire, e, de maneira respeitosa, maledicente o voto do Ministro Barroso, individualmente e dos seis ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram a favor da execução antecipada da pena, por um motivo: este mesmo Supremo Tribunal Federal, havia declarado, em julgamento liminar da ADPF 347²⁵, o Estado de Coisas Inconstitucional das prisões brasileiras. Inclusive, ministros que votaram a favor da execução antecipada da pena, são os mesmos que declararam o estado de coisas inconstitucional dos presídios. Interessante colacionar parte do voto do Exmo. Ministro Edson Fachin, favorável à execução antecipada da pena:

Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetiva – um dia – reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência.

25. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. DJU 11/09/2015. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em jul. 2018.

Vale a questão: Evidentemente com a assunção para se prender antecipadamente, para onde irão os executandos provisórios? Ora, aqui a ironia sorri: A decisão, de viés absolutamente inconstitucional, da antecipação da execução penal, enviará centenas de milhares de brasileiros para as prisões, que foram declaradas como integrantes do Estado de Coisas Inconstitucionais de nosso país.

É o inconstitucional recolhendo a inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. JÚNIOR, Aury Lopes. Presunção de Inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Parecer). 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em jul. 2018.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do Processo Penal. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2011.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 09 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso jul. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1>. Acesso em jul. 2018

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&class e=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em jul. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&class e=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em jul. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Ação Declaratória de Constitucionalidade 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&class e=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em jul. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. DJU 11/09/2015. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em jul. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Recurso Extraordinário 466.343/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. DJU 04/06/2009. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>>. Acesso em jul. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Habeas Corpus 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau. DJU 26/02/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84078&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em jul. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Habeas Corpus 126.232/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. DJU 17/05/2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em jul. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. GRINOVER, Ada Pellegrini. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2016.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2014.

JÚNIOR. Dirley da Cunha. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Juspodivm. Salvador, 2014.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da Sociedade. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

MAZZUOLI, Valerio. Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2012.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2015.

A NATUREZA DA FUNÇÃO ESTATAL EXERCIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

Flavia Garcia Cabral

RESUMO: Este artigo investigará qual a natureza da função exercida pelo Tribunal de Contas da União. Havendo uma indeterminação doutrinária sobre como enquadrar a função desempenhada pelas Cortes de Contas no Brasil, mostra-se essencial o entendimento da questão de modo a compreender o papel desempenhado pelo TCU.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Contas; natureza jurídica; função administrativa.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DO CONTROLE FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIO E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 2. DAS FUNÇÕES ESTATAIS. 3. DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. 4. A POSIÇÃO DO TCU ENTRE OS PODERES. 5. A NATUREZA DA FUNÇÃO DO TCU. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A instituição centenária do Tribunal de Contas da União vem ganhando cada vez mais destaque e atenção por parte da sociedade civil, tudo devido aos resultados do exercício de suas atribuições previstas constitucionalmente.

Sem embargo, ainda hoje pairam dúvidas e questionamentos no que concerne à atuação deste órgão, bem como sobre sua fisionomia, estruturação e natureza.

Dentre os diversos questionamentos que permeiam a referida instituição, bem como os Tribunais de Contas das demais esferas federativas, um que representa a problematização deste artigo repousa

em compreender que tipo de função exerce a Corte de Contas no Brasil. Sua atuação se enquadraria em uma das três funções estatais clássicas? Em qual delas? Seria uma nova função autônoma?

Desta forma, pretende-se, neste breve ensaio, indicar qual seria a natureza das funções exercidas pelos Tribunais de Contas no Brasil (utilizando-se como paradigma a figura do Tribunal de Contas da União).

A compreensão sobre qual a função exercida por determinada instituição é fundamental para conhecer os limites dos atos que são praticados, bem como os efeitos que a ordem jurídica lhes atribui.

Para a finalidade proposta, inicialmente se discorrerá acerca do controle financeiro-orçamentário exercido por órgão externo ao Poder Executivo, com destaque para a figura do TCU.

Adiante, trabalhar-se-á a questão das funções estatais, com ênfase para a função administrativa e seu conteúdo.

Por fim, será apresentada a discussão sobre qual a posição formal do TCU na ordem jurídica brasileira, bem como qual a natureza de suas funções.

Para a realização deste *paper*, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, possuindo natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica no que se refere aos meios.

I DO CONTROLE FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIO E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A sistemática do controle financeiro-orçamentário realizado não diretamente pela Administração Pública, mas sim por um terceiro órgão ou entidade, remete, historicamente, a dois tipos de justificação que, preliminarmente, mostram-se individualizados, mas que, derradeiramente, tendem a se afunilar em um modelo institucional semelhante (CABRAL, 2014, p.71).

As instituições superiores de controle financeiro, conforme as lições de Bruno Wilhelm Speck (2000, p.31), possuem duas fundamentações particulares: a primeira referente à preocupação gerencial de administrar bem os recursos públicos, vinculando-se ao âmbito da própria Administração Pública; a segunda fonte, diferentemente, seria a apreensão liberal com a limitação a ser conferida ao Poder Executivo.

Primeiramente, deve-se compreender que ambas as motivações não tiveram sua presença na formação dos Estados modernos de forma apartada, havendo, porém, uma aparição com intensidades diversas, em períodos históricos variados, materializando-se em distintas figuras institucionalizadas (SPECK, 2000, p.31). É justamente na individualização histórica quanto à forma de aparição predominante, relacionada com ambas as justificações versadas, que se faz capaz de entender os arranjos institucionais e políticos preponderantes na sistemática do controle financeiro-orçamentário contemporâneo de cada instituição em particular.

A primeira preocupação, de viés gerencial¹ tendente a aumentar a eficiência da administração, com base em análises weberianas, torna-se inseparável do processo de racionalização da administração, havendo, assim, a fim de cumprir esse mister, uma cisão entre os bens particulares e públicos; a disponibilização de materiais adequados à administração estatal; expansão das áreas fiscais, militares e judiciais; e a profissionalização dos serviços públicos (SPECK, 2000, p.32).

Deste modo, neste primeiro caso, as instituições superiores fiscalizadoras, vinculadas em essência ao Poder Executivo - aproximando-se muito de um instrumento de controle interno -, deveriam auxiliar o governo a evitar desperdícios e desvios de recursos públicos (SPECK; NAGEL, 2002, p.227). Sua função, portanto, mostrava-se dúplex: aumentar a eficiência das políticas públicas implementadas, expandindo desta feita a economia administrativa, e evitar irregularidades e desvios que acarretassem escândalos públicos hábeis a enfraquecer o precioso poder político.

Os primeiros casos históricos e emblemáticos que se amoldam à descrição *usos* apresentada remontam à Prússia, onde em 1714 foi introduzida a figura do *General-rechenkammer* pelo monarca Guilherme I. Conjuntamente, menciona-se ainda o controle em outros regimes absolutistas², a exemplo do Império Austro-Húngaro, em 1761 (SPECK,

1. O modelo gerencial de administração pública, adquirindo feições modernas e atendendo aos anseios contemporâneos, faz-se presente com grande força na estruturação estatal atual. Assim, "o modelo gerencial da administração pública, em geral, pode ser representado por dois pilares fundamentais: a fixação de objetivos e a realização de avaliação. Ressalta-se que decorre da fixação de objetivos a realização do planejamento estratégico, a descentralização administrativa e a delegação de autoridade. No fundamento avaliação, há necessidade de se considerarem os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade" (MATIAS-PEREIRA, 2000, p.89).

2. Ainda que a razão de ser da prestação de contas remonte, dentre outras razões, aos princípios republicanos e democráticos, deve-se ter em mente que a fundamentação aqui apresentada repousa muito mais em um controle em prol do próprio regime absolutista do que da coletividade. Como consequência, havendo um controle que se aproxima do

2000, p.32-33).

O segundo aspecto fundante, qual seja, o controle a ser exercido sobre o Poder Executivo, pode ser sintetizado pelas palavras de Bruno Wilhelm Speck e José Nagel (2002, p.227):

As instituições originalmente vinculadas ao Legislativo decorreriam da necessidade de apoiar este poder em sua tarefa constitucional de exercer o controle externo sobre a administração. Com o crescimento do aparelho estatal, tanto em volume como em complexidade, tornou-se indispensável a existência de um órgão auxiliar para desempenhar essa função de forma permanente e competente.

A preocupação liberal, como o ideal de limitação do poder e responsabilização de agentes públicos, teve seu termo inicial nos organismos representativos já presentes na Idade Média. Embora inicialmente essas entidades representativas tivessem sua fundação e funcionamento de forma esporádica, com o passar do tempo e exigências da própria máquina estatal, transfiguraram-se em órgãos de atuação permanente, desenvolvendo profissionalmente os debates acerca da política nacional financeira e orçamentária (CABRAL, 2014, p.74).

Em uma fase posterior, observa-se a transferência dos indigitados trabalhos para comissões especializadas. Esta descentralização, instrumentalizada por meio de comissões internas e instituições externas de assessoramento, representou, desta feita, a relevância da função da fiscalização fiscal pelos órgãos parlamentares. Tem-se, sob este aspecto, o parlamento inglês como o precursor na instalação dessas entidades, criando-se, em 1861, o Comitê de Contas Públicas no Parlamento Britânico (SPECK, 2000, p.34).

A situação versada respeitante à Prússia e à Inglaterra, representantes maiores dos dois modelos ideais do controle financeiro exercido por Entidades Superiores de Fiscalização, o gerencial e o liberal, respectivamente, atualmente constituem nítidas exceções ao funcionamento e fundamentos das Entidades Fiscalizadoras Superiores

modelo interno, o funcionamento da administração tende a ser aperfeiçoado, atingindo, por conseguinte, mediata e imediatamente, os administrados, ainda que não tenham sido eles os objetos primeiros do controle institucionalizado das finanças nos regimes absolutistas. No entanto, Antônio Roque Citadini (1995, p.12) bem recorda que em Estados não-democráticos ou ditatoriais é de prática comum a extinção dos órgãos de controle ou a redução drástica de suas competências.

presentes nos diversos Estados. Os modelos presentes tendem a “conciliar, de alguma forma, funções gerenciais de aumento da eficiência do sistema e funções liberais de responsabilização dos agentes” (SPECK, 2000, p.34), buscando, deste modo, conjugar o trabalho em prol da administração, corrigindo os desequilíbrios e excessos existentes, bem como auxiliar o Poder Legislativo a proceder a responsabilização dos agentes públicos e dos demais sujeitos que malversam os bens e dinheiro estatais.

Trazendo a situação do controle externo da Administração Pública exercido por Entidades Superiores de Controle no Brasil, temos que, sem desconsiderar outras instituições e mecanismos, ele é exercido prioritariamente pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU) (artigo 71, *caput*, da Constituição Federal).

Sobre o controle externo, sua destinação primordial, de forma ampla, consiste em comprovar, segundo a lição de C. Alexandre Amorim Rocha (2003, p.223-251): a) a probidade dos atos da Administração; b) a regularidade dos gastos públicos e do emprego de bens, valores e dinheiro públicos; c) a fiel execução do orçamento.

A figura do TCU no Brasil, sem se pretender esmiuçar o aspecto histórico desta Corte de Contas, reporta-se ao jurista Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda no Governo Provisório, que em 1890 encaminhou ao Marechal Deodoro da Fonseca o Decreto nº 996-A, prevendo a criação de um Tribunal de Contas, “ao qual incumbiria a revisão e o julgamento de tôdas as operações concernentes à receita e despesa da República” (BARBOSA, 1999, p.253).

Posteriormente, todas as Constituições brasileiras previram em seu texto a figura do TCU, alternando-se com competências em maior ou menor medida, eclodindo na Constituição Cidadã de 1988, que prevê em seu artigo 71³ o rol mais amplo de atribuições voltadas à Corte de

3. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades

Contas.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (1999, p.168) sintetizou com inteligência sobre a figura desta Corte de Contas, expondo que

O Tribunal de Contas, no Brasil, é uma instituição com raiz constitucional, deliberando de forma colegiada, incumbida de julgar a boa e regular aplicação dos recursos públicos e auxiliar o Poder Legislativo na realização do controle externo da Administração Pública e no julgamento das contas anuais dos chefes do Poder Executivo.

É justamente em relação a essa instituição de controle, a Corte de Contas, que se pretende investigar que espécie de função é por ela exercida no Brasil.

2 DAS FUNÇÕES ESTATAIS

A palavra função na ordem jurídica é comumente trabalhada sob duas vestes ímpares - ainda que não incompatíveis: na primeira, indica certa espécie de poder; na segunda, reporta-se a uma forma de atividade (MODESTO, 1995, p.101).

Em relação à primeira perspectiva, Guido Falzone (1953, p.36) escreve que “ao sujeito investido de um função, para a sua realização, e para o alcance dos fins inerentes a ela, o ordenamento jurídico atribui

-
- administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
- V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
- VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
- VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
- VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
- IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
- X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
- XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.
- § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.
- § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.
- § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.
- § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

determinados potestades ou poderes”.⁴ Prossegue o jurista italiano esclarecendo que dentre as significações para essa ideia de poder, mostra-se mais oportuno utilizá-la como a capacidade de agir do sujeito jurídico, isto é, a possibilidade, dada pelo direito objetivo, a um sujeito jurídico de determinar a produção de determinados efeitos jurídicos (FALZONE, 1953, p.36-37).

Com sentido diferente, a compreensão de função também pode ser notada na aceção de atividade. Aqui, “trata-se de uma mera síntese verbal de uma multiplicidade de tarefas, positivamente individualizadas, atribuídas à Administração” (CASSESE, 2009, p.23).⁵

Para o mexicano Gabino Fraga (2000, p.26), função adquire a concepção de atividade, estando intimamente relacionada às atribuições do Estado, embora não sejam sinônimos. Enquanto as atribuições compreendem o conteúdo da atividade do Estado, o que ele pode ou deve fazer, a função se refere à forma da atividade estatal, é dizer, à maneira pela qual o exercício das atribuições é desempenhado.

Desta forma é o que apresenta também Nicola Abbagnano (200,7, p.472-473), ao definir função em um contexto filosófico, indicando que comumente trata-se de uma operação ou atividade, decorrente, nesse sentido, da palavra grega *ergon*, da forma como era utilizada por Platão.

Sem prejuízo da possibilidade de convivência de ambas as aceções, para o Direito Administrativo contemporâneo, em particular no sistema jurídico brasileiro estruturado pela Constituição de 1988, o foco da função deve ser voltado com mais vigor para o exercício de uma atividade e não para o imaginário do poder.

Se é certo que a existência de poderes⁶ é essencial para o funcionamento de uma estrutura estatal, bem como para uma uniformização da atuação dos agentes públicos (MODESTO, 1995, p.102), sendo o regime jurídico público repleto de situações que conferem essa posição de poder a determinados sujeitos jurídicos, não menos correta é a concepção de que o poder somente existe de maneira ancilar, de modo a ser

4. Tradução de: “al soggetto investito di una funzione, per lo svolgimento della medesima, e per il perseguimento dei fini alla stessa connaturati, l’ordinamento giuridico attribuisce determinate potestà o poteri”.

5. Tradução de: “[...] si tratta di una mera sintesi verbale di una molteplicità di compiti, positivamente individuabili, attribuiti all’amministrazione”.

6. Há quem diferencie «poder» de «potestade», como fazem Miguel S. Marienhoff e Benjamin Villegas Basavilbas (1970, p.39): «No hay que confundir ‘poder’, que es atributo estatal, con ‘potestades’, que, en lo que respecta a su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública, pues ésta, ciertamente, tiene diversas potestades: la reglamentaria, la imperativa, la sancionadora, etcétera”.

instrumento ao cumprimento de deveres públicos, estes sim o foco de qualquer estudo/aplicação do Direito Administrativo.

Não por outra razão que Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p.102) há tempos acentua que as prerrogativas franqueadas à Administração Pública não devem ser denominadas de “poderes”, mas sim de “deveres-poderes”, uma vez que, com esse signo, ressalta-se sua índole própria e se atrai a atenção para o aspecto de subordinação do poder ao dever, sobressaindo o aspecto finalístico que o informa.

A figura do poder⁷ não pode mais servir como o âmago da atividade estatal, como era concebida em Estados policialescos, pelo menos não em sistemas jurídicos como o nosso, no qual o texto constitucional impõe o desempenho de atividades de modo a atender aos anseios e necessidades dos administrados. Estes sim são os detentores de todo o poder.

Assim sendo, a ideia de função tratada neste artigo, tão cara ao Direito, em especial ao Direito Administrativo, diz respeito à segunda acepção, isto é, de atividade. Abarca, então, mais precisamente, a concepção de atividade pública, constituindo um verdadeiro dever jurídico de agir, que só se legitima quando voltado ao cumprimento das específicas finalidades pertinentes (SUNDFELD, 2013, p.163).

Na mesma linha, em Celso Antônio Bandeira de Mello (1992, p.47) encontramos aquilatada passagem, na qual se retira que “função é o cumprimento obrigatório do dever de atingir uma finalidade antecipadamente estabelecida através do manejo dos poderes exercitáveis no interesse de outrem [...]”. Essa série de atividades confiadas ao Estado demanda, contudo, que se satisfaça um interesse de natureza social (FALZONE, 1953, p.24) ou, melhor dizendo, um interesse público.

Impossível não notar que a significação de função - na acepção de atividade - envolve o dever de se atingirem as finalidades legais; mas não só. Por se estar atuando em nome de outrem (os administrados), não se deve atingir a finalidade de qualquer sorte, mas sim por meio da melhor solução diante do caso concreto.

7. Massimo Severo Giannini (1991, p.138) indica que sequer poderia-se falar em Direito Administrativo nos momentos históricos em que o Estado só se expressa pela sua estrutura do poder: “Dejando a un lado los ordenamientos jurídicos generales preestatales y partiendo de la experiencia de éstos, desde su origen, hasta el final de los Estados del absolutismo, los poderes públicos ostentaban potestades que se manifiestan en actos de autoridad: los actos restrictivos de las libertades personales, las imposiciones tributarias, los actos de gravamen sobre bienes como las expropiaciones, la confiscación, etc. [...] ¿Qué son estos actos? Se dirá, después, por algunos, que son actos administrativos, pero la realidad es que el ‘derecho administrativo’ no existía”.

3 DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A função administrativa⁸, que se encontra ao lado das demais funções estatais classicamente formuladas por Montesquieu⁹, como a jurisdicional e a legislativa,¹⁰ pode ser compreendida sob diferentes perspectivas. Em uma visão, pode-se distinguir a função administrativa sob um aspecto a) objetivo, material ou substancial ou b) subjetivo ou orgânico. No primeiro, a função administrativa leva em conta a natureza jurídica interna da atividade desenvolvida, independente de quem a praticou, ao passo que o segundo somente considera como administrativa a função exercida pelo Poder Executivo ou os órgãos dele dependentes (MARIENHOFF; BASAVILBASO, 1970, p.55).

Apresentando uma divisão parecida, Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p.32-36) sintetiza os critérios¹¹ até então utilizados para caracterizar as funções do Estado, repartindo-os em: a) critério orgânico ou subjetivo; b) critério objetivo, que se desmembra em b1) critério objetivo material ou substancial e b2) critério objetivo formal. O primeiro deles (subjetivo ou orgânico) identificaria a função ao órgão que a exerce, ou seja, as funções executivas ou administrativas seriam aquelas que fossem exercidas por órgãos do Poder Executivo. O critério objetivo material, por seu turno, busca reconhecer a função por meio de seus elementos intrínsecos, que sejam da natureza da própria tipologia. Por último, o critério objetivo formal, adotado por aquele doutrinador, vin-

8. Renato Alessi (1950, p.5) define a função administrativa de maneira ampla como sendo “quella che implica una concreta attività, un’azione positiva, diretta, tra l’altro, alla tutela della sicurezza e dell’ordine del gruppo sociale; alla integrazione della attività individuale ove questa si riveli come insufficiente al suo compito che sia di interesse collettivo; alla prestazione di beni e di servizi necessari onde assicurare la conservazione, il benessere ed il progresso della collettività”.

9.“Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, 2000, p.165).

10. Não é novidade que a concepção das funções essenciais do Estado, como assumindo a natureza tripartida, seguindo a estrutura básica proposta por Montesquieu, não é questão inconteste. Ademais da aparição de outros estudos levantando novas funções, como a política ou de governo, atribuindo uma função fiscalizadora ao Poder Legislativo como lhe sendo típica ou mesmo a existência de novos atores no constitucionalismo moderno que desafiam essa singela divisão em três, há também os que reduzem as funções estatais em um menor número, a exemplo do que faz Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2010, p.50), para quem haveria somente a função jurisdicional e a administrativa (compreendendo as funções executiva e legislativa). Não obstante, lidaremos no texto com a concepção clássica mais bem difundida, sem prejuízo de aceitarmos a existência de novas funções estatais a depender da ordem constitucional sob análise.

11. É possível acrescentar a essa divisão o critério conhecido como negativo ou residual. Sobre este, Adolf Merkel (2004, p.10; 49) depõe que atividade administrativa seria o resultado de uma subtração, na qual se consideram todas as atividades do Estado, excluindo-se as de legislação e justiça (função jurisdicional). Também trabalha ele, com uma variação dessa vertente residual, no sentido de que essa atividade seria aquela exercida somente pelos órgãos executivos vinculados por relações de hierarquia e subordinação.

cular-se-ia às características “do direito”, extraíveis do tratamento normativo correspondente, independente de semelhanças materiais entre as atividades.

As críticas do administrativista paulista em relação aos critérios que não sejam o objetivo formal dizem respeito ao fato de, em relação ao orgânico ou subjetivo, não haver uma correspondência exata entre o sujeito que exerce a função e seu conteúdo, como pretende essa análise. Também refuta o critério objetivo material por entender que os elementos da função devem ser extraídos da própria ordem jurídica e não de seus valores intrínsecos (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p.32-36).

Vemo-nos forçados a concordar com a sobredita consideração. Em uma análise que se pretenda jurídica, tendo por objeto o sistema do Direito positivo, a apuração do que se entende por função administrativa merece ser realizada, em um sentido lógico-semântico, analisando-se justamente suas feições exteriores, mas que se encontram presentes dentro do próprio ordenamento.

Podemos intentar, então, apresentar algumas características da função administrativa que lhe são próprias, justamente por ser analisada sob a perspectiva jurídica: i) trata-se de uma função a ser exercida com um propósito muito claro, qual seja, a busca do bem comum (CASSAGNE, 1998, p.82) ou interesse público¹². Enquanto aos sujeitos privados é permitido almejar seus objetivos de cunho particular, muitas vezes egoísticos, o mesmo não cabe ao Estado no exercício da função de que ora se trata; ii) ademais, com fundamental importância, é exercida em um regime essencialmente - mas não necessariamente de sorte exclusiva - de Direito Público,¹³ o que lhe confere justamente a identidade objetiva formal; iii) não depende de provocação (aspecto típico da função jurisdicional), podendo/devendo ser exercida de ofício, sem prejuízo de casos nos quais também seja desempenhada mediante

12. Precisa conceituação de interesse público é encontrada na obra de Clovis Beznos (1989, p.14): “Caracteriza-se o interesse público pela interação Estado-coletividade-indivíduo, na persecução dos valores elencados como prevalentes, pelo Ordenamento Jurídico, aferíveis em dado segmento da realidade, que coloque em contraste interesses que se contraponham. Assim, interesse público é a síntese de interesses, compreendidos estes como valores jurisdicizados, da coletividade, organizada e submetida a um regramento jurídico, com afetação direta ao Estado-poder, que genericamente o titulariza”.

13. “Pero, no obstante que el bien común también puede alcanzarse a través de formas y regímenes jurídicos reglados por el derecho privado deben excluirse de la noción de función administrativa en sentido material todas aquellas actividades típicamente privadas, especialmente la actividad industrial y la comercial. Ello no es óbice para admitir la existencia, en tales casos, de actos de régimen jurídico entremezclado, que no trasuntan plenamente el ejercicio de la función materialmente administrativa” (CASSAGNE, 1998, p.82).

estímulo de terceiros; iv) para alguns, apresenta como traço a parcialidade, no sentido de que o Estado permanece como parte no seu exercício (ROCHA, 2013, p.48); v) possui um caráter de complementariedade em relação à lei e, algumas vezes, no que concerne diretamente à própria Constituição; vi) está sujeita a controle, seja interno, seja externo, inclusive pelo Poder Judiciário (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p.36).

Logo, função administrativa é aquela na qual o Estado, atuando como parte, em um regime essencialmente de Direito Público, pratica atos, de ofício ou mediante provocação, de modo a dar concretude às leis e também à Constituição, estando constantemente sujeita a diversas formas de controle, sempre visando ao alcance primeiro e último do interesse público.

4 A POSIÇÃO DO TCU ENTRE OS PODERES

Questões que têm gerado há anos debates na literatura especializada concernem ao entendimento sobre a natureza do Tribunal de Contas da União no Brasil, bem como de suas funções.

Comece-se pelo primeiro ponto. Qual seria a natureza do TCU? A resposta a esta pergunta implica, na maior parte dos estudos sobre o tema, definir a qual dos Poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) estaria aquela Corte atrelada. Quanto ao Poder Executivo, parece ser entendimento majoritário que o TCU não o integra.¹⁴ Seja pela menor influência – abstratamente considerada – na escolha dos seus membros, já que o Chefe do Executivo só tem a competência de indicar 1/3 da composição do Tribunal, seja pela incongruência em se admitir que o fiscalizador (TCU) estaria vinculado ao fiscalizado (Executivo) de alguma maneira hierárquica ou institucional (CABRAL, 2014, p.142-143).

Além disso, Dafne Reichel Cabral (2017, p.99) esclarece que apenas em uma pequena minoria de países esses órgãos estão vinculados diretamente ao Poder Executivo, ou porque se iniciaram como uma espécie de auditoria interna, alcançando posteriormente sua autonomia, ou mesmo em razão de escolhas políticas. Observa-se, de regra, que os órgãos de controle, quando vinculados ao próprio Poder Executivo, não

¹⁴. Como denota Odete Medauar (1990, p.123), “difícilmente se defenderia sua inclusão no âmbito do Poder Executivo”.

dispõem de um poder propriamente decisório, constituindo, na verdade, em mais uma etapa no processo burocrático, de natureza consultiva.

Seria então um órgão do Poder Judiciário? Odete Medauar (1990, p.123) espanca essa possibilidade, invocando, inicialmente, o artigo 92 da Constituição Federal, que elenca os órgãos do Poder Judiciário, sem ali incluir o TCU. No entanto, especialmente sob óticas de ordens constitucionais passadas, há quem entenda de modo diverso, chegando-se a assentar, no que concerne à Constituição de 1946: “Órgão do Poder Judiciário? Sim, se bem que de modo especial, como função. Como órgão, não, embora de semelhante composição. [...] Órgão do Poder Judiciário *sui generis*” (MIRANDA apud MARANHÃO, 1990, p.100).

E quanto ao Poder Legislativo? Esta aparenta ser a indicação mais sedutora¹⁵, tendo em vista, principalmente, o que dispõe o artigo 71, *caput*, da Carta Magna, que prescreve que o controle externo será exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Contudo, como vem repetindo insistentemente a doutrina sobre o assunto, auxiliar o Congresso Nacional não significa ser subordinado àquele, ou mesmo ser seu mero órgão auxiliar.¹⁶ Como destacado por Afonso Gomes Aguiar e Márcio de Paiva de Aguiar (2008, p.22), “pode parecer, à primeira vista, que há uma subordinação do TCU ao Poder Legislativo Federal. Entretanto, esta não é a interpretação que se harmoniza com a dicção dos demais dispositivos da Carta Magna concernentes ao Tribunal de Contas da União”.

Compreendendo a impossibilidade da manutenção da divisão absoluta e estática clássica entre os três Poderes, os autores têm proposto um enquadramento diferenciado ao TCU. Há quem entenda, a exemplo de Marçal Justen Filho (2006, p.27), que o Tribunal de Contas figure, na ordem constitucional brasileira, como um quarto Poder, pois “é correto afirmar que existem, no Brasil, cinco Poderes, porque o Ministério Público e o Tribunal de Contas recebem, por parte da Constituição Federal, um tratamento que lhes assegura autonomia estrutural e identidade funcional”; Eduardo Lobo Botelho Gualazzi (1992, p.187)

15. “Diante do incômodo de deixar o TCU flutuando no éter administrativo, a necessidade quase obsessiva de colocá-lo dentro da estrutura de algum Poder é mais do que compreensível. A associação ao Legislativo é quase que imediata. É tão automática que o legislador usualmente tende a adotá-la. É o que se faz nas leis orçamentárias e o que foi feito na Lei de Responsabilidade Fiscal, mas é somente isso” (CHAVES, 2009, p.106).

16. Em sentido contrário, Alexandre de Moraes (2009, p.432) averba que: “O Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar e de orientação do Poder Legislativo, embora a ele não subordinado, praticando atos de natureza administrativa, concernentes, basicamente, à fiscalização”.

define o TCU como “órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional”; mantendo ainda uma aproximação com o Poder Legislativo, mas não de forma subordinada, Francisco Eduardo Carrilho Chaves (2009, p.103) expõe que a doutrina majoritária tem entendido os Tribunais de Contas como “conjuntos orgânicos independentes, desvinculados de qualquer dos três Poderes, mas organizacionalmente incluídos na estrutura do Poder Legislativo”.

É nessa doutrina mais moderna que parece estar o melhor enquadramento da natureza e feições do TCU. De fato, embora pela leitura do artigo 2º do texto constitucional seja inconteste que a ordem jurídica pátria lida com os três Poderes classicamente propostos por Montesquieu, isso não implica que o Tribunal de Contas esteja estrutural e formalmente inserido em algum deles. Ainda que não seja possível se falar em um quarto Poder (devido à limitação lógico-semântica do próprio artigo 2º e demais enunciados da Constituição brasileira), é viável que tenhamos estruturas da Administração Pública que não estejam atreladas diretamente a algum dos três Poderes. Destarte, o TCU, na ordem constitucional brasileira atual, deve ser compreendido como órgão autônomo e independente, que não se encontra subordinado a nenhum dos Poderes clássicos, embora atue com eles de forma cooperativa, em especial com o Poder Legislativo, mas sem que isso prejudique uma atuação conjunta com os demais Poderes, possuindo competências que lhe são exclusivas e asseguradas constitucionalmente (CABRAL, 2014, p.145).

5 DA FUNÇÃO EXERCIDA PELO TCU

Outra celeuma que tem preenchido os escritos dos autores nacionais sobre a Corte de Contas brasileira diz respeito à natureza de suas funções, sendo que este debate tende a se confundir com a própria questão sobre a natureza do Tribunal. Dentre outros, o principal ponto de divergência se resume a saber se exerceria o TCU funções jurisdicionais ou não.

Defensor da primeira posição, isto é, que dentre as funções do TCU encontra-se a judicante, Evandro Martins Guerra (2007, p.168) explicita que

Mas, quando, em colegiado, as Cortes efetuam o julgamento das contas dos demais administradores públicos, está executando tarefa que lhe é peculiar, a função jurisdicional prevista na Carta Magna (art. 71, II), sendo sua decisão impossível de revisão pelo Poder Judiciário, salvo se houver vício de forma, posto que, antes da decisão de mérito, deve ser observado o devido processo legal. Assim sendo, sua atividade é também contenciosa.

Em igual sentido, sem se esgotar as opiniões que compartilham esse entendimento, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2008, p.147) assenta que “no atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício de função jurisdicional pelos Tribunais de Contas”.

A questão adquire contornos diversos quando analisada sob a ótica dos que não admitem o exercício da função jurisdicional pelo TCU. Odete Medauar (1990, p.125), por exemplo, posiciona-se contra a função jurisdicional do Tribunal de Contas, invocando que as palavras “Tribunal” e “julgar”, insculpidas na Constituição brasileira, bem como as garantias de seus membros, assemelhadas ao corpo da magistratura, levam ao engano que ora se discute, e acrescenta que o artigo 5º, inciso XXXV, do Texto Constitucional, ao prescrever que nenhuma lesão a direito será excluída da apreciação do Judiciário, faz com que qualquer decisão do TCU seja passível de análise judicial, demonstrando, assim, que as decisões do TCU não são dotadas de definitividade, característica inerente da função jurisdicional.

O debate, como visto, gira em torno do entendimento do que venha a ser a função jurisdicional, pois, adotando-se, *e.g.*, o critério objetivo formal, como o faz Celso Antônio Bandeira de Mello, somente há que se falar em coisa julgada nas decisões emitidas pelos órgãos do Poder Judiciário. *A contrario sensu*, ao se aceitar que a função jurisdicional também possa ser exercida de forma atípica pelos demais Poderes, como fazem muitos dos administrativistas brasileiros¹⁷, não haveria óbice no exercício da função jurisdicional atípica pelo TCU.

Mantendo-se coerência entre as premissas, adota-se aqui, como

17. DI PIETRO, 2017, p.70-72; CUNHA JÚNIOR, 2009, p.30; MEIRELLES, 2010, p.60-61.

visto, o critério objetivo formal para a caracterização das funções estatais. Desta maneira, por não decidir com força definitiva (coisa julgada), não é possível atribuir a função jurisdicional ao Tribunal de Contas.

De igual forma, em relação à função legislativa, não há como conformá-la às Cortes de Contas no Brasil. Pelo mesmo critério acima adotado (objetivo formal), a função legislativa diz respeito à edição de atos normativos primários, que têm o condão de inovar na ordem jurídica. Ainda que possa se cogitar de uma atuação normativa por parte dos Tribunais de Contas, quando da edição de seus regimentos internos, bem como da elaboração de demais atos administrativos de caráter geral, nenhum deles (pode) configura(r) a criação inédita na ordem jurídica brasileira, estando todos, pelo contrário, subordinados às leis e à Constituição.

Pelo caminho tracejado até aqui, parece fora de dúvida que as atividades desempenhadas pelos Tribunais de Contas no Brasil se subsumem à função administrativa.

Analisando qualquer uma das atribuições constantes no artigo 71 do texto constitucional, nota-se uma clara submissão ao conceito apresentado acima, uma vez que demanda a atuação sob um regime essencialmente de Direito Público, sempre atento ao cumprimento do interesse público, concretizando os mandamentos legais e constitucionais, estando os atos submetidos a mecanismos de controle (em especial pelo Poder Judiciário).

A esse respeito, sustenta Lucas Rocha Furtado (2013, p.140) que os atos administrativos do TCU têm suas peculiaridades em relação aos demais. Neste ponto discorre:

[...] exerce o TCU jurisdição administrativa e, portanto, são administrativos os atos por ele praticados. É certo que em função do sistema jurídico-constitucional que serve de amparo para as decisões do TCU [...] estes atos administrativos recebem do ordenamento jurídico tratamento especial e diferenciado em relação aos demais atos administrativos. Estão as decisões do TCU sujeitas a controle de legalidade pelo Poder Judiciário. O próprio Supremo Tribunal Federal, todavia, reconhece a necessidade de que o controle judicial seja efetivado de modo menos invasivo.

Sem embargo das colocações do autor acima, temos que não há

uma peculiaridade nos atos do Tribunal de Contas que demande uma caracterização diferenciada. Os limites do controle exercido quanto ao conteúdo das decisões do TCU ao realizar suas atribuições se referem justamente aos mesmos limites que o Poder Judiciário deve ter na análise do mérito¹⁸ dos atos administrativos em geral. Não se enxerga uma diferenciação¹⁹ quanto aos limites do controle a ser exercido pelo Judiciário²⁰ que não exista em relação aos demais atos administrativos (ainda que o conteúdo das atividades do TCU tenha características próprias, não difere quanto ao limite do controle que sofre do Poder Judiciário).

Por derradeiro, da mesma maneira não é possível invocar uma quarta função estatal (além das funções judicial, legislativa e administrativa), atribuída especificamente ao Tribunal de Contas.

De fato, conforme aponta Ricardo Marcondes Martins (2008, p.42), a redação do artigo 2º da Constituição brasileira indica a utilização da teoria da separação dos Poderes de Montesquieu, sendo que todas as funções estatais se referem a uma das três funções clássicas (administrativa, legislativa e jurisdicional). Logo, as funções exercidas pelo Ministério Público e Tribunal de Contas, na ordem jurídica brasileira, devem se enquadrar em alguma das três - ainda que formalmente não estejam enquadrados na estrutura hierárquica e administrativa de nenhum deles. Tendo em vista que estes órgãos não exercem atividades de julgamento com caráter de definitividade (função jurisdicional²¹), nem inovam no ordenamento jurídico com atos normativos primários (função legislativa), por certo que suas condutas se adequam ao exercício da função administrativa.

18. Sobre o assunto, confira-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p.258): “Com o passar todos tempos, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados pelo conceito de mérito. A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento ao interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada constitucionalização dos princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários”.

19. No mesmo sentido, a ex- Ministra do STF, Ellen Gracie (2007, p.8), já se posicionou: “Ante tal quadro, o controle externo da atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70 da Constituição), a cargo do Congresso Nacional e exercido com o auxílio do tribunal de Contas (art. 71 da Constituição), sujeita-se ordinariamente ao mesmo regime de controle judicial”.

20. Uma das principais consequências da apuração de que a função exercida pelos Tribunais de Contas é a administrativa, refere-se justamente à possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, com os limites inerentes ao controle de qualquer ato administrativo.

21. Há autores que encaram o exercício da competência constitucional prevista no artigo 71, inciso II, do texto constitucional como representante do exercício atípico da função jurisdicional. Nessa trilha, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2008, p.147) sustenta que «no atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício de função jurisdicional pelos Tribunais de Contas”. Entretanto, na maneira pela qual se defende neste artigo, a atuação das Cortes de Contas com base no artigo 71, inciso II, não tem a aptidão de produzir a chamada “coisa julgada”, não possuindo, pois, o atributo da definitividade, ínsita da função jurisdicional.

CONCLUSÃO

Ainda que os Tribunais de Contas não sejam figuras novas para o direito brasileiro, continuem sendo uma instituição que carece de constantes debates doutrinários sobre seu papel e fisionomia.

Tendo isto em mente é que se propôs nas breves linhas acima construídas discorrer sobre qual a natureza da função exercida pelas Cortes de Contas.

Deve-se apontar que, embora tenha-se trabalhado com a figura do TCU, as conclusões extraídas são idênticas para os Tribunais de Contas das demais entidades federativas.

Apurou-se, assim, que, nos limites do texto constitucional vigente, tendo em vista a adoção do critério objetivo formal para conceituar as funções estatais, a conclusão é que as Cortes de Contas no Brasil exercem função administrativa (seja pelo seu enquadramento a essa função, seja por exclusão das outras funções).

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O tribunal de contas na ordem constitucional**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo**. Milano: Dott A. Giuffrè, 1950.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. VI. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v.30, n.82, p.253-262, out./dez. 1999.

BEZNOS, Clovis. **Ação popular e ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

CABRAL, Dafne Reichel. O controle externo como instrumento para a concretização do direito fundamental à boa Administração Pública. 2017. 173 f. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 6.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CASSESE, Sabino. **Corso di diritto amministrativo**: Istituzioni di diritto amministrativo - v. 1. Millan: Dott. A. Giuffrè, 2009.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos tribunais de contas**. 2.ed. Niterói: Impetus, 2009.

CITADINI, Antônio Roque. **O controle externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 8.ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

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

FALZONE, Guido. **Il dovere di buona amministrazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1953.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. **Inf. Legisl.**, Brasília, ano 36, n.142, p. 167-189, abr./jun. 1999.

_____. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 40.ed. México: Porrúa, 2000.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GIANINNI, Massimo Severo. **El poder publico**: Estados y administraciones publicas. Tradução Luis Ortega. Madrid: Civitas S.A, 1991.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do TCU**, Brasília, a.38, n.110, p.7-14, set./dez. 2007.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARANHÃO, Jarbas. Tribunal de Contas. Natureza jurídica e posição entre os Poderes. **Rev. Inf. Legisl.**, Brasília, a.27, n.106, p.99-102, abr./jun. 1990.

MARIENHOFF, Miguel S.; BASAVILBASO, Benjamin Villegas. **Tratado de derecho administrativo - t. I**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MATIAS-PEREIRA, José. **Governança no setor público**. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **Rev. Inf. Legisl.**, Brasília. a.27, n.108, p.121-126, out./dez. 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administrativo**. Tradução José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004.

MODESTO, Paulo. Função Administrativa. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v.46, n.2-3, p.95-119, mai./dez. 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

_____; NAGEL, José. A fiscalização dos recursos públicos pelos tribunais de contas. In: **Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p.227-258.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

A INFLUÊNCIA DO USO DE DROGAS NA CRIMINALIDADE SOB OS REFLEXOS DA TEORIA DE BROKEN HOMES

Lorena Maran FURTADO¹
Julyana Moreira da SILVA²

RESUMO: O presente artigo analisa categoricamente a Teoria de Broken Homes e a Teoria da Subcultura, juntamente com a apreciação da Lei de Drogas 11.343/2006, que traz em seu dispositivo as medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes. Contudo, não bastam as normas para repressão à produção e ao tráfico de drogas, há que se ter um avanço na prática. Necessário se faz averiguar os fatores criminógenos que envolvem o ingresso do indivíduo no caminho das drogas, como as causas e as consequências. É relevante salientar os princípios essenciais do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que possui um liame com os direitos humanos garantidos na Constituição Federal de 1988, frisando na qualidade e valorização da vida, em busca do bem-estar social, da dignidade da pessoa humana e da saúde de todos. Ademais, é de importância fundamental a capacitação dos educadores e de outros profissionais que atendem as percepções dos usuários, para que crianças e adolescentes não se envolvam em grupos que se excluem da sociedade para usar amortecedor ilícito, tendo por propósito, afastá-los do crime. Portanto, é preciso solucionar esta melancólica realidade, salvando os que já estão viciados e utilizando métodos de prevenção eficazes. Assim, a sociedade progrediria com mais participação cidadã, já que as drogas eliminam a capacidade de percepção de mundo.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas. Crime. Saúde.

ABSTRACT: The present article categorically analyzes Broken Homes Theory and Subculture Theory, along with the appreciation of Drug Law 11.343 / 2006, which brings in its device measures to prevent mi-

1. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN; lorena.maran@hotmail.com. Pós-Graduada em Direito Penal pela Damásio Educacional. Advogada, OAB/MS nº 23243.

2. Graduada em Letras pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Mestre em Educação pela Universidade Católica Dom Bosco. Docente do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN.

use, attention and social reintegration of users and dependents. However, standards for crackdown on drug production and trafficking are not enough, there has to be a breakthrough in practice. Needed is done, ascertain the criminogenic factors that are involved for the individual joining the path of drugs, such as causes and consequences. It is important to emphasize the essential principles of SISNAD (National System of Public Policies on Drugs), which has a link with the human rights guaranteed in the Federal Constitution of 1988, stressing the quality and value of life in search of social welfare, the dignity of the human person and the health of all. In addition, it is of fundamental importance to train educators and other professionals who attend to users' perceptions so that children and adolescents do not engage in groups that are excluded from society to use an unlawful shock absorber, having for purpose, to remove them from the crime. Therefore, it is necessary to solve this melancholy reality, saving those who are already addicted and using effective prevention methods. Thus, the society would enter in a process of progression, having more thinking beings, since the drugs eliminate the capacity of perception of the world.

KEYWORDS: Drugs; Crime; Cheers.

1. INTRODUÇÃO

É de fundamental importância a análise do uso de drogas ilícitas à luz da teoria de Broken Homes, como parâmetro amenizador de crimes sociais e otimizador da saúde e da proteção pública, com o propósito de alcançar a paz social tão almejada pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

Considerando que ao fixar no Brasil o Estado Democrático de Direito, incorporando a dignidade da pessoa humana, a proteção, a segurança, a saúde e os direitos e deveres de cada cidadão, é imprescindível o combate efetivo às drogas, tendo como suporte o artigo 5º, inciso XLIII³, da Carta Magna, que considera crime o tráfico de drogas.

3. BRASIL, Constituição da República Federativa do. 1988. Art. 5º "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

Neste contexto, são aplicáveis as teorias de Broken Homes e a da Subcultura, as quais tentam desvendar os motivos para que determinados grupos se esvaçam da sociedade com atos de rebeldia, prejudicando a si mesmo e aos outros. As teorias têm por propósito explicar as incidências das condutas reprováveis, analisando a personalidade da pessoa, juntamente com seus princípios de vida e valores da família com a qual convive.

O filósofo Albert Camus, nascido na Argélia no ano de 1913, em o “Mito de Sísifo”⁴, questionou: “A vida, vale ou não a pena vivê-la?”. Assim, o nascimento deve ser permeado por um bom propósito, possuir uma relevância social, e não para estragar vidas. Isso sucinta outra questão, “Será necessário um amortecedor químico para que se suporte as dificuldades que surgem na vida?”, a resposta que se entende como correta é que, ao invés de fugir dos problemas, ou eliminá-los, cria-se mais um, muito mais drástico, a autodestruição; definido na frase de Eduardo Kalina, no livro Viver sem Drogas, “Consumir drogas é, sem dúvida, nutrir um projeto de morte!”⁵

A partir dessa perspectiva, o foco é encontrar a falha no sistema que leva ao aumento do consumo de drogas e buscar solucioná-la por meio de atitudes eficientes, aliando a tríade educação, políticas públicas e contexto social no combate e reestruturação do sistema.

2. TEORIAS DA CRIMINOLOGIA EM RELAÇÃO À SOCIALIZAÇÃO DEFEITUOSA

O objeto de estudo das teorias de Broken Homes e da Subcultura é a conduta criminosa desenvolvida a partir do processo de socialização, ou seja, família, escola, vizinhança, o ambiente com o qual se relaciona.

Em relação à Teoria de Broken Homes, há que se dizer que esta faz referência às famílias desestruturadas. Idealizada pelo casal Eleanor y Sheldon Glueck, em 1939, que fizeram um estudo aprofundado por meio de pesquisa com equipes interdisciplinares.

Os grupos eram compostos de 500 jovens entre sete e dezessete anos, da mesma origem étnica, que provinham dos subúrbios de Boston. Cada jovem do grupo de “delinquentes” (centro de cor-

4. ALBERT, Camus. O mito de Sísifo. 1ª.ed. São Paulo: RT, 1941, p. 21.

5. KALINA, Eduardo. Viver sem drogas. 1ª.ed. São Paulo: RT, 1987.

reção) foi comparado com outro jovem de inteligência e idade semelhantes pertencente ao grupo de não-delinquentes.⁶

A metodologia das avaliações envolveu vários fatores como testes de inteligência, análises psicológicas e psiquiátricas, entrevistas com as famílias e relatórios escolares. Os resultados da pesquisa impressionaram, pois verificou-se a capacidade de explicar as relações das famílias defeituosas/incompletas, com a observação de que mudanças positivas na vida dos indivíduos, com técnicas educativas diferentes e assistência social, resultam em alterações comportamentais favoráveis.

Portanto, a Teoria de Broken Homes, apresenta que a criminalidade não é somente questão de fatos e do processo que ocorre no interior do indivíduo, mas sim, é o resultado das interações sociais. Ressalta-se que a família desestruturada, é apontada como a principal causadora do desvio social, pois dela advém indivíduos carentes de valores e inseguros para lidar com a própria vida e conviver socialmente, aumentando o risco de serem atraídos ao mundo das drogas.

Quanto à teoria da subcultura desenvolvida por Albert K. Cohen⁷ define a cultura como todo o conjunto de valores, de crenças, de códigos e de preferências, tradicionais em cada sociedade e adquiridos por aqueles que dela fazem parte, constituindo juízos valorativos ou sistemas de valores sociais.

Fundamentais a todas as culturas são as ideias que definem o que é considerado importante, válido e desejável. Essas ideias abstratas ou valores dão sentido e fornecem direção aos humanos enquanto estes interagem com o mundo social. [...] Normas são regras de comportamento que refletem ou incorporam valores de uma cultura. Os valores e as normas trabalham em conjunto para moldar a forma como os membros de uma cultura se comportam dentro de seus limites.⁸

Para Anthony Giddens⁹, o significado de cultura tem relação com os valores e as normas de determinado local.

Observa-se que há diferença na cultura de cada lugar, o que in-

6. GLUECK, Eleanor; GLUECK, Sheldon. *Jugendliche Rechtsbrecher*. 1ª.ed. Alemanha: Enke, 1963, p. 29.

7. COHEN, Albert. *Delinquent Boys: the culture of the gang*. 1ª.ed. New York: The Free Press, 1955.

8. GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 1.ed. Porto Alegre: Artmed, 2001, p. 31.

9. GIDDENS, Anthony. *Op. cit.* 1ª.ed. Porto Alegre: Artmed, 2001.

fluencia a forma de falar, de observar os fatos, de pensamento e comportamento, e de como enfrentar os problemas que possam ocorrer.

O comportamento do ser humano pode ser diferente da cultura, valor ou norma, que é imposto, isso porque muitas pessoas discordam de determinadas atitudes ditas corretas e, a partir desta situação, surge o desvio.

A conceituação de Subcultura está na formação de grupos isolados do meio social, que possuem condutas desviantes e não obedecem às regras. Nos ensinamentos de Cohen¹⁰, as subculturas são normas contrárias ao sistema, ou seja, invertem a cultura padrão, fazendo com que as normas dotadas por eles, naquele determinado grupo, mesmo sendo desviantes, sejam consideradas corretas.¹¹

O comportamento criminal não pode ser estudado in *vácuo* como se fora um comportamento à parte, em lugar de uma conduta ser parte de uma conduta geral e um aspecto da dinâmica das diversas forças que atua em todas as sociedades (a possibilidade da ação delitiva varia inversamente com as probabilidades abertas a um indivíduo para a satisfação de suas necessidades por meios legítimos, estabelecendo-se uma correlação entre as inferiores condições de vida, o baixo nível de educação e o desemprego).¹²

Quando o indivíduo ingressa no grupo, não é mais visto como o único que não possui um *status* social desejado, sentindo-se bem em fazer parte de um grupo que possui um mesmo padrão social, mesmo que dotado de ideologias diferentes e invertidas da sociedade.

Para Cohen¹³, a rebeldia não pode ser vista apenas como uma consequência, mas como um processo advindo da formação do indivíduo. Assim, as subculturas se tornam um refúgio para que os sentimentos dos delinquentes sejam expostos, o que pode levar à criação de forças para a prática do crime.

É cristalina a relação direta entre as duas teorias, já que para a formação de uma subcultura, o primeiro ponto a ser analisado é a família do indivíduo; assim, a má-formação familiar e a dissolução dos membros da família, pode causar transtornos psicológicos na criança ou no ado-

10. COHEN, Albert. *Delinquent Boys: the culture of the gang*. 1ª.ed. New York: The Free Press, 1955.

11. GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 1ª.ed. Porto Alegre: Artmed, 2001, p. 28.

12. COSTA, Alvaro Mayrink da. *Op. cit.*, p. 155.

13. COHEN, Albert. *Delinquent Boys: the culture of the gang*. 1ª.ed. New York: The Free Press, 1955.

lescente, e esse impacto é capaz de levar à delinquência.

[...] um jovem que encontre suas necessidades materiais satisfeitas, bem como que tenha alimentação, vestuário, moradia e educação, se encontrará abandonado se a ele não for dado o afeto que imperiosamente necessita para a sua evolução normal, devendo-se destacar que, nesse sentido, a criança se sente abandonada não apenas pela ausência paterna, mas também pelo desinteresse, pela falta de afeto, pela incompreensão e incapacidade de comunicação dos pais com seus filhos. Do mesmo modo, aquela criança que tenha todo o amor de seus genitores se encontrará abandonada se não lhe forem dados os recursos materiais imprescindíveis para possibilitar o seu pleno desenvolvimento.¹⁴

Como bem relatado por Montaldo¹⁵, a forma como o indivíduo sente e age no mundo é um misto de atitudes, iniciadas nas mais básicas relações sociais, que precisam ser equilibradas, não apenas dar apoio financeiro, de sustento, mas há que se ter muito amor e afeto; o que se complementa com o entendimento de Cohen:

Há famílias destruídas, famílias em que ambos os pais estão sempre no trabalho e famílias que, por outras razões, não são capazes de exercer o grau de supervisão necessário sobre as associações da criança, o que pode fazer a diferença entre a participação e não-participação em uma coalizão delinquente. Há famílias em que as relações afetivas entre a criança e seus pais são tais que as vontades dos pais têm pouco significado para a criança e sua aprovação e desaprovação têm pouco peso como sanções. Nessas famílias os esforços dos pais têm pouco efeito como diretrizes ou como forças repressoras sobre as escolhas da criança sobre a solução para os seus problemas de adaptação.¹⁶

14. MONTALDO, Eddy E. *Psicología y asistencia social individual*. p. 40. apud D^oANTONIO, Daniel Hugo. *El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento*. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1992, p. 29-30. Tradução livre do trecho: "(...)un menor que encuentre satisfechas sus necesidades materiales, sus requerimientos de alimentación, vestuario, habitación e instrucción se encontrará abandonado si le es negado el afecto que imperiosamente necesita para su evolución normal, habiéndose destacado acertadamente en tal sentido que el niño abandonado no sólo resulta de una ausencia paterna, sino también del desinterés, falta de afecto, incompreensión e incapacidad de comunicación de los padres respecto del hijo. De la misma manera, aquel niño que disfrute de todo el amor prodigado por sus progenitores, se encontrará abandonado si no se le brindan los recaudos materiales imprescindibles para hacer factible su pleno desarrollo."

15. MONTALDO, Eddy E. *Psicología y asistencia social individual*. p. 40. apud D^oANTONIO, Daniel Hugo. *El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento*. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1992.

16. COHEN, Albert K. *op. cit.*, p. 153-154. Tradução livre do trecho: "There are broken families, families in which both parents are at work and families which for other reasons are notable to exercise the degree of supervision over the child's associations which may make the difference between participation and nonparticipation in a delinquent

É necessária uma reflexão de como o seio familiar é importante e muitos não têm o discernimento de absorver conceitos e colocá-los em prática para que haja uma mudança positiva na educação e na criação dos filhos.

Fazendo uma relação sobre o que foi exposto, tem-se como ponderação: o apoio financeiro sem o afeto, não funciona; afeto, sem apoio financeiro, também não; o abandono dos pais, sem a supervisão no dia a dia dos filhos, é totalmente uma atitude negativa e, por fim, situações em que os pais perderam o controle, que não impuseram regras enquanto o indivíduo era criança, quando chegar à fase da adolescência ou adulta, o indivíduo questionará: “para que servem as regras sociais?”, uma vez que não teve regras e lições em casa durante sua formação.

3. PANORAMA GERAL DAS DROGAS E SUA INFLUÊNCIA NA CRIMINALIDADE SOB OS ASPECTOS DA TEORIA DE BROKEN HOMES

A toxicomania embota a inteligência, arruína o cérebro, embrutece a alma, degrada o caráter, reduz as presas a míseros escombros humanos. A droga é uma substância tóxica e, quando usada, age no organismo como um veneno, atacando os órgãos e, principalmente, o cérebro.

Observa-se que o Brasil é um país com muitos usuários de drogas, o que, para os traficantes, transformam-se em fontes de exploração e de renda, obtendo lucros, por meio da violência e corrupção. O relatório da ONU, exposto em reportagem da jornalista Cristine Gerk, publicada no jornal JB On-line, com o título “Aumenta o consumo de drogas no Brasil”, comprova essas relações:

O consumo de drogas no Brasil aumentou nos últimos anos, contrariando a tendência mundial de estabilização. Um relatório divulgado ontem pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) mostra que a população consumidora de cocaína subiu de 0,4% em 2001 para 0,7% em 2005, chegando a 860 mil usuários entre 15 e 65 anos. O consumo de maconha

coalition. There are families in which the emotional relationships between the child and his parents are such that the wishes of the parents have little meaning for the child and their approval and disapproval carry little weight as sanctions. In such families the efforts of the parents have little effect as directive or restraining forces on the child's choice of solutions to his problems of adjustment.”

foi de 1% em 2001 para 2,6% em 2005. O consumo estimula a violência no Brasil, que tem papel importante no tráfico de cocaína entre a região andina e a Europa, e recebe grande quantidade de maconha do Paraguai. O Brasil já envia mais drogas para o mercado europeu do que a Colômbia na rota que passa pela África. O documento mostra um crescimento do tráfico de cocaína na região Sudeste, além da maior exploração do país por grupos internacionais do crime organizado. As regiões Sul e Sudeste concentram os índices de consumo mais elevados.¹⁷

Este grave problema social deve ser analisado de forma criteriosa, para que seja amenizado, para tal, há de se propor investimentos em novas medidas de prevenção, já que as atuais se têm mostrado ineficazes; extinção das fontes de produção, pois sem produto o mercado tende a ruir e o aumento das formas e do acesso ao tratamento, já que muitos dos usuários são oriundos das classes marginalizadas e têm pouco ou nenhum acesso às políticas de prevenção e tratamento da dependência.

Nesse contexto, outro problema gerado pelo consumo e comercialização das drogas surge e, com ele o questionamento: “O que fazer com a questão de violência associada ao uso de Drogas, juntamente com os problemas econômicos, de segurança pública e de saúde?”. Um dos caminhos pode estar no entendimento exposto no relatório mundial das drogas de 2013:

Combater o problema das drogas em total conformidade com princípios de direitos humanos requer uma ênfase no espírito fundamental das Convenções de drogas existentes, que é sobre saúde. A defesa de uma perspectiva de saúde mais forte e um reequilíbrio interconectado dos esforços de controle de drogas devem ser efetivados. Como a experiência tem demonstrado, a redução da oferta e a redução da demanda por si sós não são capazes de resolver o problema. Por essa razão, uma abordagem mais equilibrada para lidar com o problema das drogas é necessária. Isto inclui esforços mais sérios de prevenção e tratamento, não só em termos de declarações políticas, mas também em termos de fundos dedicados para esses fins.¹⁸

17. FRANCISQUINHO, Sérgio; FREITAS, Solange Pinheiro de. A INFLUÊNCIA DAS DROGAS NA CRIMINALIDADE. Especialização em Formulação de Gestão de Políticas Públicas, Universidade Estadual de Londrina. Londrina-PR, 2008, p. 88.

18. FEDOTOV, Yury. Diretor Executivo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/WDR/2013/PTReferencias_BRA_Portugues.pdf. Acesso em 16 mar. 2017.

Para um melhor entendimento do assunto, é necessário explanar referente a cada fator que dá origem a criminalidade. De acordo com a teoria de Broken Homes, observa-se que os fatores sociofamiliares são determinantes e influenciam diretamente a marginalização do menor. A falta da moral bem formada no convívio com os pais, o desajuste do convívio familiar, a falta dos pais ou a má formação do eixo familiar, são elementos primordiais que podem levar o indivíduo a se envolver em crimes.

Sob esse ponto de vista, é possível apresentar como principais fatores que podem levar o indivíduo ao uso de drogas ilícitas: Problemas de relacionamento no eixo familiar; Relações afetivas precárias, tornando o ser humano vulnerável; Ausência de regras e normas claras dentro do contexto familiar, como já foi mencionado, é a falta de limites; O uso de drogas pelos pais, irmãos ou parentes próximos e a falta de apoio e de orientação.

Quanto ao fator socioeconômico ressalta-se que a miséria é a origem de todos os males e a causa imediata da delinquência infanto-juvenil. Portanto, a falta de apoio financeiro, torna a condição de vida, na maioria das vezes, subumana, fazendo com que o indivíduo, já desprovido de valores, veja como caminho aquele apontado como “o mais fácil” por apresentar resultados imediatos, a criminalidade.

O fator socioeducacional, diz respeito aos requisitos da cidadania como: a formação intelectual, moral e profissional. É drástico observar em dados que há milhões de menores entre 07 a 14 anos fora das escolas no Brasil.¹⁹

A nosso ver, a chave misteriosa das desgraças que nos afligem é só esta: a ignorância popular, mãe da servilidade e da miséria. Eis a grande ameaça contra a existência constitucional e livre da Nação. Eis o formidável inimigo e destino que se asila nas entranhas do País. Para vencê-lo, releva instaurarmos o grande serviço a cuja frente incumbe ao Parlamento a missão de colocar-se, impondo, intransigentemente, à tibieza dos nossos governos, o cumprimento do supremo dever com a Pátria. (Rui Barbosa).²⁰

Diante do parecer acima mencionado de Rui Barbosa, sobre o

19. JÚNIOR, Farias João. Manual de Criminologia. 4ª.ed. São Paulo: Juruá, 2008, p. 165.

20. Ibidem.

indivíduo ignorante, destaca-se que essa expressão confunde muito as pessoas, que logo fazem uma ligação entre a sabedoria e a inteligência, tendo por base o comportamento de profissionais formados, que por possuírem títulos, são, na maioria das vezes, julgados como cultos e intelectuais. O problema está neste contexto, pois culto é o homem que conhece, pelo menos um pouco, todas as áreas do conhecimento humano, ou seja, que possui percepção, sendo capaz de captar e acumular o conhecimento do Universo. A Mente está em constante transformação e evolução, sendo essa uma das principais atividades do cérebro podendo criar, fazer descobertas e orientar o comportamento das pessoas.

O ser humano que é capaz de absorver conhecimentos positivos e sadios conseguirá se comportar de maneira efetiva em sociedade, mas se acumular e se condicionar a péssimos exemplos, não há que se esperar um comportamento digno, pois perde a noção do verdadeiro significado da vida, podendo adquirir o perfil de criminoso e ainda encarar essa realidade como uma forma normal de viver, não tendo noção da extensão do mal que propõe para todos, pois não adquiriu durante suas fases da vida, o ensinamento do que é reprovável no meio social.

Nota-se, portanto, que não basta ter um título ou ser bem-sucedido, isso, na maioria das vezes, não reflete o íntimo humano. O ser humano realmente culto tem consciência da sua posição e da sociedade a qual pertence, conhece a sua personalidade e acredita que a dignidade é inerente à existência humana e faz do aperfeiçoamento do seu ser interior a preocupação máxima para viver em sociedade.

Na revista *Penitenciarismo e Criminalidade*, publicada pelo Centro de Pesquisas Criminológicas, vinha escrito: “Acabe-se com a miséria, eduque-se a criança e não será preciso castigar os homens”²¹. Ainda, nos ensinamentos de Miguel Santos, “a educação é um processo contínuo de reconstrução da experiência, destinado a dotar a vida do indivíduo de um conteúdo sempre mais vivo e mais largo”²². Reflete-se que a educação é a chave para o combate à inserção dos menores na criminalidade, indo além da escolarização, tem abrangência direta no envolvimento familiar.

Já os fatores socioambientais têm relação com as más companhias, primeiramente frisa-se que, o mundo está em constante crescimento po-

21. *Ibidem*. p. 166.

22. SANTOS, Miguel. Educação como prevenção da criminalidade. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 193.

pulacional, tornando-se cada vez mais difícil a convivência harmônica entre todos. Crescem demasiadamente as desigualdades de renda, assim a riqueza se encontra nas mãos de poucos. Leon Michaux, faz indagações a esse respeito:

Que esperar de crianças que vivem em favelas infectas, em promiscuidade com elementos de toda a ordem, vendo as coisas mais deprimentes, os gestos mais acanhados, os procedimentos mais ignominiosos? Que esperar de crianças em pleno período de formação, dormindo ao relento, à porta das casas comerciais, em vagões abandonadas de estrada de ferro, embaixo de pontes, lado a lado com marginais de toda sorte?²³

Tem-se que a maioria dos criminosos, dependentes de drogas, marginais ou antissociais, para chegarem até a realização de suas condutas delinquentes teve como fator as más companhias, que podem ser até membros da própria família, residentes na mesma casa ou não, e, como diz o ditado popular, “Diga-me com quem andas, e te direi quem és”.²⁴ E, nesse contexto, há menores que são vítimas de contágio, de imitação que degrada o caráter, de maus tratos, de uso de drogas, e de tantas outras relações ruins que os levam à prática do crime.

Portanto, são vários os fatores que contribuem para inserção do uso de drogas, como: influência de amigos, curiosidade, falta de estrutura familiar, uso de drogas pela própria família, baixa autoestima, entre outros.

4. DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO E REINserÇÃO DOS USUÁRIOS DE DROGAS

Segundo a cartilha do Ministério da Saúde, para que haja uma intervenção efetiva nos casos dos usuários de drogas, é preciso: Reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada; Fornecer informações sobre o uso de drogas psicotrópicas; Criar vínculo com o usuário; Incentivar atividades de promoção de saúde; Tratar de forma

23. MICHAUX, Leon. *A criança delinquente*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 68.

24. JÚNIOR, Farias João. *op. cit.*, p. 168.

igualitária, sem discriminação, as pessoas usuárias ou dependentes de drogas lícitas ou ilícitas; Favorecer troca de experiências; Desenvolver atividades de prevenção de agravos; Estabelecer parcerias na rede social; Disponibilizar recursos institucionais; Facilitar o acesso ao serviço de saúde; Discutir as possibilidades de adesão ao tratamento; Estimular e contribuir para a melhoria da qualidade de vida.²⁵

Averigua-se que tais descrições são relevantes, mas não podem ficar apenas na teoria, como ocorre na maioria das vezes. É preciso que o investimento nesse grave problema social seja feito de maneira efetiva, e esse assunto merece total atenção da sociedade, uma vez que todos sofrem, pois, como visto, a consequência é o crime.

Considerando os aspectos da produção, tráfico e consumo de drogas é possível comparar a cidade do Rio de Janeiro, no Brasil, à Bogotá, na Colômbia, país este considerado o mais violento da América Latina, mas que busca alternativas para mudanças ao índice da criminalidade.

A Colômbia, que chegou a ser um dos países mais violentos da América Latina, é considerada hoje modelo de como diminuir os índices de criminalidade. Segundo o IBGE, o Rio de Janeiro é o estado mais violento do país e a cidade do Rio tem o quarto maior índice de crimes em todas as capitais do Brasil. Brasil e Colômbia são países vizinhos – Rio e Bogotá têm problemas semelhantes. Duas cidades marcadas pela violência e pelo tráfico de drogas. A diferença é que nos últimos 13 anos, a Colômbia conseguiu reduzir os índices de criminalidade. As medidas de combate à criminalidade na Colômbia começaram a ser implantadas no início dos anos 90. Em pouco mais de uma década, o número de homicídios em Bogotá, a capital do país, caiu de 80 para 24 mortes por ano em cada cem mil habitantes. No estado do Rio, no mesmo período, o índice praticamente não mudou: de 56 assassinatos por cem mil habitantes passou para 53,1 no ano. Para o sociólogo Gláucio Soares, do Iuperj, a exemplo do país vizinho, o Rio precisa qualificar a polícia (SELENE, 2007a).²⁶

25. OLIVEIRA FILHO; Antonio; SILVA-OLIVEIRA, Gabriel Camargo. Conhecendo e Aprendendo a dizer NÃO as Drogas Psicotrópicas. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/https://pt.slideshare.net/Ribeirojr/cartilha-conhecendo-e-aprendendo-a-dizer-no-as-drogas-psicotrpicas=br>. Acesso em 24 mar. 2017.

26. SELENE, 2007a.

FRANCISQUINHO, SÉRGIO; FREITAS, SOLANGE PINHEIRO DE. Especialização em Formulação de Gestão de Políticas Públicas, da Universidade Estadual de Londrina. **A INFLUÊNCIA DAS DROGAS NA CRIMINALIDADE**. Londrina -Paraná 2008.

Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/experiencias-de-seguranca-publica-na-colombia-podem-servir-de-modelo-ao-rio-4653028.html>

Esta cidade mudou o plano de segurança, com a polícia adotando medidas drásticas de repressão aos marginais, além de investimentos em infraestrutura.

Não foi só com reforço no policiamento que a Colômbia se tornou exemplo. Foi uma combinação de repressão ao crime e investimento em infraestrutura. Nas favelas, por exemplo, a polícia chegou primeiro. Em seguida, vieram as melhorias. As ruas, avenidas, escolas, iluminação e hospitais. A cidadania veio logo depois (SELENE, 2007b).²⁷

No Brasil, medidas mais efetivas nas escolas, com a presença de psicólogos e assistentes sociais, capazes de expor o tema e atender as crianças e os adolescentes com certo desvio de comportamento, para que estes não se sintam vulneráveis quando a família não se fizer presente, poderão revelar aos estudantes que as suas atitudes, relações, afetos, comportamentos fazem parte do que os constituirão como pessoa, determinando as suas personalidades, já seria um grande reforço no combate à criminalidade advinda das drogas.

Necessário que as ações policiais juntamente com órgãos do judiciário e Ministério Público, fossem mais contundentes, principalmente nos bairros e periferias, não permitindo que menores estivessem longe de suas casas em determinados horários. Para isso, seria fundamental um investimento na polícia comunitária, ou seja, uma alternativa para o modelo tradicional de policiamento com foco nos sintomas dos problemas de segurança, elaborando mecanismos para discutir com a população, fazendo um levantamento dos problemas sociais que mais afrontam, em busca de solucioná-los, estreitando assim, os laços entre a polícia e a sociedade.

Somente com novas medidas de prevenção e alerta, os artigos 18 e 19 da Lei de Drogas 11.343/2006²⁸, fariam o real sentido, pois, defi-

27. SELENE, 2007b. *Ibidem*.

28. Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção. Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes: I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence; II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam; III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas; IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias; V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas

nem as atividades de prevenção do uso indevido de drogas, bem como os princípios do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) e as diretrizes.

Já quanto à reinserção, é medida de extrema urgência a construção de clínicas de recuperação dos dependentes químicos, com profissionais bem informados quanto à situação, com a presença de psicólogos, médicos psiquiatras, neurologistas e profissionais da educação de forma interligada para uma boa recuperação do indivíduo viciado, ou seja, não apenas fazer um tratamento de desintoxicação, mas, também, investir na capacidade psicossocial, como a psicoterapia, trabalhos em grupos envolvendo a família e a comunidade, por exemplo, a interação de instituições interessadas em ajudar voluntariamente, como as faculdades públicas ou privadas, com projetos e ações sociais.

Observa-se que entre os artigos da Lei de Drogas, não há um que faça referência à cláusula financeira, ou seja, um artigo que especifique a quantia de recursos visando custear tais medidas. Portanto, o Estado tem que intervir com maiores investimentos na educação, prevenção e reeducação dos dependentes. É nítido que apenas a proibição e a penalidade não bastam, é preciso atitude, buscando o equilíbrio da ordem pública e a integridade dos indivíduos.²⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os entorpecentes ilícitos acompanham a humanidade há muito tempo, mas busca-se uma política urgente de atenção quanto à prevenção e ressocialização dos usuários. A criminalidade deve ser combatida

e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas; VI - o reconhecimento do "não-uso", do "retardamento do uso" e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados; VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas; VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares; IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida; X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino; XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas; XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad; XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas. Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

29. TAVARES, Antônio Giusti. Manual de Dependência de Drogas. 4ª.ed. São Paulo: Atheneu, 2001, p. 102. Art. 19.

e um dos fatores que gera a delinquência, como explanado, é o uso de drogas.

O Brasil, Estado e sociedade, tem que se atentar que a relação das drogas não está apenas na saúde, no uso (o viciado), mas está relacionada diretamente com a criminalidade, havendo a formação de grupos isolados, com a intenção de prática de crimes, como um ato de rebeldia social, por não ter o *status* desejado, ficando à margem, diante dos estudos criminológicos das teorias de Broken Homes e da Subcultura.

É de importância fundamental a capacitação dos educadores e de outros profissionais para se atentarem por meio de percepções, os usuários, refletindo sobre experiências de redução de danos, evitando que crianças e adolescentes utilizem drogas psicotrópicas.

Sendo assim, é necessária uma ação célere de prevenção, que deve ser feita através de métodos capazes de atingirem toda a sociedade e, também, é preciso a ressocialização dos indivíduos que já foram envolvidos no mundo do crime.

É preciso a mudança no modo de atuação das políticas públicas contra as drogas, ou seja, a utilização de meios eficazes e não apenas teóricos, pois, não basta ter a lei que pune, precisa-se de métodos de ação e investimentos por parte dos governantes e da sociedade. Cita-se a importância da filosofia de Polícia Comunitária, qual seja uma interação social entre os órgãos de segurança e as diversas políticas públicas que integram à rede de proteção da comunidade.

O homem é um ser social que necessita da interação com outros seres humanos para o seu desenvolvimento na busca da sua realização como Ser. E sua constituição é o somatório de todas as experiências de sua vida.³⁰

Importante, também, por meio da tecnologia que domina as relações de comunicação no mundo contemporâneo, a produção de campanhas em forma de desenhos, jogos, nos quais o foco seja o combate as drogas, considerando a interação dos jovens com esses veículos de comunicação proporcionaria o debate em larga escala, bem como, a troca de experiências; assim, também, a produção de filmes, com uma linguagem apropriada para cada fase da relação com as drogas. São ações

30. JUSTIÇA, Ministério da. Curso Nacional de Multiplicador de Polícia Comunitária. 5 Edição. Brasília, 2013, p. 20. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/105/988/Multiplicador.pdf>.

rápidas e eficazes no combate ao mal que se abateu sobre a sociedade sem distinção de etnia e classe social.

Conclui-se que muitos dos dependentes vêm de um seio familiar desequilibrado, a “família defeituosa”, ou seja, falta do amparo financeiro, afetivo e de suporte educacional. A má formação familiar juntamente com a miséria, a má qualidade da educação pública, são pontos de partida para o indivíduo ingressar na criminalidade e nos grupos de subcultura, pois têm o mesmo pensamento e modo inverso de ver a vida em sociedade, ficando imergido no mundo das drogas como uma solução encontrada, sem saber que, muitas vezes, não haverá volta.

Para que toda esta falha no processo de crescimento intelectual e psicológico do ser humano seja suprida, é preciso que haja projetos com grupos de apoio, dando atenção ao maior problema que é o da pobreza e da desigualdade, que só chegará ao fim quando cada um se preocupar com o presente e futuro, agindo por meio da solidariedade, no dia em que a educação for prioridade e no dia em que o policiamento for realizado em conjunto com o povo, para que finalmente os direitos e deveres sejam assegurados.

Exemplos como os da Colômbia com a implantação do projeto Casa da Justiça, funcionando na periferia, ajudando os moradores a resolverem os litígios civis, profissionais e familiares, criando realmente uma cidadania, desafogando o judiciário, podem e devem ser pensados no Brasil, porém é necessário muito investimento público e a contribuição da população para lutar contra este grave problema social.

É lamentável saber que o vício faz com que famílias sejam destruídas, enfraquece os países no fator econômico (tráfico de drogas), aumenta a procura no campo da saúde (mais doentes), e amplia a prática de crime.

Portanto, cabe ao Estado e a toda sociedade se empenharem em cumprir o dever de cidadãos preocupados com o bem-estar social de todos, efetivando os deveres expressos na Constituição Federal do Brasil de 1988, na busca de condições e práticas positivas no combate à criminalidade e às drogas, sendo primordial o investimento na educação que é a chave para o combate da inserção dos indivíduos na criminalidade, indo além da escolarização e de um título de formação profissional, com abrangência direta no envolvimento familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Camus. **O mito de Sísifo**. 1ª.ed. São Paulo: RT, 1941.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. 1988.

COHEN, Albert. **Delinquent Boys: the culture of the gang**. 1ª.ed. New York: The Free Press, 1955.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. **El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor**. Régimen jurídico, prevención y tratamiento. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1992.

DROGAS, **Lei de**. 11.346/2006.

FEDOTOV, Yury. **Diretor Executivo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime**. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/WDR/2013/PTReferencias_BRA_Portugues.pdf. Acesso em 16 mar. 2017.

FRANCISQUINHO, Sérgio; FREITAS, Solange Pinheiro de. **A INFLUÊNCIA DAS DROGAS NA CRIMINALIDADE**. Especialização em Formulação de Gestão de Políticas Públicas, da Universidade Estadual de Londrina. Londrina-Paraná, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 1ª.ed. Porto Alegre: Artmed, 2001.

GLUECK, Eleanor; GLUECK, Sheldon. **Jugendliche Rechtsbrecher**. 1ª.ed. Alemanha: Enke, 1963.

JÚNIOR, Farias João. **Manual de Criminologia**. 4ª.ed. São Paulo: Juruá, 2008.

JUSTIÇA, Ministério da. **Curso Nacional de Multiplicador de Polícia Comunitária**. 5ª. Edição. Brasília, 2013, p. 20. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/105/988/Multiplicador_Pol%C3%ADcia_Comunit%C3%A1ria.pdf

KALINA, Eduardo. **Viver sem drogas**. 1ª.ed. São Paulo: RT, 1987.

MICHAUX, Leon. **A criança delinquente**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

MONTALDO, Eddy E. *Psicología y asistencia social individual*. Apud OLIVEIRA FILHO; Antonio; SILVA-OLIVEIRA, Gabriel Camargo. **Conhecendo e Aprendendo a dizer NÃO as Drogas Psicotrópicas**.

SANTOS, Miguel. **Educação como prevenção da criminalidade**. Rio de Janeiro. 1979. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1ATessuSdwMJ:https://pt.slideshare.net/Ribeirojr/cartilha-conhecendo-e-aprendendo-a-dizer-no-as-drogas-psicotrpicas+&cd=5&hl=pt=br>. Acesso em 24 mar. 2017.

SELENE, 2007a. FRANCISQUINHO, SÉRGIO; FREITAS, SOLANGE PINHEIRO DE. Especialização em Formulação de Gestão de Políticas Públicas, da Universidade Estadual de Londrina. **A INFLUÊNCIA DAS DROGAS NA CRIMINALIDADE**. Londrina-PR 2008. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/experiencias-de-seguranca-publica-na-colombia-podem-servir-de-modelo-ao-rio-4653028.html>.

TAVARES, Antônio Giusti. **Manual de Dependência de Drogas**. 4^a.ed. São Paulo: Atheneu, 2001, p. 102. Art. 19.

DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mariana Melo
Luíz André de Carvalho Macena

RESUMO: Dentro da abordagem do Direito Penal, o autor Günter Jakobs revela a teoria sobre o Direito Penal do Inimigo, mostrando seu caráter e suas respectivas sanções para aqueles que são considerados inimigos perante a sociedade, dentro dessas perspectivas, há a condição de exclusão destes, perdendo seus direitos oriundos da personalidade e também seu perfil de cidadão, sendo encarados apenas como indivíduos, visando assim sua neutralização, a eliminação de um perigo, revelando também seu cunho radical. O ordenamento jurídico brasileiro também apresenta suas aplicações nas faces da teoria, mostrando assim as características e as devidas sanções que a esfera penal e a processual quisá procura aplicar para aqueles que são considerados os inimigos da sociedade, perante a contexto, este trabalho permite revelar a situação em que o Direito penal deve procurar atingir todos os casos de descumprimento da lei, para se adequar aos padrões de seu sistema jurídico procurando proteger toda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: 1.Direito Penal. 2.Direito Penal do Inimigo. 3.Coação. 4.Descumprimento.

1.INTRODUÇÃO

Em 1985 o mundo conheceu uma nova teoria, exposta, ainda que discreta e sob uma atuação totalmente descritiva, por Günther Jakobs, um jurista alemão que associou o radicalismo ao Direito Penal, o que fora conhecido por Direito Penal do Inimigo. Entretanto, foi somente em 1999, que a teoria passou do plano puramente conceitual, para o plano fátonormativo, empenhando o seu autor, a defender sua aplica-

ção e legitimidade. Com fins opostos ao Direito Penal Clássico, a proposta ousada de Jakobs, traz a ideia de um “inimigo” que deverá ser exterminado do seio social. Inimigo seria aquele que constantemente ameaça as regras estatais, aquele que, presumivelmente, traz consigo um potencial danoso interno, representando uma ameaça.

Diante da abordagem do autor sobre a face da teoria, este retrata que devem ser desconsideradas as características de uma pessoa quanto ao seu conhecimento como cidadão e sua personalidade perante o descumprimento da lei e as graves ameaças que estes representam a sociedade, sendo considerados assim apenas como meros indivíduos dela, a princípio um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, e o cidadão em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato. Para tanto, a que se observar os ditos de grandes filósofos que são significativos para compor a teoria de Jakobs como Hegel, Nicholas Luman, Kant e Rousseau, entre outros para que se consiga chegar em uma conclusão lógica quanto ao tema, por sua abordagem tão coativa quanto aos inimigos.

O trabalho vem a ser revelado perante procedimentos de abordagem qualitativa, buscando assim revelar sua veracidade a partir de pequenas construções de raciocínio, para que assim tente se chegar a sua compreensão. Por conseguinte, esta procura identificar os inimigos revelados na teoria, os distinguindo em sua evolução na história e considerando quais são eles na atualidade brasileira.

Ainda dar-se-á no Brasil a aplicação perante a constituição de 1988 que prevê a proteção do bem jurídico tutelado em seu artigo 5º, adquirindo seus valores a serem protegidos e as devidas sanções aqueles que infringem tal sistema, relacionando ainda com várias outras áreas do Direito brasileiro, apontando assim a continuidade do tema nos dias atuais. Portanto, para que a sociedade não sinta na pele as ações dos inimigos, aos imediatistas, aos pressionados, necessita-se assim de uma ação rápida para que os problemas criminais não se perpetuem, assim a teoria de Jakobs parece ter a solução perfeita a esses casos.

2.O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Para que se consiga compreender a teoria do Direito Penal do Inimigo formulada pelo autor Günther Jakobs é preciso retroceder aos filósofos antigos que dão a sustentação lógica e são imprescindíveis para a formulação da teoria.

Assim dá-se o embasamento proferido por Heguel, que para tanto, este explana a sustentação da ordem jurídica é a manifestação da vontade geral, assim, ele acredita que quando alguém pratica um delito, este alguém nega a vontade geral, uma vez que surge a pena criminal para negar a vontade do delinquente. Revelando uma frase famosa “ A pena é negação da negação do direito” por outro lado, dar-se-á o motivo para qual a pena surge como razão da vigência do contrato social.

Por conseguinte, acrescenta-se o pensamento de Niklas Luhmann dizendo que o Direito orienta a sociedade através das normas, segundo Luhmann:

[...] assegura-se algo que se pode esperar, indicando com seus elementos que não se deve aceitar um comportamento que provoca desilusão, mantendo, entretanto, a própria expectativa também contra o fato: contrafactual. De outra parte, a norma autoriza a reagir com o interesse de se adequar uma realidade ao Direito – seja para prevenir um desvio, seja para reparar os efeitos de um dano.

Visto que, este aplica a teoria do sistema jurídico pautada em 3 expectativas, a fim de que possa conseguir confiar nessas expectativas duradouramente, assim essas são:

Expectativas cognitivas, que tem por finalidade a busca da relação do homem com natureza no anseio da mudança do comportamento humano.

Expectativas normativas, buscando a relação do homem com os demais integrantes da ordem social, em que se aplica um sansão a fim do cumprimento desta, demonstrando seus atos normativos.

Expectativas contrafáticas, na condição de que o Estado através de uma sanção mostra que os cidadãos podem seguir sua vida normalmente, na expectativa de que situações defraudadas não serão praticadas.

Dessa maneira vê-se a diferença entre as duas, havendo as indagações sobre sistema jurídico (autopoiese) que, possibilitará à sociedade

moderna e complexa, escolhas racionais que diminuem suas frustrações. Diante disso, Luhmann diz que “ Ou se muda o comportamento humano diante de uma expectativa ou se mantém a expectativa da norma”.

Em suma para Jakobs devemos trabalhar com a pena da prevenção geral positiva, dizendo que o Direito Penal não protege o bem jurídico - a vigência da norma, mas sim as expectativas normativas para a construção da sociedade. Revalendo um mandado normativo cuja a sentença é não violar os direitos como cidadão e os valores da norma. Tomando como exemplo a tentativa do crime, tendo como base pelo autor o crime como negação da vigência da norma e a pena, reestabelecendo a vigência normativa, é a negação da negação da vigência da norma.

Ademais se inserem as bases contratualistas, dizendo que o delinquente que infringe a norma –contrato social- não devem ser beneficiados, para Rosseau o autor que ataque o direito social, deixa assim, de ser membro do Estado, mas também, Fichte explana, aquele que abandona o contrato social perde o direito como cidadão e como inimigo.

Por outro lado, dois estudiosos afirmam que, todo delinquente é inimigo sendo eles, Hobbes, que em seu ponto de vista, exclui o indivíduo da sociedade a partir do momento no qual estes infringem tal contrato, assim perdem seus direitos como indivíduo, mas ainda, continua obtendo os mesmos como cidadão. Já Kant afirma que quem não se deixa obrigar pela constituição cidadã deve ser tratado como inimigo. Dessa forma Kant e Hobbes reconhecem dois direitos penais: Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo. Em que o primeiro afirma que os cidadãos são aquelas pessoas que não delinquem de forma persistente, desviam sua conduta, mas não persistem, mantendo sua condição de pessoa, e o segundo, considera que são inimigos aquelas pessoas que delinquem um princípio, desviam sua conduta do contrato social de forma reiterada, e assim não pode ser tratada como pessoa.

Jakobs se contrapõe ao pensamento de Fichte e Rosseau, dizendo que:

“Não gostaria de seguir o conceito de Rousseau e Fichte, pois é demasiado abstrato em sua distinção radical entre o cidadão com seu direito, de um lado e, de outro, o justo do inimigo. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também um criminoso, e isso por duas razões: o delinquente tem um Direito, de acertar-se novamente com a sociedade e, para

tanto, deve conservar seu status de pessoa, de cidadão – em todo caso, no Direito; o delinquente tem, ademais, o dever de ressarcir, e deveres pressupõem personalidade, em outras palavras, o criminoso não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu fato”

2.1 O funcionalismo penal de Günther Jakobs

Em suma o funcionalismo tem por objetivo traçar os nortes para a interpretação e a aplicação do Direito Penal, dando origem a teoria funcionalista sistêmica, que é voltada para a prevenção geral da norma penal, tendo assim por dever a reafirmação do

Direito. Jakobs afirma ser o crime a falha dessa comunicação e, a pena, a forma de se preservar a identidade daquela sociedade agredida e para isso, apresenta como saída a “personalização de sujeitos”, ou seja, buscar-se-ia identificar na sociedade, o indivíduo singular. Para essa teoria, quanto ao bem jurídico penal, principalmente visa-se a manutenção das expectativas normativas.

Isso quer dizer que o Direito Penal não se preocuparia em punir o infrator como consequência do ato danoso, mas a sua punição seria para reafirmar a norma penal infringida. Vista, Bacigalupo citado por Moraes, afirma ainda que:

As normas, por sua vez, autorizam a lesão a bens ou a modificação de situações quando isso se torna necessário para o desenvolvimento da sociedade: permite-se a produção de certos perigos como o tráfico automotor e a conversão de tais perigos em danos não se imputa ao autor que se manteve dentro dos limites do risco permitido. Esse é o ponto do funcionalismo, que Jakobs “o funcionalismo jurídico – penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”. Inegavelmente, esse funcionalismo radical, muito se aproxima da máxima de Maquiavel para o qual os fins justificam os meios.

Para o autor o Direito Penal pode proceder de dois modos, em que no Direito Penal do Cidadão as pessoas que cometem um crime comentem um erro, assim, o Estado espera elas agirem –cometerem um delito- para aplicar a vigência da norma proposta pelo Direito. Já pelo

Direito Penal do Inimigo, as pessoas que querem “destruir” o or-

denamento jurídico- cometendo um delito-, assim o Estado não pode esperar que estas comecem a agir, elas devem ser interceptadas anteriormente em estado prévio. Haja vista que o Inimigo deve ser “neutralizado” para que assim deixe de cometer crimes.

Para tanto quem não apresenta uma segurança cognitiva mínima, não conseguirá se habituar as normas sociais, com isso não pode ser tratado como pessoa. Essa característica de “neutralizar” o inimigo tem por o intuito evitar danos futuros que estes podem vir a cometer, mas, porém, há a defesa que o inimigo deve ser excluído da condição de pessoa, porém ainda continua com sua condição de indivíduo.

Para Jakobs o indivíduo é resultado de um processo natural, adquirindo seus direitos como a personalidade, já a pessoa seria um produto social com unidade ideal de direitos e deveres, destinatário das expectativas normativas.

Luiz Flávio Gomes interpretando essa realidade dual aduz que:

[...] Direito Penal do Cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do Inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

Isso quer dizer que, custe o que custar, independente das consequências, o Direito Penal deve garantir a estabilidade da norma, cujo desrespeito configuraria um descompasso no sistema. Para isso o Direito se utilizaria da própria norma atingida, que através da sua incondicionalidade seria capaz de restabelecer o *status quo*.

3.O INIMIGO

Jakobs já defendia que o Direito Penal passou de uma reação social ao fato criminoso para uma reação contra o inimigo. Porém em 1999, em uma palestra na Conferência do Milênio em Berlim, o autor abandonou a personalidade crítica e descritiva, e apresentou ao mundo o conceito definitivo de Direito Penal do Inimigo.

Em linhas gerais, para se compreender o termo “pessoa”, segundo

Jakobs e Luhmann, é necessário que se faça uma breve separação jurídica, ainda que suspeite uma contradição, entre o indivíduo com base na sua consciência cognitiva e a sociedade, baseada na comunicação de seus membros, dado que a primeira só poderá ser visualizada quando já inserida no meio coletivo, quando já estiver se comunicando com os demais. E por isso, remete Alexandre

Moraes, que o significado “pessoa” não seria algo dado pela natureza, mas sim uma construção social¹⁵. Por outro lado, temos que pessoa é aquela que fornece uma garantia suficiente de que irá se comportar como tal, pois sem essa mínima garantia a sociedade é, desde modo, inviável. Do outro lado, se inexistir essa garantia ou se a mesma for negada pelo indivíduo, ele perde as características de ser humano que lhe são inerentes e, o Direito Penal volta-se contra o mesmo, não mais como uma reação a um simples delinquente, mas agora contra um inimigo.

Diante do exposto, o Direito Penal do Inimigo não pune o cidadão, antes o inimigo. Assim este seria aquele que desvinculou das regras normativas do Estado, adequando uma postura opositiva, não apresentando segurança a sociedade. Segundo Sanchez:

[...] um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

Exemplificativamente, os inimigos reais seriam os criminosos econômicos, os terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas. Contra esses, ter-se-ia um Direito Penal do Inimigo, não no sentido de “inutilidade” da tutela penal, senão como dever do Estado em tratá-lo, não mais como pessoa, pois se contrário fosse, tornaria vulnerável o direito à segurança dos demais.

3.1 Características

Muito embora o Direito Penal do Inimigo também se valha essencialmente de outras características tais como: a desproporcionalidade

da pena; o caráter prospectivo do Direito; o inimigo como objeto de coação; a consideração do seu grau de periculosidade e não do grau de culpabilidade; a neutralização do perigo; a simbologia do inimigo. Segundo o Professor José Maria Silva Sanches “São características dos inimigos: reincidência, habitualidade, profissionalismo delitivo, e as organizações delitivas estruturadas¹⁷.”

Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

3.1.1 Criação de um Direito Penal por Jakobs

Gunther Jakobs dá a criação de um Direito Penal diferenciado, com normas e princípios diferentes, reconhecendo medidas excepcionais legais que caracterizam o Direito Penal do Inimigo. A partir disso o autor reconhece duas medidas: As penais e as penais processuais.

As medidas penais são definidas a partir da proliferação de crimes de risco, assim, darse-á o aumento da incriminação de atos preparatórios, a agravação das penas criminais independentemente de qualquer proporcionalidade entre a pena e a criminalidade do fato, a desproporcionalidade das penas e as numerosas leis das quais se denominam: leis de combate ao crime organizado.

Já as medidas processuais, acredita-se que deve haver a restrição de garantias de direitos processuais ao executado, o alargamento dos prazos na prisão preventiva, a ampliação dos prazos de detenção policial para fins investigatórios, há prevenção de crimes sem motivo, a inversão do ônus da prova, generalização de método de investigação e acredita que as normas do Direito penitenciário que recrudescem as condições de classificação dos internos e limitam a concessão de benefícios aos penitenciários, e as medidas que ampliam os requisitos de livramento condicional.

4.O INIMIGO NA HISTÓRIA

O inimigo no Direito Penal é recente, em Atenas Dracón estabeleceu a pena de morte a todos os inimigos, está resumida aos crimes contra os deuses e instituições de Estados. Já no Direito Romano não se reconhecia o direito de pessoa para quem se praticasse o Perduellio recebendo também a pena de morte. No Direito Penal medieval haviam os delitos praticados pelos inimigos, estes eram punidos com pena de morte caso fossem hereges, fizessem apostas, fossem feiticeiros, pederastas e os diversos crimes de lesa a majestade. Por fim nos regimes totalitários os inimigos eram considerados os Judeus e seus aliados, em que o Direito Penal atuava para eliminá-los.

5.O DIREITO PENAL NO INIMIGO NO BRASIL

Primordialmente, deve-se seguir a orientação dada por Jakobs, sobre a possível adoção de um Direito Penal do Inimigo em dado ordenamento jurídico. O Direito Penal geral, de partículas e variações desse direito de exceção, prejudicial à atuação estatal. E por isso, Jakobs, conclui que: “um direito Penal do Inimigo claramente delineado é menos perigoso, do ponto de vista do Estado e do Direito, do que misturar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo”. Não se pretende tratar da inconstitucionalidade do Direito Penal do Inimigo no ordenamento pátrio, apenas mencionar as suas respectivas infiltrações. Isso porque, como é cediço, uma das principais características dessa teoria é justamente a relativização de garantias, afim de que, então sendo obviamente incontestada sua inconstitucionalidade.

É certo dizer que no Brasil têm-se um “modelo penal perfeito” se comparado com outros países, sem grupos paramilitares, ou terroristas. Todos esses personagens, logicamente, figuram como inimigos no seu respectivo território. Todavia quando se fala no Brasil, eis que seria oportuna a indagação: para que guerrilheiros, ou grupos paramilitares, ou extremistas religiosos, se aqui temos o PCC (Primeiro Comando da Capital), o ADA (Amigo dos Amigos), o CV (Comando Vermelho), e o TC (Terceiro Comando).

5.1 O Terrorismo no Tempo da Pátria

No Brasil, a falsa sensação de que o país é livre de atentados diminui a atenção que a matéria merece, escapando assim à margem das discussões doutrinárias, a problemática do terror. Para tanto, convém pesquisar o terrorismo como infração penal no Brasil em virtude do preceito constitucional brasileiro que o enuncia como crime. No entanto, apesar do enunciado constitucional, a ordem jurídica do país não adequou a esse preceito uma legislação penal correlata, não havendo um aparato normativo infraconstitucional sobre o terror. Acerca do tema, tem-se apenas a Lei de Segurança Nacional, onde se pune a prática de “atos de terrorismo”, mas na mesma não se encontra definido o que constitui tais atos.

Pesquisando como o terrorismo se manifestou na história do Brasil, verifica-se que a raiz do terror no país é frequentemente relacionada à ditadura militar de 1964, quando, em 31 de março, setores militares apoiados pelos EUA e por segmentos da sociedade civil brasileira depuseram o então presidente João Goulart, dando início ao período que marcou para sempre a história do país. Com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (AI-5)²⁷, o regime militar endureceu-se ainda mais, desenvolvendo uma fase de intensa repressão e de caça aos brasileiros considerados “subversivos” pela nova regra. De acordo com Sutti, pela ideologia militar, qualquer um podia ser considerado “suspeito” de ser subversivo, podendo, assim, ser preso, e muitas vezes, torturado, e até morto²⁸. Os autores relembram que, para agir dessa forma, o governo alegava que o Brasil estava vivendo um período de “guerra revolucionária”, não havendo necessidade de “formalismos jurídicos”, e nem mesmo qualquer prestação de contas às autoridades judiciárias ou à opinião pública.

De acordo com Guimarães, o Brasil não tem sofrido efetivos atentados terroristas no período mais recente. Segundo o autor, dos tipos de terrorismo, entretanto, o baseado em organizações criminosas é o que se afigura mais presente no país²⁹. Assim é que, se não há no país problemas de ordem religiosa e política que levem a atentados terroristas, há, por outro lado, o fortalecimento do crime organizado, que por vezes se incrusta no poder público de tal forma, que passa a atingir altas autoridades e a cúpula de certos setores da administração. O autor anota que

o crime organizado daqui não se utiliza, ao menos ainda, do terrorismo, embora algumas condutas dele se aproximem. O autor lembra, ainda, que existe outra forma de organização criminosa, bastante “à brasileira”, que se mostra bem menos organizada e parece não contar com a direta participação de agentes da cúpula do poder público, unida em comandos criminosos nos quais delinquentes comuns se reúnem para preparar grandes motins em penitenciárias, comandar o tráfico de entorpecentes a partir das unidades prisionais, elaborar fantásticas fugas e grandiosos resgates de presos.

No Brasil, embora não haja um tipo penal bem delimitado para o crime de terrorismo, o bem jurídico que se visa tutelar com esse tipo penal, não é único, tal a diversidade e a complexidade do fenômeno. De acordo com Guimarães, são tidos como bem jurídicos tutelados, no crime de terrorismo: a segurança, a incolumidade e a paz públicas, ou em outras palavras, a ordem pública e a paz social. Conforme o autor, o dispositivo também tutela, no aspecto do poder público constituído e da ordem constitucional vigente, a estabilidade social e, mais concretamente, a estabilidade política¹.

O terrorismo na Constituição Federal de 1988 Tratando ainda do bem jurídico a ser tutelado com a tipificação do terrorismo, convém relacionar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 acrescentou no caput do artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais, deixando clara a determinação de garantia de vários bens jurídicos, especificando garantir aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à privacidade. Estes são os valores mais vulneráveis perante os terroristas, e, por este motivo, são bens que merecem a proteção da ordem jurídica. A noção de bem jurídico e a necessidade de sua proteção, assim como o fundamento para a eleição do que vem a ser tutelado pelas normas mais graves do ordenamento jurídico – as normas penais –, é que vêm esclarecer o motivo pelo qual o legislador constitucional pátrio empregou importância ao repúdio ao terrorismo – o que se verá detalhadamente adiante. O fundamento para a apreciação e a constatação da relevância de um bem jurídico deve ser retirado da Constituição Federal, uma vez que a hierarquia dos bens jurídicos a tem como matriz. A Constituição, por sua vez, expressa, a partir de princípios e direitos fundamentais, a

1. GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Tratamento penal do terrorismo. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51.

vontade do Poder Constituinte, que nas democracias é – ou pelo menos expressa e representa – a vontade popular.

A inclusão de uma conduta criminosa no texto constitucional demonstra o grau de atenção que o sistema jurídico-político atribui ao assunto. Sendo assim, o repúdio ao terrorismo ganhou força constitucional, já que foi expressamente colocado na Carta Magna brasileira atual, dando fundamento constitucional claro para o seu combate, até porque o Direito Penal tem por escopo a proteção dos bens jurídicos mais fundamentais para a vida em sociedade. Ainda que não tenha o terrorismo um sentido constitucional preciso, a prática do terrorismo colide com os bens jurídicos protegidos pela Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro, incluído em alguns dos princípios, direitos e garantias fundamentais. No entanto, nem sempre na história constitucional do país foi assim. A inovação foi criada somente em 1988, a atual Constituição Federal, que se referiu expressamente ao terrorismo, enquadrando-o no âmbito das relações internacionais que o país deve manter com outros países. Foi a redemocratização quem trouxe abertura política do país e mudou o conceito de segurança nacional.

O texto constitucional de 88, além de referir-se indiretamente ao terrorismo por duas vezes, refere-se diretamente ao assunto, tratando deste inclusive com destaque, inserindo disposições acerca do tema entre as cláusulas pétreas. Na análise do tratamento constitucional do terrorismo na CF/88, convém ressaltar, a princípio, que o cometimento de atos de terrorismo vulnera princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da prevalência dos direitos humanos e da solução pacífica dos conflitos: Art. 1º.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...] III – a dignidade da pessoa humana. Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos. Inserido entre os princípios fundamentais da CF/88, a primeira referência direta ao terrorismo consta no art. 4º, que aborda os princípios relativos à comunidade internacional, isto é, que regem o Brasil em suas relações internacionais, determinando o comportamento do Brasil como pessoa jurídica de Direito Internacional: Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas

suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo. A segunda referência direta consta no art. 5º, que trata dos direitos e das garantias fundamentais, determinando que o terrorismo seja equiparado a crime hediondo, e que por isso, seja inafiançável e insuscetível de graça ou anistia: Art. 5º. [...]: XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. Além desses artigos, claros e objetivos, a Magna Carta estatui ainda tratar-se de crime inafiançável e também imprescritível, a “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.²

A negação ao terrorismo indiretamente no texto constitucional de 1988 também se apresenta na vedação de associação de caráter paramilitar (art. 5º, XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar), ou ainda de sua utilização por partidos políticos (art. 17, § 4º - é vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar). Como se pode perceber, a Constituição Federal brasileira tratou especificamente do assunto terrorismo, mesmo que de maneira sucinta, empregando, porém, o termo terrorismo expressamente, instruindo como a legislação infraconstitucional deve tratar da matéria. Mais que uma simples citação, viu-se que o constituinte o colocou em posição claramente destacada. Ao inseri-lo no título dos direitos e garantias fundamentais, vislumbra-se uma expressa recomendação para que a lei considere o terrorismo como um dos delitos mais graves, devendo ser tratado com mais rigor. Com isto, o texto constitucional de 1988 teve a preocupação de resguardar com evidente zelo certos bens jurídicos, tais como a vida, a saúde pública, a dignidade humana, dentre outros, constituindo, a agressão a esses valores, os piores delitos do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, deve-se supor que as leis que cuidam dos delitos hediondos, da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e do terrorismo devem ser mais rígidas, em comparação

2. República Federativa do Brasil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.html. Acesso em: 16 mai. 2016.

• BRASIL. Ato Institucional 5/1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso: 16 mai. 2016.

• SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. As diversas faces do terrorismo. São Paulo: Harbra, 2003.p.61

• GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Tratamento penal do terrorismo. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 30-31.

às outras espécies de crime, podendo até trazer outras vedações, desde que compatíveis com o espírito constitucional. Porém, acontece que, a legislação extravagante cuida de maneira superficial do terrorismo, que doravante passará a ser analisado sob o prisma do Direito Penal.

As consequências dos muitos atos terroristas ocorridos no decorrer da história fizeram com que tais atos fossem logo compreendidos como infrações penais graves, que deveriam ser debatidas não somente pela sociologia ou mesmo pelo direito internacional, mas, sobretudo, pelo Direito Penal, nele inserindo-se fórmulas que buscassem reprimir, de qualquer forma, as condutas dessa natureza, efetivando-se seu combate. Desta maneira, as primeiras legislações penais antiterror começaram a surgir logo após o regime de terror e intimidação instituído na Revolução Francesa, depois da queda de Robespierre, revolucionários. No Brasil, seguindo a legislação europeia, o primeiro diploma acerca do tema foi o decreto 4.269, logo seguido da lei 38, de 1935, punindo os autores de crimes contra a ordem política e social. Como a definição de terrorismo extrapola os aspectos conceituais das Ciências Humanas e Criminais, e reitera-se historicamente, ele já foi identificado como crime organizado, máfia, subversão, bandidagem, quadrilha. Hoje, com dimensões bem mais complexas do que outrora, o fenômeno caminha a passos firmes e largos, mas continua sem apreciação legal exata, específica; aliás, grande parte da doutrina afirma que não existe na legislação penal brasileira, o delito de terrorismo. Para Moraes, no Brasil ninguém pode inclusive ser preso, processado e julgado pela prática de crime de terrorismo, pois, no ordenamento jurídico pátrio, nenhuma lei penal incriminadora define o tipo penal em comento. Entende o autor que, desse modo, “não é difícil reconhecer que existe a lacuna legal, onde as condutas terroristas não se amoldam as figuras típicas previstas em nosso ordenamento jurídico – o que limita a aplicação do ‘ius puniendi’ estatal”. De fato, mesmo tendo sido mencionado expressamente e com destaque na Constituição Federal, além mesmo em meio às cláusulas pétreas, o terrorismo em si nunca ostentou tipo penal próprio na legislação penal brasileira.

Assim ocorreu nas Ordenações Filipinas, no Código Criminal do Império e nos Códigos Penais da República. Dessa forma, passou-se a indagar se já existia delito de terrorismo definido na legislação em vigor, ou se havia necessidade da aprovação de lei que o definisse. Em face

dessa lacuna, atualmente, na legislação ordinária em vigor, o terrorismo é mencionado apenas na Lei dos Crimes Hediondos e na Lei de Segurança Nacional, que são analisadas separadamente a seguir, apenas nos dispositivos que importam ao assunto.

6. DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

Diante do exposto, a abordagem feita por Jakobs quanto ao Direito Penal do Inimigo procura adequar suas características, tidas como um reflexo da teoria nas leis brasileiras, mostrando assim onde a putatividade é nos dias de hoje encaradas como as medidas coercitivas nas quais já foram citadas, dando assim a neutralidade dos inimigos e buscando anular a vulnerabilidade social que o Estado ainda mantém.

Contudo deve-se retomar os princípios do funcionalismo presente na década de 30, e o princípio da culpabilidade. Assim Hans Kelsen apresenta em sua tese funcionalista a definição de que a conduta é o comportamento humano voluntário e conscientizado voltado a uma determinada finalidade. A partir disso o funcionalismo é acrescido na reforma penal de 84 em que se deu a passagem de um código brasileiro causalista para um finalista, na qual está presente em seu Art.20 do Código Penal, sendo visto como um erro incriminador, pois exclui o dolo –característico do funcionalismo-.Haja vista que isso hoje não satisfaz, pois estamos em um momento pós finalista.

Portanto o Direito Penal do Inimigo se situa dentro de um funcionalismo pós finalista, ainda que o funcionalismo não se trata apenas da teoria de Jakobs sendo assim voltado a três vertentes, a moderada em que considera que a vida deve ser regada em sociedade para proteger o bem jurídico ,reducionista de Raul Zaffaroni em que se deve conter e reduzir o sistema punitivo Estatal para tutelar o bem jurídico e o radical de Günther Jakobs em que a função penal não é proteger o bem jurídico e sim a norma.

O Direito Penal serve para tutelar e regar a vida em sociedade, sendo mais um órgão de controle social, procurando a previdência social, assim, pela vertente normativa de Jakobs deve-se reduzir o poder punitivo do Estado, evitando a desproporcionalidade entre o fato e o cumprimento da pena, para que se possa evitar a lei de Talião, assim

Gandhi diz: “Olho por olho, dente por dente e lá na frente a sociedade fica cega e banguela”.

6.1 O terrorismo na Lei nº 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos

A legislação penal brasileira reconheceu a natureza de hediondo àqueles crimes considerados de extrema gravidade, ou seja, aqueles que atingem valiosos bens jurídicos, assim considerados pelo ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, a Lei 8.072 teria nascido com o objetivo de elevar penas, impedir benefícios e impor maior aspereza no trato com determinadas espécies de delitos. Neste compasso, o terrorismo, seguindo a disposição advinda da CF/88 (art. 5º, XLIII, já citado e comentado), não é fixado, segundo a própria denominação legal, como delito propriamente hediondo, uma vez que não figura no rol dos crimes que a lei nº 8.072/90 que assim os reconhece.

Desta maneira, dispõe o art. 1º: Art. 1º. São considerados crimes hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II – latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); III – estupro (art. 213, caput, §§ 1º e 2º); VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VIIA – (vetado); VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, 1º-B, com redação dada pela Lei 9.677, de 2 de julho de 1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889. Na verdade, o terrorismo se encontra ao lado do rol em questão, e, por isso, é tido apenas como um crime “equiparado a crime hediondo”. Mesmo assim, o terrorismo recebe, para os fins das normas processuais e de execução penal, o mesmo tratamento dos crimes inseridos na denominação de hediondos.

Desta forma, a lei ordinária seguiu a ideia da própria CF/88, que determinou que, ao lado das infrações que assim fossem consideradas, estaria o terrorismo, além do tráfico ilícito de entorpecentes e a tortura.

Assim, versa o art. 2º: Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da

tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança. § 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 3º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. § 4º. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Por ser equiparado a crime hediondo, o terrorismo detém o mesmo rigor penal e processual penal que os crimes hediondos propriamente ditos, assim como idênticas regras na fase de execução da pena reservadas a esses crimes, conforme foram impostas às figuras penais citadas, o que confirma a preciosidade do bem jurídico que se visou resguardar com a tipificação desse delito. A despeito de não ser nominalmente um crime hediondo, o terrorismo na verdade na prática o é, e com isso corrobora. Assim, essas três modalidades de infrações são, na essência, tão ou mais hediondas que os crimes descritos. No rol do art. 1º da Lei 8.072/90. Sendo assim, ao ser equiparado a crime hediondo, o terrorismo é insuscetível de anistia, graça e indulto, e também de liberdade provisória e fiança.

6.2 Art. 291 do Código Penal –Petrechos para a falsificação da moeda.

Nesse caso, pune-se os atos preparatórios do autor, ou seja, uma verdadeira antecipação da tutela penal, conforme pregava Jakobs. Assim reza o art. 291 do Código Penal: “Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”. Finalmente, seria penalizado o “movimento interno do autor”, a sua mera arquitetura para o crime futuro, o seu pensar doloso – nítida influência da teoria de Jakobs -, e não o fato -como consequência, no caso, efetiva fabricação da moeda falsa-, que, poderia ou não, restar consumado.

6.3 A Lei 11.343/06 –A lei de drogas.

A discussão cerca o art. 33 da mencionada lei, redigido da seguinte forma: Art. 33 - Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Trata-se, portanto de crime de mera conduta, cuja consumação se dá desde logo, ou seja, quando da imediata prática do verbo penal que corre em paralelo com os crimes de perigo abstrato, que prescindem da exposição ao perigo, todos eles, independentes do resultado – tal como pregava Günther. Sob o mesmo norte, se posiciona o comovente discurso garantista, pois consoante Daniel Viegas, constata-se que:

[...] mesmo não havendo resultado, a pessoa é indiciada, acusada e condenada, já que independe da prova de dano, não cabendo nem a presunção de inocência, nem a insignificância e muito menos o *in dubio pro reo*, primados de um Estado de Direito”.

Talvez outra manifestação do Direito Penal do Inimigo, ocorresse em seu art. 44, o qual vedava expressamente o deferimento de liberdade provisória. Mas novamente a Lei 11.464/07, apurou tal limitação, sendo que alguns sustentam, agora, ser inconstitucional o conteúdo daquele referido artigo.

6.4 Lei 7.565/86-Lei do abate.

O Decreto nº 5.144/04 regulamentou a Lei 7.565/86 – Código Brasileiro da Aeronáutica –, mais precisamente os seus artigos. 1º, 2º, e 3º, legitimando o abate de aeronaves consideradas hostis, dentro do território nacional. Como é cediço, as principais rotas de entrada e saída de drogas, se dão por meio de pequenas aeronaves, que levam e trazem os entorpecentes a países vizinhos sem quase serem percebidas. Então, como uma verdadeira medida de combate aos traficantes, que utilizam

do espaço aéreo para promover o ilícito, é que surgiu a regulamentação, ora conhecida como Lei do Abate.

A sistematização da Lei do Abate consiste, primeiramente, na identificação da aeronave suspeita, ou seja, “aquela que entrou em território nacional, sem plano de voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas”. Em seguida sobem ao ar os pilotos de interceptação, os quais procedem à checagem daquela aeronave suspeita, tais como a respectiva matrícula, nome do proprietário e outros dados de identificação. Se regular, aqueles pilotos apenas acompanharão aquela aeronave até os limites do território nacional. Porém, se irregular, será feito contato via “frequência internacional de emergência”, seguidos de efeitos visuais, cartilha básica de um piloto.

Caso não respondido, abrir-se-ão todas as frequências possíveis para o contato, caso em que o piloto suspeito será orientado a mudar de rota e, caso não atendido, será determinado que pouse obrigatoriamente. Ato contínuo, se o suspeito ainda ignorar a solicitação, os pilotos de interceptação dispararão os chamados tiros de advertência, porém não com o intuito de atingir, antes apenas uma ameaça.

Após todos esses procedimentos, a aeronave passa de “suspeita” para “hostil” – inimigas, na concepção de Jakobs –, e então estará sujeita ao tiro de destruição, conforme a Lei 5.144/04.

Logo é facilmente vislumbrada a relativização dos direitos, que sofre o piloto tido como suspeito. Recaindo essa relativização, precipuamente, sobre a vida, a proibição da pena de morte em tempo de paz e o devido processo legal, segundo Luiz Flávio Gomes, tipicamente um Direito Penal do Inimigo.

7. OUTROS VESTÍGIOS

Tão logo, a influência do Direito Penal do Inimigo não se esgota nas legislações supracitadas. Seus resquícios ideológicos também ser encontrados na Lei 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas; Na Lei 10.826/03, o Estatuto do Desarmamento, que dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e

munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm -, define crimes e dá outras providências; Lei 7.492/86, que define os Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; Lei 8.137/90 define os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo; na Lei 9.455/97, que define os crimes de tortura; na Lei 7.716/89, define os crimes de resultantes de discriminação de raça e cor

Diante do exposto, portanto, vimos que o legislador brasileiro cada vez mais, se inclina ao Direito pensado por Jakobs, talvez na sua busca pungente em saciar o sentimento de injustiça, compartilhado pela mãe que teve seu filho morto por um traficante, ou mesmo pela vítima de um roubo, enfim. Adere-se a uma tendência, da qual é impossível se prever a eficácia, porém satisfatória aos olhos do cidadão, cansados, quem sabe, da mortalidade diária que o enfada.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação de um Direito Penal do Inimigo tem sido justificada como medida necessária para o combate a certos tipos de crimes, que por sua gravidade, propagou-se a certeza de que não encontram respostas eficazes na repressão por medidas normais.

Dessa forma, seria irracional ao operador jurídico punir o criminoso comum da mesma maneira que o Inimigo, pois tratam-se de sujeitos de natureza distinta. Enquanto o criminoso comum, apesar de ter cometido um crime, se mantém fiel ao Direito, já o Inimigo afastou-se da norma, que não oferece garantias que voltará a comportasse de acordo com o Direito.

Nesse sentido a aplicação do Direito Penal do Inimigo seria destinada ao Inimigo, sendo retirado dele os seus Direitos inerentes ao devido processo legal, mantendo-se, de outra forma, as garantias jurídicas ao criminoso normal.

No que pese a discussões sobre a aplicação do Direito Penal do Inimigo, conclui-se que este é incompatível com o Estado Democrático de Direito, bem como defende ações contrárias aos Direitos Humanos. Trata-se de Direito de exceção, que retira do sujeito garantias jurídicas já sedimentadas nos ordenamentos jurídicos. Observando que por não existir um conceito definido de inimigo, a redução de garantias não fi-

caria limitada aos inimigos, mas também alcançaria o cidadão. Frente ao Estado todos passariam a serem alvos, minando a segurança da sociedade, mesmo que a política criminal seja voltada para os que possuem a personalidade reprovada, poderia um inocente ser confundido e ser processado sem ter respeitado suas garantias.

Portanto, mesmo sendo pequena a influenciado direito Penal do Inimigo, no ordenamento jurídico brasileiro, não causando malefícios aos direitos humanos e as garantias fundamentais, como prega a teoria de Gunther Jakobs. Devendo os legisladores pautarem seus esforços, em teorias que equilibrem a intervenção do Estado, devendo o Direito Penal somente intervir em casos extremos, quando os demais ramos do Direito não forem suficientemente capazes.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Glauco. Entenda o que é lei do abate. Disponível em: “<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1193453-5598,00-ENTENDA+O+QUE+E+A+LEI+DO+ABATE.html>”.

BARROSO, Daniel Viegas S., *Criminologia: Do Estado de Polícia ao Estado de Direito*. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2009.

BRASIL. Ato Institucional 5/1968. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm”.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto nº 4.269, de 17 de janeiro de 1921. Regula a repressão do anarquismo. Disponível em: “<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1921-01-17;4269>”.

BRASIL. DECRETO Nº 5.144, de 16 de julho de 2004. Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.html”.

BRASIL. Lei Ordinária de 3 de maio de 1995.Revogada.

BRASIL. Lei Orçamentaria de 7 de abril de 1997. Define crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: “http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.455-1997?OpenDocument”

BRASIL. Lei Ordinária nº7.170, de 14 de dezembro de 1983.Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e nacional, estabelece seu processo e julgamento, e das outras providencias.Diario Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.

BRASIL. Lei Ordinária de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e da outras providências. Disponível em: “http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%207.492-1986?OpenDocument”.

BRASIL. Lei Ordinária de 19 de dezembro de 1986.Dispõe o código brasileiro de aeronáutica. Ministério da Justiça. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.html”

BRASIL. Lei Ordinária de 21 de dezembro de 1989.Dispõe sobre prisão temporária. Ministério da Justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.html

BRASIL. Lei Ordinária de 22 de dezembro de 2003.Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o sistema nacional de armas-SINARM, define crimes e das outras providencias. Disponível em: “http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.826-2003?OpenDocument” .

BRASIL. Lei Ordinária de 23 de agosto de 2006.Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas-SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e da outras providencias. Ministério da Justiça. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.html”.

BRASIL. Lei Ordinária de 25 de julho de 1990.Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do Art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providencias. Ministério da Justiça. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm”.

BRASIL. Lei Orçamentaria de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: “http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.137-1990?OpenDocument”.

CREMONESE, Dejalma. O Liberalismo de Locke: O cidadão com direitos naturais. Monografia Ciências Sociais, Ciência Política da -UNIJUÍ/UFRGS, Rio Grande do Sul.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (Ou Inimigos do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, out. 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Lei do Abate: Inconstitucionalidade. Jus Brasil. Disponível em: “<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>”
inconstitucionalidadeHYPERLINK “<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>” .

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Tratamento penal do terrorismo. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

HEGUEL, Georg Wilhein Friedrich. Apud BITENCOURT, 2010.

JAKOBS, Günter Meliá Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª ed. 2008.

JAKOBS, Gunther, Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JAKOBS, Gunther. Sociedade, Norma e Pessoa. 1998. In: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. 2008.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Terceira Velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do Inimigo, 2006. Dissertação (Mestrado Direito Penal) - Pontifca faculdade católica de São Paulo.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Terceira Velocidade do Direito Penal: Direito Penal do Inimigo. Curitiba: Juruá, 2008, (v.1).

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Terceira Velocidade do Direito Penal: Direito Penal do Inimigo. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de A Terceira Velocidade do Direito Penal: Direito Penal do Inimigo. Curitiba: Juruá. 2009.

MORAIS, Márcio Santiago de. Aspectos do combate ao terrorismo: prevenção e repressão legal no exterior e no Brasil. Direito militar, Florianópolis, 2002, v. 6, n. 34.

SALMEN. Amir Roberto. O Direito Penal do Inimigo segundo Günther Jakobs. Disponível em: “<http://www.dpi.policiacivil.pr.gov.br/arquivos/File/odireitopenaldoinimigo.pdf>”.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. A expansão do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SANCHEZ apud GRACIA MARTIN, Luis. O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. Traduzido por Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. As diversas faces do terrorismo. São Paulo: Harbra, 2003.p.61

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; et al. Direito Penal Brasileiro. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

DA NECESSIDADE DE LAUDO DEFINITIVO PARA CONDENAÇÃO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Gabriel Gonçalves de Souza Bernardes
Gabriela Oshiro Reynaldo

RESUMO: A exigência do laudo toxicológico, definitivo referente à droga, no crime de tráfico, é incontestável, a além da nulidade do processo, a inexistência do laudo definitivo, estabelece a absolvição do acusado, comprovando que sem o referido laudo não há comprovação da materialidade do crime, sendo os efeitos estendidos ao corréu. Mesmo o réu confessando, não é possível a condenação apenas com laudo preliminar, pois o crime de tráfico de drogas é um crime que deixa vestígios, devendo haver perícia, pois a confissão implica exclusivamente no reconhecimento da autoria, e não da materialidade. Dessa forma, é importante que os tribunais reconheçam que a condenação diante da omissão de confirmação da materialidade do crime, é ilegal. Verifica-se que ao absolver o indivíduo pela falta do laudo toxicológico, o magistrado colabora com a segurança jurídica, mas, não é novidade, a insegurança jurídica que predomina no judiciário brasileiro, onde há divergente decisões sobre o mesmo tema. Cumpre ressaltar, que somente o laudo preliminar, não proporciona a comprovação da materialidade do crime, quando da sentença condenatória, tendo em vista que eis que não complementa a ausência do laudo toxicológico (definitivo), o qual é imprescindível para comprovação do crime de tráfico de drogas. Isto acarreta casos, em que o corpo social passa ser vítima das injustiças do Estado, causando danos irreparáveis como o caso de Daniele Toledo, no qual a ausência de um laudo definitivo causou sequelas para toda vida.

PALAVRAS-CHAVE: Lei n.º 11.343/06. Tráfico de drogas. Laudo definitivo. Posicionamento dos tribunais. Ausência de laudo toxicológico.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda o conteúdo relacionado à necessidade do laudo definitivo da droga no crime de tráfico de drogas. O tema é de

grande relevância, tendo em vista que os tribunais vêm descumprindo o que estipulado em lei, causando uma vasta insegurança jurídica. Assim, a seleção do tema se deu em razão das desavenças dentro do judiciário, onde ministros do mesmo tribunal proferem decisões distintas, porém alguns seguem o determinado na lei, e outro passam por cima do texto legal.

A principal finalidade que se procurou atingir foi confirmar que a ausência do laudo definitivo acarreta consequências irreparáveis ao corpo social, onde a condenação apenas com laudo preliminar, deve absolver o indivíduo.

Para alcançar o que programado, aplicou-se o método dedutivo demonstrando todo o histórico do tráfico, a evolução legislativa do processo penal em território nacional, bem como o que a Lei de Drogas atual cita sobre o assunto, ainda, acórdãos, jurisprudências e doutrinas referentes ao assunto em pauta.

A princípio abordou-se o histórico do tráfico de drogas no polo nacional e internacional. Posteriormente, foi tratado sobre as provas no processo penal, desse modo, aprofundando nas provas em relação ao crime de tráfico, para então abordar o tema principal deste trabalho.

No decorrer do presente trabalho ficou constatado que é majoritário o entendimento que resguarda a necessidade do laudo definitivo pra condenação no crime de tráfico. Tendo em vista que apenas com o laudo preliminar o sujeito deve ser absolvido, pois não há comprovação da materialidade do crime. Decorrendo a injustiça e insegurança jurídica nos casos em que inexistente o laudo definitivo.

2 DO TRÁFICO DE DROGAS

Há muito tempo a humanidade entrou em contato com substâncias psicoativas, no início estas substâncias eram encontradas em plantas, como o ópio, que suas ações nos homens não exigia química, sendo a primeira droga conhecida.

Na antiguidade, estas substâncias eram utilizadas como medicamentos e até mesmo em rituais religiosos. Entretanto, com o passar do tempo, estas substâncias psicoativas começaram a atingir finalidades diferentes das iniciais, transformando-se em produto de alta renda para

aqueles que comercializavam, momento em que chamou a atenção dos governantes.

2.1 Breve histórico

O Código Filipino foi o primeiro dispositivo nacional desenvolvido para o combate as drogas, prevendo penas de confisco de bens e deportação para a África, para quem portasse, usasse, ou vendesse substâncias tóxicas.

O Código Filipino foi substituído em 1830 pelo Código Criminal do Império do Brasil, surgido após a proclamação da independência, baseado no artigo 179, §18 da Constituição Política de 1824, que estipulava a criação de um Código Criminal, fundando nas sólidas bases da justiça e da equidade, porém este código nada expôs sobre o impedimento aos entorpecentes.

Aparecendo vinte anos depois no Decreto 828 de 1851, *in verbis*:

Art. 67. Os medicamentos compostos, de qualquer denominação que sejam, ou quaesquer outros activos, não poderão ser vendidos senão por pessoa legalmente autorizada. Os droguistas não poderão vender drogas ou medicamentos por peso medicinal, nem poderão vender os medicamentos compostos chamados officinaes.

Art. 68. As substancias venenosas constantes da 1ª tabella a que se refere o Art. 79 não poderão ser vendidas se não a Boticarios e droguistas matriculados. As empregadas em artes e para fabricas só serão vendidas aos fabricantes, quando estes apresentarem certidão de matricula (BRASIL, 1851).

Em 1890 voltou a proibição em nível nacional, com o Código Penal, o qual previa como crime em seu artigo 159: “expor à venda, ou ministrar, substanciais venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários” (BRASIL, 1890), resultando em pena de multa, preocupando-se com os boticários, prevenindo que usassem os substâncias venenosas para fins criminosos, não mencionando nada sobre usuários.

A mudança se deu com as primeiras convenções internacionais que tratavam sobre as drogas, os governantes se preocupavam com o controle das substâncias psicoativa, principalmente o ópio, onde várias

pesquisas alertaram sobre seus efeitos à saúde humana.

A Europa, através das grandes navegações, tiveram amplo acesso a essas substâncias, tendo as iniciado o uso para finalidades médicas ou recreativas. Estados Unidos e Europa passaram a enfrentar uma diversidade de atuais substâncias psicoativas, que não tinham quase nenhuma identidade cultural, tanto que grande parte dos Estados Unidos já havia criado legislações de combate a opiáceos e substâncias de efeitos semelhantes.

Contudo, a preocupação em relação aos usuários dependentes químicos e dos males causados na sociedade não partia do continente Americano, porém era imprescindível esta preocupação nos Asiáticos, principalmente entre os chineses e indianos.

Tendo em vista, este cenário perturbante, onde os preceitos culturais, ritualísticos e litúrgicos, foram deixados de lado e as drogas passaram a ser mercadorias, que ocorreu em 1909 a Conferência Internacional do Ópio, em Shangai com representantes de países com colônias no Oriente e na Pérsia, posteriormente em 1911 a Primeira Conferência Internacional do Ópio em Haia, que resultou na “Convenção do Ópio” em que os países acordados assinavam o compromisso de controlar o mercado de morfina, heroína e cocaína em suas leis.

Com as pressões internacionais, o Brasil aderiu ao protocolo de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, sendo sancionada a sua aprovação com o Decreto 2861 de 1914. A partir disto, a política brasileira passou a seguir um modelo sanitário, onde o viciado era tratado como doente, não sendo criminalizado.

Finalizada a Primeira Guerra Mundial, em 1925 se deu a Convenção de Genebra, em que Brasil, Chile, Cuba e Uruguai participaram, porém não gerou modificações relevantes, pois várias exceções abalaram a fiscalização do mercado dos entorpecentes, tendo sido marcante os países aceitarem revelar dados sobre o mercado e produção das drogas, permitindo a formação de um banco de dados mundial e inserção do controle da *cannabis* e cocaína.

Havendo então, em 1931, uma Convenção de Genebra, na qual evoluiu a proibição, restringiu a produção, a forma de distribuir e consumir estas substâncias psicoativas, porém não as criminalizando (KARAM, 2010, p. 03).

Com as sucessivas convenções o Brasil trouxe o Decreto 20.930,

de 11 de janeiro de 1932, que passou a considerar a toxicomania como doença de notificação compulsória, e que a lista dessas substâncias toxicológicas deveriam ser revisadas periodicamente. Até que com o Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932 as normas criminalizadoras foram consolidadas (BRASIL, 1932).

Como demonstrado em seu artigo 159, o qual nos trouxe, *in verbis*:

Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão cellular por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000 (BRASIL, 1932).

Iniciou-se então a famosa “multiplicação dos verbos”, o qual o tipo do tráfico esbanjava e acumulava núcleos (vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou de qualquer outro modo, proporcionar), onde a posse ilícita passou a ser crime, diferenciando quem traficava dos que simplesmente tinham sob guarda ou em depósito, imputando penas inferiores a estes.

Foram trazidos vários efeitos rigorosos penais e extrapenais, como, o tráfico ser inafiançável, perda do cargo se funcionário público, exclusão e trancamento da matrícula se estudantes, impedimento do *sursis* e do livramento condicional, equiparação da tentativa com a consumação do delito, expulsão do território nacional se estrangeiro, bem como se reincidente a pena aplicada seria duplicada.

Ainda influenciado pelo combate ao tráfico de drogas no mundo, o Brasil elaborou, através do Decreto 780 de 1936, a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes. A qual criou o Lei de Fiscalização de Entorpecentes, que “versava sobre a internação e interdição civil dos toxicômanos ou intoxicados habituais, tratando-se a toxicomania como doença sujeita a internação obrigatória” (BRASIL, 1932).

Antes da chegada do Código Penal de 1940, tivemos o Decreto –Lei 891/38, de vida curta, este antecipou a punição para atos preparatórios (plantas, cultivar, colher) tornando mais radical a internação obrigatória, podendo ser por tempo indeterminado. Com a vinda do Código Penal de 1940, a matéria passou a ser tratada no capítulo de crimes contra saúde pública, descrevendo em seu artigo 281.

Retornando ao cenário do exterior, diante da baixa eficiência da Liga das Nações Unidas e com o término da Segunda Guerra, houve a criação da ONU- Organização das Nações Unidas, em que o Brasil também participava ao lado de 50 países.

Ante direção da ONU, outro três protocolos sobre o tráfico de drogas apareceram e renovaram os concebidos em Convenções passadas.

Com o objetivo de padronizar e descomplicar os acordos anteriores, ocorreu a Convenção Única Sobre Entorpecentes, em Nove York, em 1961, a qual revogou as Convenções passadas e elencou quatro listas de substâncias toxicológicas, subordinadas ao acordo, que criminalizava, o tráfico de drogas em um tratado internacional, fixando consideravelmente o combate as drogas.

Compreendendo em dezoito condutas criminosas, cuja sanção seria de preferência a privação da liberdade, como nos mostrar o artigo 36, *in verbis*:

ARTIGO 36 - Disposições Penais

1. Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade (BRASIL, 1964).

O tratado dispunha que competia a ONU e aos países acordados controlarem estas substâncias, criando o JIFE (Junta de Fiscalização de Entorpecentes), sugerindo que os países membros adotassem políticas e programas de saúde para recuperação e terapia dos dependentes químicos, requerendo cooperação de ambas as partes em trabalharem juntos para combaterem o tráfico de entorpecentes, ainda, inserir ou remover substâncias da lista de entorpecentes.

Cumpramos ressaltar que a soberania dos estados-membros não seria atingida, podendo estes, executarem o que estipulado da maneira mais viável, ainda que no Brasil, foi internalizada com o Decreto 54.216 de 1964.

Assim como a sociedade evolui, com os entorpecentes não ocorreu o contrário. Uma nova reunião se fez necessária, em 1971, tendo em vista a o descobrimento de novas substâncias toxicológicas, as sintéticas (anfetamina e metanfetamina), o encontro entre os Estados-membros ocorreu em Viena, nomeada como: Convenção Sobre as Substâncias Psicotrópicas, onde quatro listas de entorpecentes foram implementadas para serem controladas.

Um novo Protocolo foi acordado, em 1972, nomeado como Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes 1961, o qual otimizou o realizado dez anos atrás.

Outra vez, o combate ao tráfico se mostrou mais forte, em 1988, ocorreu a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicoativas. Assim nos elucidada Maria Lúcia Karam:

A ênfase na repressão já se faz sentir em seu título – não mais, como os diplomas precedentes, ‘sobre entorpecentes’ ou “sobre substâncias psicotrópicas”, mas, agora, ‘contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas’ –, bem como na própria colocação dos dispositivos criminalizadores, que surgem logo de início, em seu Artigo 3º (KARAM, 2010, p. 03, grifo da autora).

O financiamento de facções criminosas, a utilização de mão-de-obra infantil na produção, além de representarem grave ameaça humana e os seus efeitos ameaçarem as bases culturais, econômicas e políticas dos países, fez com que os Estados-membros utilizassem de um posicionamento severo, pois sentiram a estabilidade, a segurança e principalmente a soberania, ameaçadas pelo Tráfico de Drogas (BRASIL, 1964).

Enquanto os Estados Unidos liderava a campanha “Guerra às Drogas”, os países-membros demonstrarem apoio, incluindo no artigo 3º um rol ações que deveriam ser criminalizadas.

Com a finalidade de reconhecer e penalizar os criminosos envolvidos no Tráfico de Drogas, foi criado o instituto da Entrega Viggiada, procedimento utilizado pelas autoridades para fiscalizarem a exportação de drogas controladas entre os países. Tendo entrado em terras tupiniquim através do Decreto 154/91 (BRASIL, 1991).

Finalizada este breve histórico sobre o Tráfico de Drogas no Brasil e no Mundo, é essencial partirmos para a mudança legislativa que ocorreu em 23 de agosto de 2006, com a promulgação da lei 11.343, atual

reguladora do tema no território nacional, que criou o SISNAD- Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

2.2 A Lei n.º 11.343/06

Em um cenário conturbado, com a insegurança jurídica prevalecendo, em virtude das legislações anteriores, a inovação da Lei de Drogas surge, uma nova mudança, que ocorreu em 23 de agosto de 2006 com a Lei nº 11.343.

Instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, prescrevendo medidas para prevenção de uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes químicos, estabelecendo normas para reprimir a produção não autorizada e ao tráfico ilícito, definindo crimes, dando outras providências, revogando legislações anteriores que abordavam sobre o assunto (BRASIL, 2006).

Na Europa a sistemática instituída era de uma ótica bastante permissiva, pois autoriza o porte de algumas substâncias psicoativas para uso particular, sendo oposta aos Estados Unidos da América, em que a sistemática adotada penaliza o porte dessas substâncias com pena privativa de liberdade. Com a nova Lei o Brasil seguiu um caminho nem tão rígido quando o norte-americano, nem tão A legislação de 2006 reflete a adoção pelo Brasil de um sistema misto de combate às drogas, nem tão rigoroso como o norte-americano, nem liberal como o europeu, baseando-se em três diretivas: tratamento, prevenção e repressão.

2.2.1 Inovações

As legislações anteriores traziam em seu texto como nomenclatura para as substâncias psicoativas o nome de “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, o que foi alterado com a Lei 11.343/06, que passou a denominar como “droga” definindo de “substâncias ou produtos capazes de causar dependência, especificados em lei ou relacionados pelo Poder Executivo da União”.

Convenções mundiais, principalmente, a Convenção Sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971, por estar expressa em Lei, bem como a Portaria SVS/MS 344 de 98, foram aplicadas em virtude do artigo 66 da Lei 11.343/06, como substâncias entorpecentes sob fiscalização espe-

cial (BRASIL, 2006, ART. 2º).

Mesmo tendo algumas ressalvas, não passa despercebida a severidade do artigo 2º da Lei de Drogas em vedar as drogas, o plantio, a colheita, a cultura, bem como, explorar vegetais ou substratos de onde possam extrair ou gerar droga (BRASIL, 2006, ART. 2º).

Contudo, autoriza a cultura, a colheita e o plantio, com anuência legislativa, para finalidade científica, médica ou rituais religiosos.

A ANVISA- Agência Nacional de Vigilância Sanitária é a responsável em autorizar a licença, do mesmo modo que fiscaliza, tendo em vista ser uma agência reguladora, sendo uma autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, que representa a União, uma vez que a Lei dispõe que a autorização compete a União (MARCÃO, 2015, p. 27).

O artigo terceiro da lei expõe sobre as principais finalidades do Sisnad- Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, *in verbis*:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (BRASIL, 2006).

Possibilitando a formação do Sisnad, uma garantia de que as propostas da Lei seriam atingidas, reprimindo o tráfico e o uso de drogas (HERNANDEZ, 2008, s.p.).

Tipificada no artigo 28, a inovação mais notada da Lei 11.343/06, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação

de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (BRASIL, 2006).

Possível notar a tipificação de dois novos verbos, transportar e ter em depósito, encerrando a discussão sobre o sujeito que semeava, cultivava ou colhia plantas em uma parcela ínfima para consumo próprio. Expondo um pensamento mais flexível da Lei, ao lidar com posse ou porte de entorpecentes com a finalidade de consumo próprio, distinguindo-se das leis antecedentes, que puniam o indivíduo com pena privativa de liberdade.

Isto ocorre, pois o legislador tirou a ideia de que dependentes químicos e usuários são traficantes, quando podem ser vítimas, clamando assim, pela ressocialização e prevenção.

Esta mudança foi muito marcante, haja vista ter inflamado o judiciário, promovendo várias discussões doutrinárias, como a possibilidade de aplicar o princípio da insignificância, a não constitucionalidade do artigo 28, e a posse e o porte para consumo pessoal serem descriminalizados.

Este segmento doutrinário, noz traz que criminalizar o consumo pessoal vai contra o direito à liberdade, invadindo a vida privada dos usuário, defendendo que:

Cabe ao ser humano, desde que não interfira nos desígnios de terceiros e os lesione, de maneira individual, escolher e traçar os caminhos que mais lhe convêm. Ao se reprovar o uso criminalizando o porte, a sociedade invade seara que não é constitucionalmente sua. Assim fazendo, desrespeita as opções individuais e estigmatiza o ser diferente pela simples razão de este não se revestir da crença do que 'seria correto'.

A opção de se prejudicar não passa pela interferência social, mesmo que isto faticamente possa se constituir em uma tremenda estupidez [...]

Ressalta-se que o bem jurídico tutelado no tipo do artigo 28 da Lei 11.343/06 é a saúde pública. O uso afeta a saúde individual e não a pública. A incolumidade pública fica sossegada com o uso individual. Se não há lesão ao bem jurídico tutelado não há crime (BIZOTTO, 2007, p. 41 – 42).

Em uma ótica distinta, os defensores da criminalização na posse

mesmo que para consumo próprio, argumentam que o objetivo da lei é preservar a saúde pública, indo além da privacidade individual, não sendo a finalidade do dispositivo punir o dependente químico.

No mesmo sentido, alegando que os dependentes químicos e usuários, colaboram na propagação da comercialização destas substâncias, motivando o tráfico de drogas, Renato Brasileiro Lima, pondera:

[...] ainda prevalece a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é incompatível com a Constituição Federal. Por mais que o agente traga a droga consigo para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas (LIMA, 2015, p. 712).

No que diz respeito ao porte ou a posse para consumo próprio ser crime, o STF-Supremo Tribunal Federal, traz na jurisprudência o posicionamento de que:

A punição, na hipótese, é de rigor para salvaguardar a sociedade do mal potencial causado pelo porte de droga, apto a ensejar o incremento do tráfico de entorpecentes, a par de outros delitos associados ao uso indevido da droga. Ademais, deve ser ponderado que o E. Supremo Tribunal Federal, a quem compete o controle de constitucionalidade das normas, em momento algum reconheceu a indigitada inconstitucionalidade, razão pela qual o dispositivo de lei há que ser observado e cumprido (BRASIL. STF, RE: 635660 SP, rel. Min. AYRES BRITTO, j. 22/03/2011, DJ 06/04/2011)

Sobre o artigo 28 da Lei 11343/06, que trouxe a não aplicabilidade da pena privativa de liberdade para o indivíduo que traz em sua posse ou porta droga, Luiz Flávio Gomes, afirma com a não possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, acarreta na descriminalização do ato, embasando-se no artigo 1 da Lei de Introdução ao Código Penal,

que por não ser crime, é uma infração penal *sui generis*:

Em outras palavras: a Lei 11.343/06, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de crime porque de modo algum permite a pena de prisão. O usuário já não pode ser chamado de ‘criminoso’. Ele é autor de um ilícito, ou seja, a posse de droga não foi legalizada, mas não pode mais receber a pecha de ‘criminoso’. Do contrário, cai por terra toda a preocupação preventiva e não punitivista da lei, em relação ao usuário. O fato de a própria lei ter intitulado o capítulo III, do Título III, como dos crimes e das penas não impede a conclusão acima exposta porque nosso legislador há muito tempo deixou de ser técnico (GOMES, 2013, p. 112).

Em um pensamento diferente, Alice Bianchini, declara que é competência do Direito Judicial Sancionador, pois houve *abolitio criminis na posse e no porte de entorpecentes para consumo próprio, não se relacionando com o artigo 28 da Lei 11343/06, nem com o Direito Penal* (BIANCHINI, 2013, p. 117).

Negando o *abolitio criminis* e trazendo a despenalização, é o pensamento de uma terceira corrente, que promove adotar medidas alternativas, mas, extrair o caráter criminoso do ato, evitando aplicar a pena privativa de liberdade (LIMA, 2015, p. 706 – 707).

Pois, é evidente o propósito da Lei em conservar o fato como típico, ilícito e culpável, tanto que adicionou o artigo 28 da Lei de Drogas no Capítulo III “Dos crimes e das penas” (BRASIL, 2006). Do mesmo modo, o artigo 1 da Lei de Introdução ao Código Penal, não é capaz de solucionar o embate de forma apropriada, em relação a este conflito.

A doutrina atual defende que adotar pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, não é imprescindível para determinar infração penal:

Sob a égide constitucional não é necessário existir pena privativa de liberdade para que exista crime. A prisão é somente uma das modalidades de penas permitidas constitucionalmente e a opção de não se cominar prisão não significa a inexistência de crime (BIZZOTTO; RODRIGUES, 2007, p. 40).

No art. 28 em comento, há crime e pena, mas a lei está mais adequada ao DCrim mundial, que refuta a pena privativa de liberdade, optando por penas não privativas de liberdade, mas sem

perderem o aspecto de sanção criminal. Aliás, a própria CF prevê a cominação de várias espécies de penas e a prisão é apenas uma entre as autorizadas por ela (art. 5º, XLVI) (MESQUITA JÚNIOR, 2009, p. 34).

Assim como, o Supremo se posicionou acerca da mera despenalização:

Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12).

Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107) BRASIL. STF, RE 430.105 QO/RJ, 1ª T., rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 13/02/2007, DJ 27/04/2007).

Por fim, a lei nº 11343/06, abrangeu em seu artigo 30, a prescrição

de dois anos para executar as penas, desde que considerada as demais disposições estabelecida no Código Penal Brasileiro.

Em comparação às legislações anteriores, a nova Lei de Drogas traz textos muito parecidos, porém, nota-se que as penas foram alteradas, principalmente em relação aos dias-multa, sendo legislador mais flexível.

Igualmente, distinguiu algumas funções do tráfico, expondo a Lei de Drogas em seu artigo 36 e 37 sobre o financiador e o colaborador, ampliando para crime em seu artigo 39 o ato de guiar embarcação ou aeronave após o uso de entorpecentes.

Houve também diferenciação na majoração da pena, isto é, a causas de aumento, a Lei nº 6.387/76, anterior a nº 11.343/06, trazia em seus artigos que a majoração seria a partir de 1/3, com a nova Lei de Drogas, o legislador impôs o aumento de 1/65 até 2/3, sendo mais benéfico do que a antiga legislação.

Nesta oportunidade, o presente trabalho partirá para um capítulo exclusivo as Provas Periciais, tendo em conta, que para condenação no crime de tráfico a prova pericial é imprescindível.

3 PROVAS

3.1 Histórico

O uso das provas no judiciário está diretamente vinculado aos direitos e garantias fundamentais.

No primórdio da sociedade, as crenças guiavam a humanidade, acontecimentos da natureza, como terremotos, pragas, temporais, vendavais, decorriam da teimosia humana, o que acarretou na organização de uma sociedade civil.

Neste cenário, o corpo social daquela época se limitava, submetendo-se às crenças, onde o homem não se via como possuidor de seus próprios direitos, promovendo assim, que os líderes religiosos dominassem mediante a religião.

Ordálio, também conhecido como juízo dos Deuses, está relacionado a produção de provas judiciais daquela época, utilizado para decidir a culpa ou inocência de um indivíduo, através dos elementos da

natureza, por exemplo, a mulher suspeita de adultério devia tomar uma água contaminada, e, caso sobrevivesse, não era adúltera. A decisão era interpretada como um juízo divino, e foi muito utilizada na Europa durante a Idade Média.

Durante a Era Medieval, várias pessoas foram expostas ao Ordálio, colocando os braços em água fervente, segurando bolas incandescentes de ferro, caminhando sobre carvão em brasa, com a finalidade de colher confissões, sendo o indivíduo condenado sem poder se defender. Neste mesmo período, surge o sistema da prova legal em que o juiz fica vinculado à valoração das provas prevista em lei.

Avançando para Era Moderna, com um juiz realizando o juízo de valor das provas, previstas em legislações, a sociedade avança intelectualmente, mudando a mentalidade, na qual as crenças religiosas predominavam, passando a enxergar o direito.

Dentre os autores mais importantes da época para o Direito, cite-se Cesare Bonesana, mais conhecido como Marquês de Beccaria. Este autor no clássico “Dos Delitos e Das Penas”, produzido em 1764, Beccaria, faz apontamentos sobre o tratamento abusivo aos acusados, ao expor:

Não é novo esse dilema: ou o crime é certo, ou incerto; se é certo, não lhe será conveniente outra pena do que a estabelecida pelas leis, e inúteis são os suplícios, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, não se deve angustiar um inocente, já que ele é, segundo as leis, um homem, cujos delitos não estão provados (BECCARIA, 2011, p. 78).

Cumprе ressaltar, que o trecho acima perdura até os dias de hoje em nosso ordenamento jurídico, onde a confissão do acusado não é o suficiente para condenação, carecendo da avaliação das demais provas, não devendo o indivíduo ser condenado, se não comprovado o fato criminoso (PASCHOAL, 2017).

Nos dias de hoje, com os direitos humanos, as leis penais está diretamente vinculada as provas que as normas jurídicas elencam como lícitas, respeitando os direitos e garantias fundamentais estabelecidos em nossa carta magna, a Constituição Federal de 1988 (PASCHOAL, 2017).

O Processo Penal consiste em averiguar o suposto fato, em teste,

delituoso, buscando-se a solução mais justa, não podendo almejar o alcance da verdade absoluta, porém, não pode abandonar a pretensão de um mínimo de verdade, se assim fosse, não era necessário os direitos e garantias, tais como o direito à prova, ao contraditório e à motivação das decisões (PASCHOAL, 2017).

3.2 Conceito

A definição de prova é tratada de uma forma genérica, não havendo um só conceito. Origina-se do verbo *probare*, que se entende por demonstrar, convencer alguém. O afamado jurista brasileiro, Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 388) exhibe três sentidos de provas:

Há fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo (NUCCI, 2008, p. 388).

Demonstrar a veracidade dos fatos alegados, este é o ato de provar para Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini (2008, p. 250). Pois bem, o objetivo da prova é trazer os elementos ao processo para formação do convencimento judicial, a fim de se comprovar a verdade afirmada sobre o fato (PASCHOAL, 2017).

Em um estudo realizado por Michelle Taruffo, analisa-se prova em vários sentidos, podendo ser demonstração, experimentação, desafio. Quando demonstração, a prova é interpretada e pensada da forma em que é fornecida, pela parte, elementos para decidir se uma afirmativa é verdadeira ou não. Como experimentação, tem-se a prova em sentido dinâmico, de teste, sendo um importante instrumento para atestar a consistência ou veracidade da alegação sobre um fato. Como desafio a prova tem uma acepção que estava presente ao tempo das ordálias, em que se testava a veracidade de uma afirmação colocando a pessoa pro-

priamente à prova (TARUFFO, 1992, p. 413 *apud* PASCHOAL, 2017, s.p.).

De acordo com a doutrina, prova pode ser entendido de acordo com a doutrina, como: fonte de prova; meio de prova; meio de obtenção de prova; elemento de prova e resultado de prova. No Código Processual Penal, o termo prova é utilizado sem qualquer rigor, ora em um sentido, ora em outro (PASCHOAL, 2017).

Fernando Capez (2009, p. 297), expõe que convencimento do julgador é o fundamental propósito da prova. Mas, para Leandro Cadenas Prado (2006, p.3) apresenta duas finalidades da prova: a formação do convencimento do magistrado e ser parâmetro para fundamentar as sentenças, como define o artigo 93 da Constituição Federal.

3.3 Objeto da Prova

Os fatos pertinentes e relevantes ao processo, aqueles que autor e réu visam esclarecer ao magistrado, são denominados objetos da prova. Cumpre ressaltar, que os fatos notórios, aqueles de conhecimento geral, não estão sujeitos a provas, assim como os que possuem presunção de legalidade, ou seja, nem todos os fatos devem ser esclarecidos, somente os que causam dúvidas (MORELLI, 2003, s.p.) Descrevendo sobre, Fernando Capez (2009, p. 297), expressa:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

Conclui-se então que objeto da prova é o fato controverso incluso nos autos. Existem ainda fatos que independem de prova: a) Fatos axiomáticos ou intuitivos; b) Fatos notórios; c) Presunções legais; d) Fatos inúteis (CAPEZ, 2009, p. 298 *apud* PROGRAMA DE APOIO AO ES-

TUDANTE DE DIREITO, 2009, s.p.).

No âmbito civil, somente fatos controvertidos necessitam de prova, divergindo da esfera penal, onde os fatos, ainda, que incontroversos, é capaz de ser objeto de prova, podendo o magistrado indagar qualquer fato para solucionar o processo, em na pretensão de desvendar a verdade real.

3.4 Ônus da Prova

O Código de Processo Penal em seu artigo 156 explana que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (BRASIL, 1941), manifestando sobre o ônus da prova, que é atribuição, à parte, da responsabilidade de comprovar a veracidade dos fatos que lhe são favoráveis nos autos, demonstrando ao magistrado que aquilo que foi apresentado realmente ocorreu. Para o jurista Badaró (2003, p. 173), o ônus da prova identifica-se como:

Posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito.

Há uma semelhança entre o âmbito cível e o penal em relação ao ônus da prova, pois ambos concordam que o autor deve provar os fatos constitutivos de seus direitos, em sua totalidade, cabendo ao réu comprovar todos que importam para sua defesa.

Nas ações públicas, os membros do parquet são os responsáveis em demonstrar a materialidade e autoria do delito, doloso ou culposo, bem como, as causas de aumento, qualificadoras, agravantes. Porém, na ação privada, o dever é de obrigação do querelante. Em compensação, o réu usufruirá de toda matéria de defesa possível, como, a atipicidade da conduta, excludentes de ilicitude, inexistência do fato, excludente de culpabilidade, excludente de punibilidade, as minorantes, atenuantes, causas privilegiadoras, causas de diminuição, o que estiver ao alcance para diminuir a pena ou impedir a condenação. (MIRABETE, 2008, p. 258).

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, este é o texto do artigo 5 de nossa carta magna, a Constituição Federal de 1988, baseado no princípio da presunção de inocência, que no caso de dúvida do magistrado a absolvição prevalecerá, o que vem sendo desrespeitado na atualidade haja vista a prisão em segunda instância, que trouxe debates acalorados ao nosso ordenamento jurídico.

Ao magistrado é concedida a possibilidade da produção de provas, visto que o nosso ordenamento jurídico traz essa possibilidade no Código de Processo Penal, o qual discorre no artigo 156, inciso segundo, que o juiz tem a faculdade de determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença. A realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ou seja, não somente autor e réu participam da produção de provas, dentro dos limites ditados pela lei.

Sobre o tema, o famoso jurista Fernando Capez, coloca que o magistrado atua de forma supletiva, isto é, deverá agir somente quando resta dúvidas, depois de todos os meios de provas disponíveis pelas partes já terem sido utilizados (CAPEZ, 2009, p. 333).

3.5 Valoração da Prova

O Sistema da Persuasão Racional do juiz é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo livre o convencimento do magistrado, mas, ainda que livre deve ser racional, se baseando nas provas contidas no processo (MORELLI, 2003).

Importante ressaltar que as provas não possuem valor determinado, devendo serem apreciadas no contexto, junto com as demais provas processuais, ou seja, é o juiz quem valorará o peso de cada prova (MORELLI, 2003).

O magistrado deve, sempre, motivar suas decisões, sendo assim, o juiz tem a obrigação justificar suas motivações em um material de valoração que esteja contido nos autos processuais, permitindo que as partes de conferirem que a conclusão do magistrado foi extraída do processo e que os motivos determinantes da sentença foi baseado em algo concreto e racional (MORELLI, 2003).

Conclui-se que, o juiz, ao avaliar a prova, busca conclusões sobre os fatos relevantes do processo (MORELLI, 2003).

3.6 Prova Pericial

Prova pericial tem sua definição como sendo uma prova técnica, tendo em vista a necessidade de conhecimentos específicos, estando alicerçada em bases científicas, o que traz maior segurança aos magistrados e jurados para proferirem as decisões.

No Processo Penal a prova pericial enquadra-se como prova material e, por ser advinda de bases científicas, torna-se a prova de maior importância. A perícia consiste em um meio de prova que leva os fatos ao conhecimento do julgador, através de exames realizados nos vestígios encontrados, no local do crime.

A prova pericial é importante arma para a reconstrução dos fatos no processo, sendo indispensável nos crimes que deixam vestígios (SOUZA, BONACCORSO, 2017, s.p.).

Greco Filho (2010, p. 207), cita que “os exames ou perícias em geral são verificações elaborados por técnicos ou pessoas com conhecimento do objeto do exame”. Buscando a idoneidade da prova, o exame de corpo de delito é realizado por perito oficial, com diploma de curso superior.

Conclui-se então que, prova pericial consiste na avaliação científica dos vestígios deixados no local da infração, ou até mesmo na vítima, no caso de estupro, por exemplo. É notável que nosso ordenamento jurídico considera de grande relevância a realização da perícia, onde na falta desta, o processo pode ser nulo (SOUZA; BONACCORSO, 2017).

3.6.1 Laudo Pericial

Laudo pericial é o relato do técnico ou especialista designado determinada situação que está dentro dos seus conhecimentos, sendo o laudo uma tradução das impressões captadas pelo técnico ou especialista, por meio de seus conhecimentos especializados, em torno do fato delituoso.

Embora o direito penal brasileiro não deixa o juiz vinculado ao laudo, este é um dos meios de provas utilizados pelos magistrados para proferir a sentença, podendo o juiz, rejeitar integral ou parcialmente.

O laudo será exigido pelo magistrado quando o fato criminoso exigir conhecimentos especializados, então o juiz solicitará um laudo

ao especialista, como por exemplo se um edifício cair, será solicitado um perito que tenha formação em engenharia civil, pois é especialista em construção civil.

Diferente do laudo é o parecer, o qual é uma resposta à consulta de uma das partes sobre dados pré-existentes, em geral, culminando numa conclusão ou solução para o litígio.

O perito judicial deve ser metuculoso, não deve agir de forma parcial ou com senso comum, devendo agir com imparcialidade na elaboração e análise do laudo, realizando-o com pleno êxito, pois sempre haverá alguém querendo contesta-lo para impugná-lo.

4 DA NECESSIDADE DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO PARA CONDENAÇÃO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

A Lei nº 11.343/06 cita em seu artigo 50, §1º: “Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmada por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea”, ainda em seu §2º: “O perito que subscrever o laudo a que se refere o §1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo”.

O disposto nos parágrafos supracitados se aplica ao artigo 28, mesmo quando não houver prisão em flagrante do consumidor de drogas, pois a materialidade deve ser constatada. O laudo é pra lavar a prisão em flagrante e também para constatar a materialidade do delito, pois não há como o indivíduo ser levado ao magistrado sem que se saiba se a substância apreendida é entorpecente ou não. Sendo obrigatória, a realização do exame (RANGEL; BACILA, 2014).

4.1 Laudo Preliminar

O parágrafo primeiro trata do chamado laudo preliminar para que, uma vez constatada a natureza da substância como sendo entorpecente, possa haver a prisão em flagrante e, conseqüentemente, oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, se presente as condições para re-

gular o exercício do direito de agir.

O laudo prévio tem a natureza jurídica de uma condição específica de procedibilidade, sem a qual não pode haver prisão em flagrante e também, embora a lei tenha silenciado, o oferecimento da denúncia pelo MP, sobre isto, explana Marcão

É de observar, [...], que uma primeira leitura do disposto no § 1º. do artigo 50 da Lei 11.343/2006 pode levar à conclusão de que o laudo de constatação provisória autoriza apenas a lavratura do auto de prisão em flagrante, o que acabaria por desautorizar o oferecimento de denúncia sem a presença do laudo pericial definitivo. [...] Tal interpretação, por demais rigorosa diante da realidade prática nacional em face das deficiências dos órgãos de persecução, levaria ao caos. Na verdade, acarretaria incontáveis situações de relaxamento de prisão em flagrante, por excesso de prazo para a denúncia, ante a impossibilidade material da confecção dos laudos definitivos oportuno tempore” (MARCÃO, 2007, p. 50).

Supondo que o indivíduo foi preso com a substância de cor branca parecida com sal, açúcar, pó de vidro, fermento ou, quiçá, cocaína, não há dúvida disso, mas não se sabe se é ou não cloridato de cocaína, por isso o exame.

Pensamos que ser for efetuada a prisão e oferecida a denúncia sem o laudo prévio, caberá *habeas corpus* por faltar justa causa à atuação do Estado (cf. artigo 648, I, do CPP). Se for na fase de inquérito, não temos dúvida em afirmar que há um vício que acarreta a sanção de nulidade. Enquanto não houver a comprovação da natureza da substância, não poderá, legitimamente, haver instauração de processo-crime (RANGEL; BACILA, 2014).

Não há que se falar em condenação apenas com o laudo preliminar, o qual não tem tecnicidade suficiente para caracterizar a materialidade do delito. A única possibilidade em que o laudo preliminar poderá se bastar, é quando possuir o mesmo grau de certeza do laudo definitivo.

4.2 Laudo Definitivo

Cumprе ressaltar, que essa validade do laudo preliminar para comprovação da materialidade é precária, ou seja, somente aplicável

para fins da lavratura do flagrante e oferecimento/recebimento da denúncia. Eventual condenação, jamais, poderá ser sustentada no laudo preliminar, pois, como alerta Gomes “sem a comprovação definitiva da natureza da droga não pode o juiz proferir sentença condenatória” (GOMES, 2006, p. 224 *apud* CABETTE, 2007, s.p.)

O §1º do artigo 50 da Lei de Drogas, não revogou o artigo 158 do Código de Processo Penal, a exigir a prova pericial por meio de exame de corpo de delito para a comprovação da materialidade das infrações penais que deixam vestígios. Restando bastante evidente na própria Lei de Drogas no parágrafo primeiro do artigo 50 e no artigo 56 caput, a imprescindibilidade do laudo toxicológico definitivo para as fases ulteriores da respectiva persecução criminal (CABETTE, 2007, s.p.)

A lei de drogas permite a lavratura do auto de prisão em flagrante e o oferecimento da denúncia sem a presença do laudo definitivo, desde que presente o laudo preliminar da natureza e quantidade do produto, da substância ou da droga, firmado por perito oficial ou, na falta desse, por qualquer pessoa idônea. Necessário ter em mente que

Não se pode confundir o laudo de constatação de substância entorpecente, que tem escopo restrito- para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e oferecimento da denúncia-, com o laudo de exame toxicológico definitivo (TJSC, HC 6.387, 2ª Câ. Rel. Des Tycho Brahe, j. 21-8-1980, RT 546/390).

Os crimes envolvendo produtos, substâncias ou drogas ilícitas deixam vestígios, do que decorre a imprescindibilidade da prova pericial para a condenação.

Uma das consequências que disso decorre é que não pode subsistir eventual condenação por tráfico de droga baseada apenas no laudo preliminar, para fins de comprovação da materialidade, “uma vez que necessários exames toxicológicos laboratoriais mais aprofundados e aptos a comprovar, estreme de dúvidas, a natureza toxica da substancia apreendida” (TJCE, RT 780/638).

Já se decidiu reiteradas vezes que “o laudo preliminar é provisório e não tem o condão de substituir a prova técnica especializada de forma a gerar certeza do caráter toxicológico da substância apreendida. Somente o laudo toxicológico, subscrito por peritos oficiais, que se valem

de aparelhamento técnico adequado e utilizam método de exame científico, poderá comprovar que a substância apreendida é mesmo uma daquelas consideradas entorpecentes ou causadora de dependência física ou psíquica” (TJSP, RT 710/272 e 714/359; TJMT, RT 549/352).

“De acordo com o artigo 50, §1º, da Lei 11.343/2006, o auto de constatação da natureza e quantidade do entorpecente é suficiente para lavratura do auto de prisão em flagrante delito. O laudo de exame químico toxicológico tem oportunidade para juntada até a audiência de instrução e julgamento consoante arts. 54, III, *in fine*; 55, §5º, *in fine*, e 56, *caput*, *in fine*, combinados entre si, da Lei n. 11.343/2006” (TJSP, HC 1.078.698-3/2-00, 12ª Câmb. Do 6º Gr. Da S. Crim., rela. Desa. Angélica de Almeida, j. de 30-5-2007).

A falta de fundamentação do laudo toxicológico definitivo, que deve identificar tecnicamente, a qualidade da substância apreendida, equivale à inexistência dessa importante peça na constituição do delito de tráfico, por se tratar de infração que deixa vestígios (art. 158 do CPP) (TACrimSP, RT 539/311).

Acrescenta-se que “ainda que não seja formalmente ideal, é de se dar valor ao laudo toxicológico definitivo que contém, ainda que sumariamente, os elementos mínimos necessários à avaliação judicial da materialidade do crime” (TACrimSP, RT 539/307), e que o momento oportuno para a arguição da deficiência de fundamentação “constitui nulidade relativa, por se tratar de omissão de formalidade essencial do ato, a qual resulta sanada pelo silêncio da parte na ocasião oportuna, nos termos dos Arts. 571, II e III, e 572, I, do CPP” (TJSP, RT 571/320) (MARCÃO, 2007).

Conclui-se, que o laudo preliminar serve para comprovar a materialidade delitiva para fins de prisão em flagrante e oferecimento/recebimento da denúncia. Tal conclusão está respaldada na própria Lei de drogas, bem como, na interpretação social desta lei, que analisada de forma diferente, traz consequências terríveis a sociedade, com erros judiciais irreparáveis.

4.3 Posicionamento dos tribunais em relação ao laudo definitivo

Sobre o tema, a posição dos tribunais é favorável à exigência do

laudo definitivo da droga para a condenação. O Superior Tribunal Federal trata do tema com honradez, manifestando que o laudo definitivo é imprescindível para comprovar a materialidade do delito no momento da prolação da sentença, tendo em vista que a exigência legal do exame de corpo de delito na substância apreendida, objetiva impedir a condenação firmada em meros indícios, sem a certeza da natureza da substância.

Contudo, defende que não cabe argumentar nulidade do processo com base na juntada tardia do laudo definitivo, quando não demonstrado o prejuízo sofrido ao paciente, devendo o laudo definitivo ser apresentado antes da prolação da sentença.

Podemos observar a dúvida que assombra a justiça em nosso país, em que magistrados descumprem a lei, passando por cima do legislativo, descumprindo o papel concedido pela tripartição de poderes, causando impactos sociais extremos.

5 CONCLUSÃO

Vários são os erros cometidos pelo Poder Judiciário, muitos deles, irreparáveis, na vida de um cidadão que teve a infelicidade de provar da injustiça do Estado Democrático de Direito.

Este foi o caso de Daniele Toledo, que foi processada de modo equivocado por supostamente ter matado sua filha de um ano de idade por overdose de cocaína. Entretanto, a realidade dos fatos é que a criança sofria de crises convulsivas e no dia de sua morte os médicos do pronto socorro imputaram que um pó branco encontrado na boca da criança fosse cocaína, o que gerou a prisão em flagrante da genitora.

Tal prisão foi baseada apenas no laudo preliminar, o qual acarretou 37 (trinta e sete) dias de sofrimento no estabelecimento penal, pois em razão da gravidade do crime pelo qual era acusada, acabou sendo, torturada por outras detentas, chegando a perder a visão e audição do lado direito, além de da formação de coágulos em seu cérebro que lhes causa crises convulsivas até hoje.

Quando então o resultado do laudo definitivo comprovou que houve um falso positivo em razão das medicações utilizadas pela criança para tratamento de crises convulsivas. O drama de Daniele foi narrado em um livro, intitulado “tristeza em pó” e atingiu destaque no cenário

nacional, retratando todo sofrimento a que foi exposta durante seus dias na prisão. Atualmente as marcas deixadas pela injustiça cometida pelo Estado, geram impactos psicológicos desta pessoa que iniciou o processo como ré e se tornou vítima.

A inércia do judiciário em não cumprir o que estipulado pela lei, causa grandes conseqüências na vida de um sujeito, principalmente, quando um delegado não realiza o laudo definitivo, quando um promotor não o exige nos autos para o devido seguimento do processo, bem como, quando o magistrado condena um indivíduo sem a presença do laudo toxicológico.

Dessa forma, conclui-se que é necessário o laudo definitivo da droga para evitar casos semelhantes ao que foi exposto acima, ainda, a não realização do laudo é ilegal, face ao caráter objetivo da norma, o simples laudo preliminar é insuficiente para demonstrar a materialidade delitiva, sendo inadmissível a não produção do laudo definitivo para a condenação no crime de tráfico.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas**. 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 06 de ago. 2017.

_____. **Decreto nº 22.213/32**. Aprova a Consolidação as Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213impressao.htm>. Acesso em: 06 de ago. 2017.

_____. **Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte lei: Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14/06/2016

_____. **Decreto n.º 54.216, de 27 de agosto de 1964.** Promulga a Convenção Única sobre entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Andamento do Processo n. 2016/0062707-0 - Habeas Corpus - 29/08/2016 do STJ. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/378282895/andamento-do-processo-n-2016-0062707-0-habeas-corporus-29-08-2016-do-stj>>. Acesso em 08 ago 2017.

BRAZIL. **Decreto nº 828, de 29 de Setembro de 1851.** Manda executar o regulamento da Junta de Hygiene Publica. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>>. Acessado em 14/06/2016.

BRAZIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 14/03/2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei de drogas: laudo provisório e denúncia. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1484, 25 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10194>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio *et. al.* **Nova Lei de Drogas Comentada.** São Paulo: RT, 2006.

_____. **Lei de Drogas Comentada:** artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino e ORRUTEA FILHO, Rogério Moreira. Considerações sobre a nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/06). In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2790>. Acesso em: 06 de ago. 2017.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais.** Texto de Maria Lucia Karam para curso de extensão promovido pelo Núcleo de Estudos Drogas/Aids e Direitos Humanos do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro - RJ – abril, 2010, p. 03. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 06 de ago. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Tóxicos: Lei n. 11. 343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Comentários à lei antidrogas: Lei n.º. 11.343, de 23.8.2006.** São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 2008. (v.2).

MORELLI, Daniel Nobre. **Teoria Geral da Prova no Processo Civil.** Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1390/Teoria-Geral-da-Prova-no-Processo-Civil>>. Acesso em 08 ago. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. Apontamentos sobre a prova pericial no processo penal. **Empório do Direito**, 20 de abril de 2017. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/apontamentos-sobre-a-prova-pericial-no-processo-penal/>>. Acesso em 08 ago. 2017.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas Ilícitas no Processo Penal.** São Paulo: Impetus, 2006.

PROGRAMA DE APOIO AO ESTUDANTE DE DIREITO. **Fatos que independem de prova.** Disponível em <<http://programadeapoioaoestudentedireito.blogspot.com.br/2009/05/fatos-que-independem-de-prova.html>>. Acesso em 08 ago. 2017.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Sara Cristina Coraini; BONACCORSO, Norma. **A importância da prova pericial no processo penal.** Disponível em <<https://saracoraini.jusbrasil.com.br/artigos/418314346/a-importancia-da-prova-pericial-no-processo-penal>>. Acesso em 08 ago. 2017.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici.** Milano: Giuffré, 1992, pp. 413-430.



DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: OS ASPECTOS JURÍDICOS DE SUA APLICABILIDADE¹

Byanca Ferreira Ribeiro ²

Delmiro da Silva Porto ³

Heitor Romero Marques ⁴

RESUMO: Em análise as alterações promovidas pela Lei nº 13.146/15, conhecida como Estatuto do Deficiente, este trabalho observa os reflexos que atingiram a capacidade civil brasileira desde então, possibilitando a existência do instituto denominado Tomada de Decisão Apoiada. A partir deste ponto, os aspectos que se demonstraram relevantes para a sua efetiva aplicabilidade foram colocados em debate, permitindo explanações conceituais acerca do tema, tal como sua identificação, requisitos necessários para sua aplicabilidade, legitimados para requerê-la, bem como a demonstração de sua importância no meio jurídico. Isso porque a Tomada de Decisão Apoiada se mostra meio eficaz na busca pela promoção de igualdade e efetivação de garantias a deficientes. Dessa forma, a problemática desenvolvida, baseada em análises doutrinárias, artigos científicos e nas disposições legais que tratam do tema, permitiram a conclusão de que o maior óbice enfrentado pela Tomada de Decisão Apoiada ainda é a pequena propagação de conhecimento sobre o instituto.

PALAVRAS-CHAVE: 1 Capacidade Civil. 2 Tomada de Decisão Apoiada. 3 Estatuto do Deficiente

RESUMEN: en observación en las alteraciones promovidas por la Ley nº 13.146/15, conocida como el Estatuto del Deficiente, esto trabajo observa los reflejos que attingirán a capacidad civil brasileña desde entonces, posibilitando la existencia do instituto denominado Tomada de Decisión Apoyada. A partir de este punto, los aspectos que se demostrase relevantes para a su efectiva aplicabilidad fueran colocados en debate, permitiendo la exploración conceptual acerca del tema, tal como su identificación, requisitos necesarios para su aplicabilidad, legitimados para requiérela, bien como la demostración de su importancia en el medio jurídico. Eso porque la Tomada de Decisión Apoyada muestras

como un medio eficaz en la busca por la promoción de igualdad e efectuação da garantías a los deficientes. De esa forma, la problemática desarrollada, basado en el análisis de la doctrina, artículos científicos e las disposiciones legales qui tratan de el tema, permitieron la conclusión de que el mayor obstáculo enfrentado por el tema, todavía es la pequeña propagación de conocimiento sobre el instituto.

PALABRAS CLAVE: 1 Capacidad civil. 2 Tomada de Decisión Apoyada. 3 Estatuto del Deficiente

1 INTRODUÇÃO

Na busca pela promoção de direitos e garantias aos deficientes a Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015 assumiu papel de fundamental importância neste processo, como forma de efetivar as disposições contidas na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/09). Juntos, os dois instrumentos se mostraram eficazes como meio de inclusão e integração de deficientes na sociedade.

Através das mudanças trazidas, a capacidade civil brasileira passou a ser analisada por um novo prisma, com alterações que possibilitaram o surgimento do instituto denominado Tomada de Decisão Apoiada, descrito no Art. 1.783-A e parágrafos do Código Civil Brasileiro de 2002.

O instituto da Tomada de Decisão Apoiada – TDA permite aos deficientes que possuem certo discernimento mas que por razões diversas se veem impossibilitados de exprimirem suas vontades completamente, de serem apoiados durante a tomada de decisões importantes de sua vida civil, valorizando e privilegiando, portanto, sua opinião quanto aos aspectos que lhe são de interesse e afetam seu convívio em sociedade.

A escolha de duas pessoas idôneas, com as quais tenha vínculo e laços de confiança, através de um termo em que deverão ser especificados os limites do apoio prestado, é a expressão clara de que os deficientes passaram a ser vistos de outra maneira, reconhecendo-se que as incapacidades nem sempre são absolutas e que valorizar aqueles que possuem discernimento, mesmo que reduzido, é fundamental para lhes garantir a dignidade como ser humano.

Em observância ao cenário e ao momento histórico no qual o

contexto brasileiro está inserido contemporaneamente, a Tomada de Decisão Apoiada tem peso significativo nas lutas sociais que buscam a igualdade, a garantia e a preservação de direitos, pois estes são temas crescentes e que se veem cada mais presentes no dia a dia dos brasileiros, de forma que o legislador ao trabalhar pela inclusão de deficientes encontrou fundamento basilar no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Para melhor entendimento e compreensão do tema o método utilizado será o de análise textual, com base em doutrinas e legislação específica acerca do tema.

2 CAPACIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Fonte de operações basilares no Direito Civil Brasileiro, a capacidade civil, regulamentada pelo diploma legal civilista em seus primeiros artigos, é tradicionalmente dividida em capacidade civil de direito e capacidade civil de fato, duas definições que juntas dão resultado à capacidade civil plena. A primeira destas pode ser definida como a capacidade que acompanha o ser humano desde o seu nascimento e que lhe permite ter aptidão para contrair direitos e assumir deveres, tornando-se uma capacidade genérica. Por sua vez, a capacidade de fato é definida como a aptidão para a prática de atos da vida civil, que nem toda pessoa possui.

Doutrinadores como Afrânio de Carvalho (1980, p. 21), caracterizam a capacidade de direito como aquela que é inerente a qualquer pessoa, independente de condições como idade e estado de saúde, de modo que a capacidade de fato é caracterizada pela possibilidade de que a pessoa detentora da capacidade de direito possa, pessoalmente, exercer direitos e deveres, podendo sofrer restrições conforme a idade e estado de saúde.

As limitações que são postas à capacidade civil formam a teoria das incapacidades, que passou por um processo histórico de evolução desde o Código Civil de 1916, com novas disposições no Código Civil de 2002, acompanhando, portanto, as mudanças ocorridas na sociedade em geral. Assim, a incapacidade civil, vista como a ausência da capacidade de fato, de acordo com o Código Civil de 1916 poderia ser absolu-

ta ou relativa, levando em consideração para essa classificação os graus de inaptidão que cada um possuía diante da capacidade de exercer os atos da vida civil, utilizado como instrumento protetivo à esses indivíduos, determinando qual será sua parcela de participação em decisões que impliquem relevância em sua vida.

Os artigos 5º e 6º da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916) definiam como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os surdos-mudos, que não pudessem exprimir sua vontade e os ausentes, declarados por ato do juiz e, como relativamente incapazes, os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, as mulheres casadas, os pródigos e os silvícolas.

Referido diploma legal vigorou por longos oitenta e seis anos, até que a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil de 2002) trouxe algumas modificações, mantendo os menores de dezesseis anos como absolutamente incapazes, bem como aqueles que não possuíam o discernimento necessário em razão de enfermidade ou deficiência mental, e os que por causa transitória não pudessem exprimir suas vontades. Ainda, definiu como relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e viciados em tóxicos, aqueles que por deficiência mental tivessem o discernimento reduzido, aqueles sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

Mesmo diante das alterações, os absolutamente incapazes necessitam de representantes para o exercício de atos da vida civil, pessoas estas que recebem a denominação jurídica de “representante legais”, responsáveis pela prática de referidos atos em nome daqueles que possuem incapacidade absoluta, sob a consequência de que os tais atos sejam considerados nulos. Em outro prisma, os relativamente incapazes são “assistidos” durante a prática de seus atos da vida civil, garantindo a validade de sua manifestação de vontade, uma vez que, sem a necessária assistência estes atos são considerados anuláveis.

Maria Helena Diniz (2018, p. 205) ensina que “A proteção jurídica dos incapazes realiza-se por meio da representação (CC, art. 3º) ou assistência (CC, art. 4º), o que lhes dá segurança, quer em relação a sua pessoa, quer em relação ao seu patrimônio, possibilitando o exercício de ser direitos (CC, arts. 115 a 120, 1.634, V, 1.690, 1.734, com a redação da Lei n. 12.010/2009, 1.767, e Lei n. 13.146/2015)”.

Conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 119),

em países como a França, inexistente a distinção de incapacidade, de modo que o juiz é o responsável por determinar a capacidade de discernimento dos menores, por exemplo. Verifica-se que as implicações brasileiras quanto ao tema são os meios protetivos encontrados pelo legislador para assegurar aos incapazes que seus direitos estão sendo devidamente resguardados através do sistema definido no Código Civil.

3 REESTRUTURAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 13.146/15 E CONVENÇÃO INTERNACIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Com o evidente avanço tecnológico, possibilitando a melhora no estudo das deficiências, o mundo em geral se viu voltado à discussões que permeiam o assunto de extrema relevância. As lutas sociais pela inclusão dos deficientes ganharam grande apoio diante da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência – Convenção de Nova Iorque, que no Brasil repercutiu positivamente com a entrada em vigor do Estatuto do Deficiente – Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.

A teoria das incapacidades foi repaginada diante da nova releitura dada ao Código Civil quanto à incapacidade absoluta, que deixou de ser vista como presunção total de que alguns dos incapacitados, antes tidos como absolutos, de nada teriam discernimento. A partir desta nova vertente, o absolutamente incapaz passou a ser visto dentro uma perspectiva singular, observando todo o contexto, sem a rigidez antes impregnada no texto do diploma legal.

As hipóteses antes elencadas no Código Civil de 2002 em seu artigo 3º, foram revogadas pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 – Estatuto do Deficiente, permanecendo como absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos, passando a ser utilizado somente um critério cronológico para sua determinação. Da mesma forma, o artigo 4º também sofreu alterações, posto que a partir de então a redação traz como relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os pródigos e, com maior destaque por sua importância, aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir suas vontades, bem como a determinação de que a capacidade civil dos indígenas será tratada me-

diante legislação especial.

A importância das alterações consiste na busca pela promoção da dignidade da pessoa humana, incluindo os deficientes no rol daqueles que merecem atenção especial quanto às suas necessidades, não só patrimoniais, mas principalmente em relação aos fatos que envolvem a vida pessoal em um todo, pois flexibilizar o rol dos absolutamente incapazes é meio de valorização, demonstrando que a teoria das incapacidades teve renovada sua hermenêutica, materializando os objetivos propostos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Deixou de existir a ligação direta que havia entre a incapacidade civil e as deficiências em geral, de maneira que aquele que possui alguma deficiência, mas que ainda pode exprimir vontade conscientemente e de forma livre, não é mais visto como incapaz.

A análise da capacidade passou a ser exercitada diante de outro aspecto, observando a situação propriamente dita em que a pessoa se encontra, se este indivíduo merece proteção especial em razão de alguma vulnerabilidade, podendo ser em decorrência de sua deficiência, reconhecendo assim as peculiaridades de cada caso. Para o fim de avaliação da incapacidade não mais são analisadas as características pessoais de cada um e sim a possibilidade de que sua vontade possa ser manifestamente expressa, sem qualquer comprometimento que lhe cause prejuízos.

4 DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Em meio às inovações que foram inseridas no Código Civil atual a partir da entrada em vigência do Estatuto do Deficiente, a Tomada de Decisão Apoiada é o instituto responsável por trazer a essência do que hoje pode ser visto como a verdadeira efetivação da busca pela igualdade de direitos que insere os deficientes na sociedade, possibilitando sua maior interação com o meio em que vive, mostrando-se, portanto, como um grande avanço na área do Direito Civil no Brasil.

A determinação para a inserção do instituto no ordenamento pátrio veio através do Art. 116 da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 – Estatuto do Deficiente, visto como uma nova alternativa para os deficientes que anteriormente se encontravam reprimidos e amarrados pelo

instituto da curatela. Tanto é verdade, que a Tomada de Decisão Apoiada foi inserida no Art. 1.783-A e parágrafos, logo após as definições legais da curatela.

Define-se a Tomada de Decisão Apoiada como a prerrogativa dada ao deficiente, para que escolha duas pessoas de sua confiança, obviamente idôneas, com as quais mantenha vínculos, para que lhe prestem o apoio necessário no momento da tomada de decisões relacionadas a atos da vida cível, de forma que lhe serão fornecidas informações e elementos, através dos apoiadores, para a configuração da assistência prestada. Aqui, não se deve confundir o termo assistência com aquele utilizado para os relativamente incapazes, que são assistidos por seus representantes, pois na Tomada de Decisão Apoiada, se trata apenas de um auxílio, dito como apoio. Rosenvald (2015), explica que:

Tutela e curatela são instituições protetivas da pessoa e dos bens dos que detêm limitada capacidade de agir, evitando os riscos que essa carência possa impor aos exercícios das situações jurídicas por parte de indivíduos juridicamente vulneráveis. Contudo, por mais que o legislador paulatinamente procure reformar esses tradicionais mecanismos de substituição – de forma a adequá-los ao modelo personalista do direito civil constitucional –, pela própria estrutura, tutela e curatela são medidas prioritariamente funcionalizadas ao campo estritamente patrimonial. A Tomada de decisão apoiada é um modelo jurídico que se aparta dos institutos protetivos clássicos na estrutura e na função.

Apesar das semelhanças com o instituto da curatela, a Tomada de Decisão Apoiada deixou de ter como aspecto relevante apenas a proteção patrimonial do indivíduo deficiente e de sua família, caso o deficiente não fosse interditado e, diante de um prisma distinto, o foco principal do novo instituto consistiu em dar autonomia de vontade ao deficiente, uma vez que a escolha pela utilização da Tomada de Decisão Apoiada é exclusivamente sua, reforçada ainda mais pelo fato de que os apoiadores também são indicados pelo deficiente. Por óbvio, o juiz analisará a indicação dos apoiadores, levando em consideração o exposto ordenamento de que estes deverão ser pessoas idôneas. Todavia, essa análise não restringe a capacidade do deficiente em sua escolha, posto que poderá novamente indicar outras pessoas. O doutrinador Nelson

Rosenvald (2015, p. 755), em sentido parecido, ensina que:

[...] a tomada de decisão apoiada é um modelo jurídico que se aparta dos institutos clássicos na estrutura e função. (...) Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferencialmente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapidem o patrimônio), em detrimento do próprio interdito, a tomada de decisão apoiada é uma medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e a dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais.

Em consonância com o proposto na Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência, datada de 2006, mas válida no Brasil a partir do ano de 2009, o que se extrai inicialmente da Tomada de Decisão Apoiada é seu nítido caráter igualitário, que é moldado pelas características de caso a caso, mostrando que os meios para garantir seus propósitos estão em constante evolução, de forma que as barreiras que oferecem óbice devem ser quebradas, possibilitando o pensamento para a elaboração de novos modos de participação de deficientes na sociedade.

Vendo a capacidade como um direito fundamental de cada indivíduo, restringir-lhe-á em situações em que é possível a expressão de vontade seria manter o pensamento voltado ao retrocesso, de sorte que a Tomada de Decisão Apoiada surgiu como uma inovação valiosa em meio as possibilidades antes utilizadas, ressaltando cada vez mais uma igualdade real e alcançável.

A Tomada de Decisão Apoiada permite que o deficiente usufrua de sua capacidade de exercício assim como as demais pessoas insertas na sociedade, permite então que tenha autonomia de vontade durante a escolha e concretização de atos da vida cível que lhe dizem respeito e permite que seu querer não seja calado apenas porque sua vulnerabilidade se apresenta de forma diferente e o coloca em uma situação na qual necessita de apoio, determinando uma atenção especial, justamente no intuito de que lhe seja assegurada a própria dignidade, inerente ao ser humano.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Neto, são doutrinadores que tratam acerca do tema, como na passagem:

Realmente, em tempos pós-modernos, com preocupações de inclusão social e cidadania, não mais se pode admitir que a lei reputa um ser humano incapaz absolutamente somente por conta de uma deficiência física ou mental e, muito pior do que isso, que promova uma transferência compulsória das decisões e escolhas sobre a sua vida e suas relações existenciais para um terceiro, o curador, aniquilando a sua vontade a sua preferência. Equivale, na prática, a uma verdadeira morte civil de um humano.

O texto legal que trata do assunto traz em seu bojo elementos bastante úteis para a configuração do instituto. Observa-se inicialmente que o caput do Art. 1783-A responde, a *prima facie*, quando será possível requerer a Tomada de Decisão Apoiada e no que ela consiste. Logo em seguida o § 1º é responsável por determinar o conteúdo do termo de apoio que será direcionado ao juízo para que tenha validade, de forma que o § 2º é o ápice do que se resume o instituto, uma vez que afirma que cabe a pessoa apoiada requerer o apoio, demonstrando, portanto, sua autonomia de vontade quanto à possibilidade de recorrer ao instituto. Ainda, o § 3º reafirma o protecionismo voltado diretamente ao apoiado, uma vez que antes de o pedido ser aceito, o magistrado deverá valer-se dos meios necessários para a averiguação da situação, garantindo que o apoiado esteja devidamente resguardado.

Observa-se então que o § 4º é a garantia legal de validade dos negócios jurídicos praticados pelo apoiado sob a orientação e auxílio de seus apoiadores, bem como o § 5º mantém teor semelhante ao anterior. Por conseguinte, os §§ 6º, 7º e 8º tratam de situações diversas, tal como qual será o procedimento adotado caso o apoiado seja prejudicado ou negligenciado. Nesse diapasão, os §§ 9º e 10º falam acerca do término do termo de Tomada de Decisão Apoiada, restando ao § 11º a orientação de que diante do processo de prestação de contas do instituto as disposições legais aplicadas deverão ser as mesmas utilizadas na curatela.

Apesar do evidente frescor da Tomada de Decisão Apoiada, sua chegada já era aguardada pelos civilistas que tratam de temas relacionados, pois modelos semelhantes há algum tempo já vinham sendo utilizados em países estrangeiros. É o caso, por exemplo, assim como ensina Maurício Requião (2016), da austríaca *Sachwalterschaft* e da alemã *Betreuung*. O referido escritor diz ainda que podem existir modelos distintos do adotado pelo Brasil, que tem como intenção colocar

o instituto da curatela em desuso. Seriam esses o modelo belga, que possui um administrador, e o modelo do *amministrazione di sostegno*, italiano.

É possível que o modelo de maior semelhança com o brasileiro seja o francês *sauvegarde de justice*, que tem como objetivo o convívio entre os dois institutos, sem que haja a exclusão do outro, pois não há de se considerar que ele se torne ultrapassado (Requião, 2016).

Destaca-se ainda que a legislação civil argentina, alterada posteriormente ao Código Civil Brasileiro, no ano de 2016, incluiu o denominado *sistemas de Apoyo al ejercicio de la capacidad*, em seu art. 43, destacando o que é apoio e qual sua função, com a diferença que no país vizinho é possível designar apenas um apoiador para o exercício da função, diferentemente do que é exigido no Brasil.

4.1 Possibilidade de aplicação

Diante de toda a nova sistemática proposta pela repaginação efetuada pelo Estatuto do Deficiente, as pessoas deficientes, mas que podem expressar sua vontade, deixaram de ser vistas como incapazes. Tanto é verdade, que são esses os indivíduos que podem se valer da Tomada de Decisão Apoiada como instrumento que lhes dá autonomia de vontade, afastando a exceção das incapacidades, mesmo que a relativa.

Aqueles que, em decorrência de alguma deficiência, com graduação variada, seja intelectual, física ou psíquica, ensejam um diferente tratamento, com especial atenção, possuem a prerrogativa de valer-se da Tomada de Decisão Apoiada, elegendo 02 (dois) sujeitos, que estão em seu entorno, com base na confiança que lhes é depositada, para que sejam os ditos apoiadores, representando certa oposição em relação ao caráter determinativo e impositivo que a curatela exerce.

É justamente em relação às pessoas hoje definidas como plenamente capazes que a Tomada de Decisão Apoiada vê o seu alcance determinado, sendo esses os usuários do novo sistema inserido no Código Civil. Para os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Neto e Nelson Rosendal (2018, p. 1913), os indivíduos que se utilizam da Tomada de Decisão Apoiada são então definidos como beneficiários, senão vejamos:

O beneficiário (pessoa plenamente capaz), no gozo de seus direitos civis, procura ser coadjuvado em seus atos pelos apoiadores. Eventualmente precisado de auxílio (apoio, na linguagem da lei), o sistema prevê a nomeação de dois apoiadores, que não serão representantes ou assistentes – porque não há incapacidade. Assim, esse modelo beneficiará, enormemente, pessoas com impossibilidade física ou sensorial [...]. Não se trata, pois, de um modelo limitador da capacidade, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais de uma pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano.

Forçoso destacar que a Tomada de Decisão Apoiada não veio como medida de exclusão da curatela, tampouco como medida cumulativa, pois seu aspecto natural é que se mantenha como outro instrumento que poderá ser utilizado quando necessário, como se ocupasse posição lateral ao instituto da curatela, de forma concorrente. Nelson Rosenvald (2015) afirma que caberá aos doutrinadores o desenvolvimento, com base na análise do dia-a-dia, de critérios que sejam capazes de distinguir e delimitar quando se fará útil recorrer à Tomada de Decisão Apoiada e quando deverá ser mantida a tradicional utilização do instrumento previsto no Código Civil anterior ao Estatuto do Deficiente, bem como para quando surgirem dúvidas de caráter nebuloso.

Um dos questionamentos levantados por Rosenvald (2015) consiste em saber se a Tomada de Decisão Apoiada deve se estender àqueles deficientes tidos como permanente, que ainda não foram curatelados, mas que estão em processo de interdição. Se o critério utilizado para alcançar a resposta do problema apresentado leva em consideração o objetivo principal do instituto, a lógica é que sua aplicação é mais do que válida dentro do contexto de que o indivíduo deficiente ainda é plenamente capaz e possui a legitimidade necessária para a propositura do pedido de apoio.

4.2 Legitimados para propositura do pedido

Considerando se tratar de um instituto até então inédito no ordenamento jurídico brasileiro as interpretações acerca da legitimidade para a propositura do pedido de Tomada de Decisão Apoiada seguem

duas vertentes.

Há quem faça interpretação literal do texto de lei, descrito no parágrafo segundo do Art. 1.783-A, observando que somente o indivíduo que será beneficiado com o apoio, então definido como apoiado, tem a plena legitimidade para a solicitação da Tomada de Decisão Apoiada, tratando-se, portanto, de uma capacidade restritiva, ou seja, limitada somente ao deficiente.

O segundo posicionamento parte do pressuposto de que necessária se faz uma análise e interpretação expansiva do conteúdo contido no referido parágrafo, com base em uma análise construtiva e, por consequência, vista também como ampliativa, direcionando que tanto Ministério Público quanto familiares, são legitimados para a propositura da ação que ensejará a Tomada de Decisão Apoiada, tendo como o fundamento principal o fato de que estes tem plena legitimidade para propor ação de curatela. Isso porque aplica-se o preceito de que aquele que pode o mais, também pode o menos, seguindo uma regra já aplicada juridicamente, de modo a configurar algo tradicionalmente comum.

Em suma, ambas as análises não fogem do caráter protecionista que o instituto propõe, haja vista tratar-se de norma definidora que influencia diretamente no que se refere a pessoa e, qualquer das duas aplicações não se mostra como um óbice, que limite sua autonomia de vontade e lhe restrinja a capacidade diante dos demais componentes da sociedade em que está inserido.

4.4 Procedimento e *modus operandi*

O artigo 1.783-A e seus parágrafos são esclarecedores quanto à forma em que deve ser realizada a Tomada de Decisão Apoiada. O texto inserido no Código Civil repete aquele descrito no Art. 116 da Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto do Deficiente). Observa-se, por oportuno, que o legislador trabalhou de forma clara o modo utilizado para a ação de Tomada de Decisão Apoiada, que se assemelha a curatela quanto ao meio processual.

É através de um termo assinado pelo deficiente e pelos dois apoiadores que o pedido de Tomada de Decisão Apoiada é formulado. A partir deste documento, que deve constar os limites do apoio prestado, bem

como o prazo em que o acordo vigerá e demais elementos que caracterizem a vontade do apoiado, respeitando primordialmente seus direitos e interesses, encaminhado ao juízo da vara de família, que diante de um exame pormenorizado determinará válido o termo de apoio, que a Tomada de Decisão Apoiada se constituirá. Infere-se que, de acordo com a legislação processual civil vigente no país, o procedimento se dará por meio de jurisdição voluntária, conforme a previsão legal do Art. 723 do Código de Processo Civil, que, nos termos de Cristiano Chaves de Farias (2018, p. 1.913), coloca o magistrado em posição na qual a legalidade estrita não o adstringe.

O maior destaque dado ao parágrafo segundo é em relação à limitação do apoio e do prazo de validade do acordo. Nesse sentido, o termo de apoio deve conter exatamente quais são os limites do auxílio que será prestado, como por exemplo, se será utilizado apenas em negócios jurídicos de compra e venda. A relevância primordial é a observação de que existirá um prazo determinado em que o termo de Tomada de Decisão Apoiada será válido e produzirá os efeitos necessário, levando em consideração que o termo de cada indivíduo apoiado apresentará distinções quantos aos demais, posto que cada sujeito apresenta características particulares que podem importar no processo de apoio.

A questão temporal pode claramente ser vista a exemplo do caso de um obeso mórbido que se utiliza do instituto, mas tem planos para que através de procedimentos médicos, que levam, por óbvio, um tempo determinado, deixe de precisar do apoio, restringindo então sua limitação de tempo à razoável probabilidade de duração e finalização dos seus procedimentos. Referido assunto vem especificado logo no primeiro parágrafo do Art. 1.783-A do Código Civil.

Quando do exame pormenorizado, é nítida a impressão de que o § 3º do Art. 1.783-A é uma expressão real da tendência protecionista que tanto o instituto da curatela, quanto o da Tomada de Decisão Apoiada seguem. Isso porque a redação do parágrafo terceiro aponta no sentido de que o magistrado, antes de se pronunciar positiva ou negativamente em relação ao termo de apoio, deverá realizar uma análise minuciosa da situação, em companhia de uma equipe multidisciplinar, encaminhá-lo ao Ministério Público para que exaure parecer e, por fim, deve ouvir pessoalmente possível apoiado e seus pretensos apoiadores.

Observa-se, assim, que o juiz não fará grossa vista quanto à as-

pectos importantes, pois a equipe multidisciplinar determinada pelo parágrafo terceiro poderá ser composta por psicólogos, psiquiatras e outros profissionais habilitados e capacitados que se voltem ao exame de questões determinantes para o deferimento do pedido de Tomada de Decisão Apoiada. Ainda, ao exigir que o magistrado ouça, pessoalmente, tanto o requerente quanto seus possíveis apoiadores, o legislador busca a humanização do sistema judiciário, uma vez que a norma jurídica e todo o instituto são pensados e voltados para o ser humano.

É válido ressaltar que o negócio jurídico realizado pelo apoiado ganha uma espécie de reforço em sua validade, uma vez que, respeitados os limites impostos pelo termo de apoio, não há que se falar em qualquer contestação acerca da capacidade do indivíduo que o realizou. Essa determinação é devidamente expressa no § 4º do Art. 1.783-A do Código Civil, que traz a seguinte redação “A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.” Posto isso, observa-se que o apoiado tem garantia legal quanto aos atos cíveis que praticar de acordo com o termo de Tomada de Decisão Apoiada.

O Manual de Direito Civil escrito por Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2018, p. 1.909) traz trecho com o seguinte ensinamento:

Na ótica civil-constitucional, especialmente à luz da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), as pessoas com deficiência dispõe dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade. E, muito pelo contrário, reclamam proteção diferenciada, de modo a que se lhes garanta plena acessibilidade, como, aliás, bem previsto na legislação específica (Leis nº 10.048/00 e 10.098/00). Também é de relevo lembrar, além da dignidade e da igualdade substancial, o direito constitucional à não discriminação, que ganha cores, tons e matizes mais vivos quando se trata de pessoa com transtorno mental.

Com efeito, as palavras dos doutrinadores ganham maior peso se comparado ao fato de que, mesmo diante de toda a evolução relacionada ao tema ainda é necessária a existência de dispositivos que deem garantia não somente ao apoiado, mas também a terceiros com quem

mantenha relações negociais.

O terceiro que participa de negócio jurídico com o apoiado pode requerer que seus apoiadores contra-assinem os documentos de validade dizendo qual sua função em relação ao apoio prestado. Ressalta-se que a descrição da referida função deve se dar por escrito no mesmo documento, conferindo maior legitimidade à relação negocial, de acordo com o § 5º do artigo supracitado. A proteção é voltada ao deficiente em questão, mas também emite reflexos em todo o seu meio de convívio, no qual detém vínculos e o configura definitivamente como um integrante da sociedade.

Visando resguardar ainda mais o apoiado, o legislador trouxe hipóteses em que o apoiado poderia sofrer prejuízos e determinou, para tanto, que as questões fossem levadas ao juízo para decisão posterior. Essa é determinação dos parágrafos sexto, sétimo e oitavo do Art. 1.783-A, senão vejamos a letra da lei:

[...] § 6o Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7o Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8o Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

A premissa permanece a mesma que a dos parágrafos anteriores, de modo que a intenção é sempre garantir que o apoiado, pessoa que por circunstâncias diversas se encontra em situação de maior vulnerabilidade quando comparado com os demais, possa estar protegido e tenha direitos igualitários quanto a seus semelhantes. Ademais, é notório que a atuação do Ministério Público em tais situações é na função de *custus legis*, ou seja, atua como um fiscal da lei.

Deflagra-se a Tomada de Decisão Apoiada caso seja da vontade do apoiado, demonstrando e valorizando novamente sua autonomia de escolha e seu poder de decisão, bem como se, caso um dos apoiadores

apontados anteriormente no termo de apoio seja destituído e, após ouvido pelo juiz e dado novo parecer ministerial, o apoiado não queira indicar nova pessoa, mesmo após intimação para que o faça.

A segunda possibilidade citada leva à extinção do termo de apoio, pois o vernáculo legal é claro em exigir para a configuração da Tomada de Decisão Apoiada 02 (duas) pessoas, ao passo que restando somente uma na função de apoiador, os requisitos deixam de estar preenchidos. Há ainda o caso de o apoiador não mais querer ocupar tal função, situação na qual a regra anterior será válida para o seu desligamento, desde que aceite pelo juiz. Essa é a determinação do parágrafo dez do Art. 1.783-A do Código Civil.

O advogado Maurício Requião (2016) escreveu acerca do tema o seguinte apontamento:

No caso supracitado deve-se dar privilégio à autonomia do apoiado, até porque, não se perca de vista, a tomada de decisão apoiada só se constituiu a partir de interesse seu. Entretanto, acredita-se que em caso de divergências entre o apoiado e o apoiador, seja útil a este buscar registrar a sua opinião contrária ao negócio realizado, para que no futuro não possa de alguma maneira vir a ser acusado de negligência na sua atuação.

Também aqui, assim como na curatela, se buscou destacar que o papel do apoiador deve ser positivo ao sujeito que ele apoia, sendo aquele destituído a partir de denúncia fundada feita por qualquer pessoa ao Ministério Público ou ao juiz, caso aja o apoiador com negligência ou exerça pressão indevida sobre o sujeito que apoia (art. 1.783-A, § 7.º). Essa destituição implicará na necessidade de ser ouvida a pessoa apoiada quanto ao seu interesse em que seja, ou não, nomeado novo apoiador (art. 1.783-A, § 8.º).

Embora a lei não especifique, acredita-se que, como há determinação legal da existência de dois apoiadores, se um deles for destituído e o apoiado não quiser a nomeação de novo apoiador, se dará a extinção da situação de tomada de decisão apoiada. Extinção esta que, aliás, pode se dar também a qualquer tempo a partir de pedido do apoiado (art. 1.783-A, § 9.º). Trata-se de direito potestativo do apoiado, de modo que não cabe ao juiz denegar tal pedido. É possível também que algum dos apoiadores não queira mais participar do processo de tomada de decisão apoiada, o que será deferido também a partir de autorização judicial (art. 1.783-A, § 10).

Esta saída do apoiador, embora também não haja determinação legal expressa, não implicará automaticamente no fim do proces-

so de tomada de decisão apoiada. Deverá ser o apoiado instado a indicar novo apoiador e, somente se não o quiser, haverá a extinção do processo.

As situações abordadas nos dois últimos parágrafos só reforçam os aspectos da voluntariedade e da confiança que envolvem a tomada de decisão apoiada. Dá-se, no que toca à confiança como elemento basilar, configuração similar àquela encontrada, por exemplo, no mandato.

Relacionado ao último parágrafo do Art. 1.783-A do diploma civilista brasileiro, infere-se que à Tomada de Decisão Apoiada serão aplicadas as disposições da curatela quanto a prestação de contas devida pelos apoiadores, quando assim for pertinente. Desse prisma, observa-se que a curatela segue o ditado para a prestação de contas na tutela, conforme o Art. 1.774.

A título de exemplificação, são regras acerca da prestação de contas na tutela, contidos nos Art. 1.755 ao Art. 1.762, o compromisso de que as contas serão prestadas sempre que solicitadas ou quando esta for extinta. Verifica-se que tais determinações podem ser válidas para a Tomada de Decisão Apoiada, assim como a implicação de que caberá ao tutelado as despesas decorrentes da prestação de contas, e, para melhor adequação ao caso, altera-se o termo para apoiado quando o dispositivo for aplicado em situações em que haja termo de apoio.

Destaca-se que não necessariamente os apoiadores deverão prestar contas, uma vez que o que se espera é que, como o apoiado detém capacidade civil plena, não seja de crucial a realização de prestação de contas quando da Tomada de Decisão Apoiada. Todavia, em casos primordiais, o legislador pensou à frente e socorreu-se ao uso de outro instrumento que aparentemente tem funcionado bem até o momento.

Aspecto ainda de importante relevo seria a situação daquelas pessoas que possuem deficiência e que foram interditas antes da entrada em vigor dos novos dispositivos inseridos no Código Civil, ou seja, o processo de interdição aconteceu sob o regime anterior, tratando-se, portanto, de uma aplicação temporal do Estatuto do Deficiente, segundo pontua Cristiano Chaves de Farias (2018, p. 1.914). Farias (2018, p. 1.915) diz ainda sobre o tema:

Em se tratando de pessoa com algum tipo de vulnerabilidade, nada impedirá que o mesmo procedimento utilizado para levantar a curatela sirva para encarecer ao Poder Judiciário a determinação, também, de Tomada de Decisão Apoiada, com a nomeação de dois apoiadores. Para o caso de pessoa que era reputada relativamente incapaz, mas que pode manifestar, em plenitude, as suas vontades e desejos, prescindindo da presença de apoiadores, o caso, é, simplesmente, de lhe declarar o levantamento da curatela, para fins práticos, uma vez que o novo sistema já lhe garantiu, automaticamente, a plena capacidade.

Isto é dizer que aqueles que já eram interditados poderão de maneira simples requerer a extinção da curatela e, possivelmente, na mesma via judicial e procedimento, requerer a Tomada de Decisão Apoiada, desde que o termo de apoio apresentado esteja dentro dos padrões exigidos pela legislação.

Muito embora diversos sejam os apontamentos legais acerca da Tomada de Decisão Apoiada o instituto ainda é cercado pelo desconhecimento, posto que até mesmo operadores do Direito desconhecem sua existência. Coube aos doutrinadores reforçarem a importância de sua aplicabilidade e, inserindo em todas as novas edições de livros e manuais de direito civil comentários, mesmo que breves, acerca do assunto.

O certo é que com o decorrer dos anos o instituto possa ser cada vez mais utilizado e alcance o objetivo proposto ainda na Convenção da ONU sobre as Pessoas com Deficiência que contém os seguintes termos “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.”, que somente passou a ser concreta no Brasil através do Decreto-Lei nº 6.949/09.

4.5 Exemplos práticos

Um dos exemplos mais recorrentes na doutrina é daqueles que possuem debilidades físicas, mas que ainda tem seu discernimento por completo, tais como os acometidos por sequelas de um acidente vascular cardíaco – AVC, por obesos mórbidos e tetraplégicos. Ainda, pode-se incluir neste rol aqueles que possuem debilidades sensoriais, tal como os cegos.

Singrando esses mares, a prática evidencia-se, em situação hipotética, do indivíduo que acometido por diabetes perde a visão. É por lógica que sua capacidade civil não se viu reduzida em razão de sua debilidade sensorial, mas que por maior vulnerabilidade, o uso da Tomada de Decisão Apoiada lhe garantirá maior segurança quando do momento de praticar os atos da vida cível, como a compra ou venda de um imóvel.

De mesma natureza é a situação de pessoa portadora de Síndrome de Down, vez que, de acordo com a nova roupagem, não há mais limitações quanto à sua capacidade, o que lhe permite valer-se da Tomada de Decisão Apoiada, contando então com dois apoiadores, de sua escolha, responsáveis por oferecer o suporte que for entendido como necessário quando da prática de seus atos da vida cível, nos limites pré-estabelecidos.

Apesar da possibilidade de se pensar em inúmeros exemplos, citações jurisprudenciais se mostram inalcançáveis em um momento tal como o enfrentado atualmente, em que o instituto ainda possui o frescor das coisas inéditas, valendo-se os doutrinadores de exemplificações apenas fictícias para explicar a Tomada de Decisão Apoiada e permitir, mesmo que de longe, uma visão do que é o instituto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De importância relevância na sociedade, justamente em razão da evolução dos tempos e das novas formas de pensar é que a Tomada de Decisão Apoiada foi inserida no diploma legal civilista brasileiro como forma de atender ao anseio das mudanças ocorridos no cenário mundial quanto aos deficientes.

O instituto visa primordialmente possibilitar a inserção direta dos deficientes na sociedade em que estão envolvidos, dando-lhes voz ao pensamento que antes da entrada em vigor do Estatuto do Deficiente – Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015, era sufocada pela única possibilidade existente, a curatela. Apesar de ser instrumento muito útil, a curatela passou a ter uma nova parceira, após a repaginação da teoria da capacidade civil no Brasil, pois as modificações realizadas no sistema de incapacidades foram profundas.

Em análise a todo o bojo de explanações, percebe-se que ainda sub-

sistem questões cinzentas que cerceiam a Tomada de Decisão Apoiada, mas tão somente em decorrência de ser algo inédito no ordenamento jurídico brasileiro e, com pouca aplicabilidade, em razão do desconhecimento do instituto. Com o decorrer dos anos, a Tomada de Decisão Apoiada será tão bem utilizada como a curatela foi durante seu percurso solo, todavia, para que isso ocorra, é necessário que aqueles que habitam o mundo do Direito propaguem o instituto e passem a enxergá-lo como instrumento eficaz.

A escolha, por meio de um deficiente, de duas pessoas para lhe prestarem apoio, através de elementos e informações, na realização de atos da vida civil é a configuração de um mundo em que as diferenças deixarão de importar tanto quanto têm importado. Não se pode olvidar que esses avanços são decorrentes de uma geração de lutas, que se transformou em instrumento através da Convenção da ONU sobre Pessoas com Deficiência e, posteriormente, inserida no Brasil através do Estatuto do Deficiente, trazendo as modificações necessário do Código Civil Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 02 de junho de 2018.

_____. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 02 de junho de 2018.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/L13105.htm >. Acesso em: 02 de junho de 2018.

_____. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm >. Acesso em: 02 de junho de 2018.

_____. Estatuto do Deficiente. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm >. Acesso em: 02 de junho de 2018.

ALDERETE, C. M. El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios. Disponível em: < <http://www.saij.gob.ar/claudio-marceloalderete-sistema-apoyos-toma-decisiones-personas-discapacidad-propuestas-comentariosdacfl50503-2015-09-14/123456789-0abc-defg3050-51fcanirtcod.> >; Acesso em: 03 de julho de 2018.

CARVALHO, Afrânio de. Instituições de Direito Privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de et al. Manual de Direito Civil – Volume único. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil I: Esquematizado: parte geral: obrigações e contratos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, Heitor Romero et al. Metodologia da pesquisa e do trabalho científico. 5.ed. rev. e atual. Campo Grande: UCDB, 2017.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. Disponível em: < <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf> >. Acesso em: 28 de junho 2018.

REQUIÃO, Maurício. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela> >. Acesso em: 02 de julho de 2018.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. Tratado de Direito das Famílias, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decisao-Apoiada>>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

ROSENVALD, Nelson. Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 02 de julho de 2018.



AS ESPECIFICIDADES JURÍDICAS DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

SOARES, Leandro José Torres¹
FARACCO, Maysa Maria Benedetti²

RESUMO: O presente artigo científico objetiva aclarar as especificidades jurídicas do Contrato de Trabalho Intermitente, bem como as consequências de sua inserção, através da Reforma Trabalhista, no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. Examinar o alicerce ideológico dessa nova figura contratual obreira e as expectativas sobre seu implemento no cotidiano. Demonstrar a relevância de incluir no manto de proteção legislativa trabalhista obreiros que, até então, dele estavam excluídos. Realizar, com o fim de esclarecer peculiaridades, a comparação entre as principais características do Contrato de Trabalho Intermitente e as particularidades gerais dos contratos já existentes no sistema legislativo do Brasil. Aclarar pontos dúbios ou obscuros das disposições da Consolidação das Leis do Trabalho sobre o Contrato de Trabalho Intermitente. Evidenciar qual a dinâmica de funcionamento das atividades regidas pelo Contrato de Trabalho Intermitente, convocações, aceites, possibilidades de recusa e as consequências de cada uma dessas ações. Distinguir quais são e como são calculadas as verbas devidas ao trabalhador contratado através do Contrato de Trabalho Intermitente, mediante explanações simples e objetivas, bem como por meio do destaque das complicações provenientes das recentes alterações da Consolidação das Leis do Trabalho no tocante à apuração das verbas referentes ao trabalho prestado na modalidade intermitente.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato. Intermitente. Reforma. Trabalhista.

ABSTRACT: The present scientific article aimed at to clarify the juridical specificities of the Intermittent Labor Agreement, as well as the consequences of his/her insert, through the Labor Reform, in the brazilian labor juridical legislative order. To examine the ideological foundation of

1. Acadêmico na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS).

2. Mestre em Desenvolvimento Local pela UCDB/MS, Especialista em Gestão Empresarial pela FGV/Agricon/MS e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho/UCDB/MS. Professora na Universidade Católica Dom Bosco – UCDB/MS, nas disciplinas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

that new working contractual illustration and the expectations on his/her implement in the daily. To demonstrate the relevance of including in the mantle of protection labor legislative workers that, until then, of him they were excluded. To accomplish, with the end of explaining peculiarities, the comparison between the main characteristics of the Intermittent Labor agreement and the general particularities of the contracts already existent in the legislative system of Brazil. To clarify points dubious or obscure of the dispositions of the Consolidation of Labor Laws on the Intermittent Labor Agreement. To evidence which the dynamics of operation of the activities governed by the Intermittent Labor agreement, summonses, accept, refusal possibilities and the consequences of each one of those actions. To distinguish which are and as the due budgets are calculated the contracted worker through the Intermittent Labor agreement, by simple and objective explanations, as well as through the prominence of the complications coming of the recent alterations of the Consolidation of the Laws of the Work concerning the counting of the budgets regarding the work rendered in the intermittent modality.

KEYWORDS: Contract. Intermittent. Reform. Labor.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista ocorrida em 2017, através da Lei nº 13.467/2017, despertou ao debate as mais diversas classes sociais brasileiras, devido às extensas e polêmicas modificações daí advindas, o que é interessantíssimo, afinal, como se sabe, a população brasileira raramente demonstra interesse em mudanças legislativas. Esse fenômeno indica que as referidas alterações têm a capacidade de afetar profundamente o país e não poderia ser diferente, pois a maneira como a sociedade organiza as relações de trabalho delinea o modo de vida das pessoas e a dinâmica social.

Dentre as principais alterações emergidas da Reforma Trabalhista está o inédito Contrato de Trabalho Intermitente, o qual se revestiu de características estranhas ao ordenamento jurídico trabalhista com escopo de abrigar na guarida de proteção legal trabalhadores até então dela excluídos.

No Brasil, necessário notar, existem dificuldades de inserção das

peças no mercado de trabalho e, ao mesmo tempo, uma usual inclinação ao desrespeito às leis, cenário propício para que inovações juslaborais possam conduzir a sociedade a dois possíveis destinos: o da criação de novos postos de trabalho juntamente à ampliação da proteção jurídica ao trabalhador ou o da possibilidade de novas fraudes e distorções dos preceitos do Direito do Trabalho.

O presente artigo objetiva elucidar minúcias do Contrato de Trabalho Intermitente, o qual possui especificidades inéditas no ordenamento juslaboral brasileiro, que serão aclaradas nas páginas que se seguem, através de noções já conhecidas, o que deixará o entendimento muito mais fácil e didático.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À NOÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A análise das peculiaridades introdutórias à noção do Contrato de Trabalho Intermitente permite que sejam esclarecidas as premissas essenciais à adequada compreensão do mencionado pacto e de seus efeitos jurídicos, não podendo iniciar-se de outra maneira se não através do entendimento de seu conceito, que é facilitado quando são analisados separadamente seus vocábulos formadores, ou seja, deve-se, primeiramente, ter claro o significado jurídico de “contrato de trabalho” e, posteriormente, assimilar a significação do adjetivo “intermitente”.

A definição de “contrato de trabalho individual” não necessita de maiores explicações, já que o artigo (Art.) 442 da CLT traz expresso seu conceito ao dispor que “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Aliás, conveniente frisar, que este será o conceito utilizado no presente artigo.

Esclarecida a noção de contrato de trabalho, passa-se então ao esclarecimento da acepção da palavra “intermitente”, que é adjetivo daquilo “Que apresenta interrupções ou suspensões, não contínuo” (FERREIRA, 2014, p. 434). O substantivo “intermitência” também esclarece sobremaneira a ideia do adjetivo “intermitente”, já que significa “Interrupção momentânea, descontinuação, parada, intervalo” (PARAGUASSU, 1966, p. 1677).

A CLT traz definição concorde à dos dicionários, posto que, em

seu Art. 443, §3º, fruto da Reforma Trabalhista, conceitua o Contrato de Trabalho Intermitente como aquele no qual a prestação dos serviços ocorre de forma subordinada, mas não contínua, e se alterna entre períodos de atividade, os quais podem ser determinados em horas, dias ou meses e ocorrem quando há a convocação do empregado ao trabalho, e de inatividade.

O exame da significação das palavras que nomeiam o contrato tema do presente artigo edifica o cenário necessário ao início das explicações que seguirão, afinal traduzem precisamente a ideia do Contrato de Trabalho Intermitente, esclarecendo seu propósito e sentido.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO SOCIAL E HISTÓRICO LEGISLATIVO DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

O ordenamento jurídico trabalhista brasileiro é caracterizado por seu viés protecionista ao empregado, construído ao longo do tempo pela constatação de que, por reger relações integradas por partes incontestavelmente desiguais, fazia-se necessária a ingerência estatal no sentido regulamentar as relações.

Os princípios de determinado ramo do Direito são irrefutáveis evidências de seu alicerce ideológico e, por isso, são indicadores categóricos de sua orientação, sua propensão. O sistema normativo justabalhista possui, naturalmente, princípios basilares que desvelam a tendência protetora desse ramo do direito, notadamente, o princípio da condição mais benéfica e o da norma mais favorável ao empregado, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva e, é claro, o próprio princípio da proteção.

O progressivo dinamismo do mercado de trabalho brasileiro, conseqüente da globalização e da necessidade de produção e circulação de bens e realização de serviços de forma cada vez mais rápida e eficiente, faz com que existam tendências legislativas gradativamente mais flexíveis. Aliás, a necessidade de mudanças adaptativas na legislação trabalhista é brilhantemente sintetizada por Carvalho, Neto e Girão (2017, p.52) em passagem de um de seus textos publicados:

Desta feita, a rigidez contida nas normas laborais colapsava o mercado, na medida em que a conjuntura social, econômica e global impunham um novo tratamento, mais ágil e flexível, em que os próprios agentes pudessem estabelecer limites e condições mínimas para as relações, sem o engessamento forçoso da lei. Ressalte-se que as estatísticas e indicadores sempre acusaram a insuficiência e inoperância dos mecanismos legais enquanto meios efetivos de coibir abusos e irregularidades, ao passo em que o excesso de formalismos e exigências onerava, significativa e proibitivamente, os contratos formais de emprego. Imperioso a reformulação e desenvolvimento de nova estratégia para gerar novas formas de trabalho fora dos padrões até então praticados.

O Contrato de Trabalho Intermitente é mais um dos exemplos da marcha flexibilizadora existente no ordenamento juslaboral brasileiro. O histórico desse contrato, até que finalmente restasse positivado no cenário legislativo obreiro do Brasil, é interessante e elucidador.

A relevância do tema é tão grande que foi criada uma Comissão Especial, cuja atribuição era elaborar um parecer sobre o Projeto de Lei nº 6.787/2016, embrião da Lei da Reforma Trabalhista. Inclusive, determinadas passagens do mencionado parecer revelam tratar-se a Reforma de uma tentativa de adaptação da principal legislação laboral brasileira à dinâmica social moderna. Segundo Rogério Marinho (2017, p. 21), o Deputado Federal relator do parecer, “[...] é hora de disciplinarmos na CLT as novas modalidades de contratação decorrentes das inovações tecnológicas e as suas consequências, tais como o contrato de trabalho intermitente e o teletrabalho”.

A exposição de motivos do Projeto de Lei nº 6.787/2016, por sua vez, evidenciou que um dos objetivos da reforma legislativa que se iniciava era “[...] atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país [...]” (BRASIL, 2016, p.1), o que guarda importante relação com o contrato cerne do presente trabalho.

Um dos mais importantes e reconhecidos juristas trabalhistas do país, antes mesmo do início da tramitação do projeto de lei originador da Reforma Trabalhista já expunha a conveniência da regulamentação do trabalho intermitente, afinal este já seria parte da prática social. Expressou-se da seguinte forma Nascimento (2011, p. 1.049):

O regime jurídico do trabalho intermitente no ordenamento brasileiro carece de regulamentação para afastar dúvidas sobre o seu conceito e enquadramento, de modo que seria de toda conveniência uma lei em condições de dirimir dúvidas, oferecer maior segurança para o contratante e, também, especificar direitos para o contratado.

A necessidade de regulamentação do trabalho intermitente é linha de pensamento apoiada por importantes figuras do Direito do Trabalho nacional, como por exemplo, Pazzianotto (*apud* COURA e GANTOIS, 2017, p.1), ex-ministro do TST, que afirma que o contrato de trabalho intermitente “é a regulamentação do bico, uma realidade que já existe. Dá segurança as duas partes e é uma fonte de rendimento. Músicos e garçons se beneficiariam com este regime, por exemplo”.

Acompanhando a percepção exarada pelo ministro supracitado, manifestou-se, por exemplo, a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (ABRASEL, 2018) em seu site oficial afirmando que “No setor de alimentação fora do lar, por exemplo, estima-se a criação de 2 milhões de novos empregos com a regulamentação do trabalho intermitente”.

No Brasil a realidade é adversa a numerosos grupos sociais, os quais encontram-se, por variados motivos, excluídos do mercado de trabalho legalmente regulado, o que ratifica a importância da inauguração do Contrato de Trabalho Intermitente no país, pois se cria a perspectiva de inclusão de mais trabalhadores no manto de proteção trabalhista, através da regulamentação de suas atividades.

A breve explanação sobre os trâmites legislativos, evidencia as ideias e prognósticos sociais contidos no ato de positivação do Contrato de Trabalho Intermitente, esclarecendo os motivos e objetivos da Reforma Trabalhista e facilitando o entendimento das explanações legais e jurídicas dos capítulos que se seguem.

4 NOÇÕES JURÍDICAS ATINENTES AO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE.

O contrato individual de trabalho, anteriormente à Reforma Trabalhista, poderia ser pactuado, conforme o antigo Art. 443 da CLT,

“tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”, entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, esse mesmo artigo passou a prever que “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente”.

Relevante esclarecer que o Contrato de Trabalho Intermitente pode ser utilizado “independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador”, nos termos do Art. 443, §3º, da CLT, mas que, certamente, será mais útil a trabalhadores que, comumente, prestavam seus serviços de maneira desregulamentada. Ressalta-se também que os aeronautas não poderão se utilizar desse contrato, por previsão expressa na CLT, pelo fato de serem regidos por legislação específica.

A premissa precursora do raciocínio que se segue é a de que o mercado de trabalho brasileiro é caracterizado por grandes dificuldades aos empreendedores, pela economia deficitária e pela falta de uma real liberdade de mercado, o que cria percalços aptos a atingir empregados e empregadores.

Nesse sentido, importantíssimo acentuar, precedentemente, que a ausência de regulamentação não impede que os fatos sociais continuem a ocorrer. Contextualizando tal afirmativa ao presente artigo pode-se dizer que se no mercado de trabalho existe mão-de-obra ávida por inserir-se, mas legalmente excluída, empresários buscando empreender, adversidades à contratação de empregados para a jornada padrão e centenas de milhões de consumidores, inevitável e presumivelmente, haverá prestação de serviços sem a devida regulamentação.

A relação é de causa e consequência, afinal se de um lado estão os empregadores, que devido à onerosidade da contratação regular, desproporcional à realidade do país, não conseguem contratar para determinadas atividades e de outro estão as pessoas que necessitam de renda para sobreviver ou para complementar a que já possuem, lógica e naturalmente, haverá prestação de serviços sem a devida proteção legal, pois esperar a contratação em atividades regulamentadas não é opção a quem busca o mínimo de dignidade para si próprio e para sua família.

O legislador deve buscar, e assim o fez, estender a proteção legal ao maior número de trabalhadores possível, empenhando-se em regulamentar o que ainda é necessário, flexibilizando, se preciso for, a lei para

que se adequa à realidade, obviamente, em harmonia com os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico como um todo.

4.1 Comparação entre o Contrato de Trabalho Tradicional e o Contrato de Trabalho Intermitente

Interessante método para adquirir a real noção sobre os aspectos jurídicos do Contrato de Trabalho Intermitente é comparar suas características com as do Contrato de Trabalho Tradicional, pois, tomando-se por base um contrato já conhecido e massivamente utilizado no cotidiano laboral, é possível perceber as peculiaridades da nova modalidade contratual emergida da Reforma Trabalhista e assim esclarecer suas minúcias jurídicas mais relevantes.

Para que seja possível principiar as explicações comparativas é necessário, previamente, lembrar as principais características do Contrato de Trabalho Tradicional e, para isso, recorre-se a um dos mais renomados juristas do Direito do Trabalho nacional:

Na caracterização do contato de trabalho pode-se indicar um significativo grupo de elementos relevantes. Trata-se de um Pacto de Direito Privado, em primeiro lugar. É contrato sinalagmático, além de consensual, e celebra-se *intuitu personae* quando ao empregado. É ele, ainda, pacto de trato sucessivo e de atividade. Finalmente, é contrato oneroso, dotado também de alteridade, podendo, além disso, ser acompanhado de outros contratos acessórios. (DELGADO, 2010, p. 471).

A citação acima possibilita a conclusão de que o Contrato de Trabalho Tradicional está assim enquadrado nas diversas classificações contratuais existentes: de Direito Privado, consensual, sinalagmático, celebrado *intuitu personae*, de trato sucessivo e oneroso.

Inicialmente, destaca-se os traços comuns entre o Contrato de Trabalho Tradicional e o Contrato de Trabalho Intermitente, pois as similitudes entre eles não necessitam de maiores aprofundamentos, já que facilmente perceptíveis e conhecidas, bastando elucidar que ambos são contratos de Direito Privado, onerosos e personalíssimos (*intuitu personae*), possuindo obrigações proporcionais e recíprocas, “sendo por isso denominados sinalagmáticos, da palavra grega *sinalagma*, que signi-

fica reciprocidade de prestações” (GONÇALVES, p.36).

Encerrando-se as paridades entre o Contrato De Trabalho Tradicional e o Intermitente, para que então inicie-se a explanação sobre as diferenças entre os dois, o que necessitará de maiores aprofundamentos, sobressai-se o fato de que ambos, quanto ao momento do aperfeiçoamento, são contratos consensuais, dado que se aperfeiçoam com a mera manifestação volitiva das partes.

A primeira das distinções revela-se quando observado o momento de cumprimento de cada um dos contratos, pois, nessa ótica, o Contrato de Trabalho Tradicional classifica-se como de trato sucessivo.

[...] existem contratos que comportam uma só execução, [...] Outros, porém, entre os quais o de trabalho, são de duração, de trato sucessivo ou de execução continuada ou periódica, protraindo-se no tempo, nos quais é inconcebível a sua execução num só ato. A sua execução é distribuída pelo tempo, sendo esse o seu caráter peculiar. [...] Porém, a continuidade é mais que mera técnica de classificação dos contratos de trabalho; é, pela sua importância, um princípio do direito do trabalho (MESSINEO apud NASCIMENTO, p. 470).

O Contrato de Trabalho Intermitente, porém, não é contínuo, pois ocorrerá, nos termos do Art. 443, §3º, da CLT, “com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses”. Conforme elucidado na citação acima, a continuidade é princípio do Direito do Trabalho, sendo assim, ao prever contrato alheio a isso, o legislador acaba “rompendo com a lógica da característica de trato sucesso e do requisito da não eventualidade” (PINHEIRO, p.138).

O Contrato de Trabalho Tradicional é tipicamente comutativo, visto que as partes integrantes da relação já sabem, de antemão, qual prestação lhes cabe e qual contraprestação devem esperar, o empregador espera que o empregado, habitualmente, lhe preste os serviços ajustados e o obreiro o faz com a confiança de que será remunerado regularmente por isso.

O exame das disposições celetistas referentes ao Contrato de Trabalho Intermitente, contudo, evidencia seu enquadramento na classificação oposta a dos contratos comutativos, ou seja, trata-se de contrato aleatório. Para melhor elucidação recorre-se a Flávio Tartuce (2017, p.43), que traz precisa explanação sobre a referida classificação:

Interessante ressaltar que alguns negócios são aleatórios devido à sua própria natureza, caso dos contratos de seguro e de jogo e aposta. Em outros casos, contudo, o contrato é aleatório em virtude da existência de um elemento acidental, que torna a coisa ou o objeto incerto quando à sua existência ou quantidade [...]

O Contrato de Trabalho Intermitente pressupõe, justamente, que o empregado trabalhará apenas quando convocado pelo empregador, o que revela a existência de incerteza quanto à quantidade, particularidade que ratifica o enquadramento da referida modalidade contratual na categoria dos contratos aleatórios.

É fundamental salientar que, no caso do Contrato de Trabalho Intermitente, a quantidade sobre a qual pende a incerteza é a quantidade de trabalho e, conseqüentemente, a de recebimento da remuneração correspondente, pois o empregado não tem noção do quanto de serviço prestará ao longo do contrato de trabalho, afinal depende de convocação e, conseqüentemente, não sabe o quanto receberá, posto que será pago de acordo com a quantidade de labor que prestou.

A última das diferenciações relaciona-se às formalidades para a celebração dos referidos pactos. Nesse sentido nota-se que o Contrato de Trabalho Tradicional é informal, pois não possui forma específica para ser ajustado, afinal de contas pode ser celebrado verbalmente, por escrito e até mesmo de forma tácita, conforme preceitua o *caput* do Art. 443 da CLT, diferentemente do Contrato de Trabalho Intermitente, que é formal, já que deve ser celebrado por escrito, por imposição Art. 452-A, *caput*, da CLT.

Apontadas, através de exame comparativo, as principais características do Contrato de Trabalho Intermitente, forma-se base ideológica suficiente ao entendimento do pacto laboral basilar do presente artigo, sendo, agora, possível a realização de maiores aprofundamentos nessa nova modalidade contratual.

4.2 Demais peculiaridades do Contrato de Trabalho Intermitente e sua dinâmica de funcionamento

As características já expostas, meramente para fins de criação de uma noção inicial sobre o Contrato de Trabalho Intermitente, são

acompanhadas de diversas outras peculiaridades igualmente importantes para que se revelem particularidades essenciais ao entendimento da referida modalidade contratual.

Os aspectos relativos à dinâmica de funcionamento do Contrato de Trabalho Intermitente, os quais se passa a enfocar, possuem como importante especificidade o fato de que a convocação do empregado ao trabalho pode ocorrer, nos termos da CLT, por qualquer meio eficaz de comunicação (pessoalmente, através de ligação telefônica, aplicativos de mensagens, e-mail, etc). Eficaz, nesse caso, é o meio capaz de deixar ciente o empregado.

A convocação será acompanhada da informação sobre a jornada de trabalho, o que deverá ocorrer com, no mínimo, 3 (três) dias corridos de antecedência, sendo esta outra previsão expressa no texto celetista. Além disso o empregado pode, sem motivo específico, recusar-se a prestar seus serviços quando convocado, o que é interessantíssimo, pois tal permissivo legal parece afrontar um dos pressupostos da relação de emprego, a subordinação.

O legislador, apesar do exposto no último parágrafo, nas disposições relativas ao Contrato de Trabalho Intermitente, previu no §3º do Art. 452-A (e é, exatamente, nesse ponto que emerge mais uma das relevantes individualidades desse contrato) que a recusa do empregado à convocação não descaracteriza a subordinação. Em outras palavras, o empregado pode deixar de atender ao chamado do empregador (negar-se a trabalhar), sem que isso mitigue a subordinação necessária à manutenção da relação laboral.

Ainda no tocante à convocação, o empregado, ao recebê-la, terá 1 (um) dia útil para manifestar-se e, caso permaneça inerte, presumir-se-á sua recusa, o que também não descaracteriza a subordinação.

Em consequência desta última particularidade exposta (a necessidade de convocação), surge relevante questionamento, que diz respeito ao tempo de inatividade do empregado, isto é, o lapso temporal no qual o empregado não está prestando serviços ao empregador.

A CLT, mais uma vez, trouxe previsão expressa quanto ao período de inatividade, dispondo que tal interregno não é considerado tempo à disposição do empregador, o que vem sendo alvo de muitas críticas doutrinárias, no sentido de que tal preceito precarizaria as condições de trabalho, causando prejuízos ao trabalhador. Georgenor de Sousa Fran-

co Filho, Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 8ª Região, sintetiza muito bem, ao expor seu pensamento sobre esse ponto, tal corrente:

Assim, ao não considerar tempo à disposição do empregador, fica este liberado de qualquer obrigação contratual. O contrato de trabalho está suspenso, sem que exista qualquer ônus recíproco. Nem o trabalhador deve trabalhar para o empregador, nem este deverá pagar qualquer importância, à falta da reciprocidade necessária. Importa, então, que o empregado ficará desprovido de qualquer espécie de proteção, sequer a da seguridade, face à inexistência de, no período de inatividade, qualquer espécie de contribuição social, salvo se houver prestado serviços a terceiros (FILHO, 2018, p.122).

Encerrando-se o presente capítulo, mister informar que ainda restam outras particularidades igualmente elementares a serem exploradas, as quais, por referirem-se especificamente às verbas remuneratórias serão tratadas separadamente no próximo capítulo.

5 PARTICULARIDADES PECUNIÁRIAS REFERENTES AO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A principal característica dos contratos de trabalho é a reciprocidade de prestações proporcionais e equivalentes entre as partes contratantes. Não obstante a existência de diversos pares de obrigações mútuas entre empregador e empregado, importante mencionar que nenhum é tão sobressalente quanto aquele formado pela remuneração e pelo trabalho.

Apesar da essencialidade de tal ponto, normalmente não existem grandes dificuldades na aferição das parcelas devidas ao empregado nos contratos trabalhistas mais usuais, talvez por se tratar de matemática básica, talvez por ser cálculo habitual e largamente utilizado. Todavia não é esse o caso do Contrato de Trabalho Intermitente, já que este pacto juslaboral possui regimentos diferenciados e incomuns ao direito nacional.

A maior complexidade no cálculo das verbas devidas ao empregado intermitente é consequência das singularidades do referido pacto,

notadamente, a necessidade de convocação ao trabalho e a exigência de pagamento imediato de várias verbas.

A flexibilidade do Contrato de Trabalho Intermitente, no sentido de que existem diversas formas de pactuação, faz-se com que, na prática, seja necessária análise caso a caso, o que, contudo, não impede que sejam estabelecidas premissas básicas e comuns a todos eles, o que se passa a fazer no presente capítulo.

5.1 Limites e noções de proporcionalidade relacionados ao salário do trabalhador intermitente.

Precedentemente ao estudo específico das parcelas devidas ao trabalhador intermitente, destaca-se que o legislador, como não poderia deixar de ser, respeitou a garantia do salário mínimo prevista no Art. 7º, IV, da Constituição Federal, , pois determinou, expressamente, no *caput* do Art. 452-A da CLT, que haja previsão específica, no instrumento contratual, do valor da hora de trabalho, não podendo esta ter valor inferior ao do salário mínimo horário.

O valor da hora referente ao salário mínimo não é o único parâmetro que deve ser respeitado no Contrato de Trabalho Intermitente, pois o próprio Art. 452-A da CLT prevê que o salário desse trabalhador também não pode ser inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, através de Contrato Intermitente ou não.

Essa última exigência exposta, aliás, é coerente com os novos requisitos para a equiparação salarial, outra importante e recente alteração, já que o atual Art. 461 da CLT, fruto da Reforma Trabalhista, trouxe inéditos parâmetros a serem observados para a equiparação de salários, como por exemplo o exercício da mesma função e a necessidade de que estejam, paradigma e paragonado, no mesmo estabelecimento, o que coincide com as determinações previstas para o Contrato Intermitente.

As explanações seguintes necessitam de algumas noções de matemática básica aclaradoras da ideia de proporcionalidade, o que não pode ser feito sem antes se definir o que é grandeza. Realça-se que tais noções são simples, mas de grande valia para o presente estudo.

Grandeza é todo conceito aferível e de variação mensurável, o que deixa claro que as parcelas devidas a qualquer trabalhador são gran-

dezas, afinal é possível medi-las e perceber suas variações para mais ou para menos. Proporcionalidade é, continuando o raciocínio, a relação entre grandezas analisadas em determinada situação. Nas palavras de Olivo e Olivo (1973, p. 224, tradução livre) “Duas razões, de igual valor, colocadas dos lados opostos de um símbolo de igualdade, constituem uma proporção. Uma proporção, portanto, é a igualdade de duas razões”³. Ilustra-se:

$$\frac{a}{b} \rightarrow \text{razão}$$

$$\frac{a}{b} = \frac{c}{d} \rightarrow \text{proporção (igualdade de razões)}$$

As grandezas integrantes da razão formada pelas parcelas devidas ao trabalhador intermitente e pelo tempo laborado são, evidentemente, proporcionais de forma direta entre si, visto que quanto maior tempo trabalhado, maior o montante salarial devido ao obreiro.

Ante o exposto, torna-se mais viável expor o raciocínio de que o valor total das parcelas recebidas por um trabalhador não pode ser confundido com seu valor proporcional, pois tais cifras, apesar de diferentes nominalmente entre si, deverão ser, proporcionalmente falando, idênticas. A diferença verificada na quantia final recebida, importantíssimo notar isso, é puramente consequência do total de tempo laborado, ou seja, não é fruto de discriminação ou desvalorização do trabalhador intermitente.

O seguinte exemplo facilitará o entendimento do exposto nos parágrafos antecedentes: imagine-se dois empregados, X e Y, os quais exercem, no mesmo estabelecimento, igual função. X, contratado através de Contrato de Trabalho Tradicional, recebe R\$ 4.400,00 por mês, cumprindo jornada semanal de 44 horas. Y, contratado através do Contrato de Trabalho Intermitente, ajustou seu período de prestação de serviços em horas e, além disso, acordou que a cada convocação seriam trabalhadas 2 horas por dia. Suponha-se também que Y fora convocado 8 vezes no mês, totalizando, portanto, 16 horas mensais trabalhadas. Sabe-se, além disso, que o atual salário mínimo horário é de R\$ 4,34.

Um olhar descuidado ao exemplo dado poderia levar à conclusão

3. “Dos razones, de igual valor, colocadas a los lados opuestos de un signo de igualdad, constituyen una proporción. Una proporción, por tanto, es la igualdad de dos razones”.

de que Y, contratado através de Contrato de Trabalho Intermitente, receberia um total mensal de R\$ 69,44 (16 horas trabalhadas tendo cada uma delas o valor de R\$ 4,34), porém não se pode olvidar que o salário mínimo horário não é o único parâmetro a ser respeitado, conforme já elucidado, afinal o trabalhador intermitente também não pode, ainda que respeitado o salário mínimo hora, receber quantia inferior à que recebe X, afinal ambos laboram no mesmo estabelecimento e exercem a mesma função. O salário horário de X deve, portanto, ser previamente calculado, para que então seja possível aferir a monta devida a Y.

Sabe-se, prosseguindo-se a explanação, que X recebe R\$ 4.400,00 mensais, logo para a determinação de seu salário mínimo horário é necessário que se recorra à fórmula do Art. 68 da CLT, que levaria ao valor salarial de R\$ 20,00 por hora laborada. Sendo assim, Y não poderá receber menos que R\$ 20,00 por hora de trabalho, afinal somente assim estariam respeitados todos os parâmetros determinados pela Reforma Trabalhista e já expostos. À vista disso, se Y trabalhou 16 horas no mês, deverá receber um total de R\$ 320,00 reais naquele mês (16 horas trabalhadas tendo cada uma delas valor de R\$ 20,00).

O exemplo também serve, perfeitamente, ao esclarecimento dos já expostos conceitos de razão e proporção, pois se forem relacionados o valor total dos salários recebidos por X e Y e as horas trabalhadas por cada um deles, seriam formadas as seguintes razões:

$$\frac{4400}{220} \rightarrow \text{Trabalhador tradicional (X no exemplo dado)}$$

$$\frac{320}{16} \rightarrow \text{Trabalhador intermitente (Y no exemplo dado)}$$

Elucidou-se anteriormente, útil lembrar, que proporções são igualdades entre duas razões, logo a proporção entre as razões acima expostas seria a seguinte:

$$\frac{4400}{220} = \frac{320}{16}$$

Existem divisões em ambos os lados da igualdade (4400 por 220 e 320 por 16), as quais, se efetuadas, forneceriam o seguinte resultado:

Conclui-se, então, como os dois lados da igualdade apresentam números idênticos, que não existem diferenças entre o salário-hora recebido pelo empregado contratado através do Contrato Tradicional De Trabalho e aquele recebido pelo empregado contratado através do Contrato de Trabalho Intermitente, pois, conforme demonstrado, ambos recebem proporcionalmente valor idêntico (R\$ 20,00 por hora de trabalho).

A CLT, logicamente e conforme demonstrado, não discrimina o trabalhador intermitente, não traz nenhuma desvantagem salarial a este quando comparado aos outros tipos de trabalhadores, sendo o motivo da diferença entre os montantes salariais recebidos ao final de determinado período (e aqui está um ponto causador de grande confusão nas análises sobre o referido contrato) a quantidade de horas trabalhadas e não uma marginalização do referido trabalhador trazida pela Reforma Trabalhista. Simplificando: quem trabalha mais horas na mesma função e no mesmo estabelecimento, recebe mais obviamente.

Esclarecidos os principais entraves ao entendimento do salário devido ao trabalhador contratado através do Contrato de Trabalho Intermitente, passa-se à elucidação das demais parcelas devidas ao referido empregado.

5.2 Parcelas devidas ao trabalhador intermitente

O Art. 452-A da CLT traz, em seu §6º, a individualização das parcelas a que o trabalhador intermitente tem direito e, além disso, institui que tais valores devem ser saldados imediatamente ao fim de cada período de prestação de serviços, os quais poderão ser de horas, dias ou meses.

A previsão legal exposta no parágrafo anterior é apta a causar grande divergência jurídica, pois ao mesmo tempo em que há determinação de adimplemento imediato das verbas logo após o período de prestação dos serviços, há possibilidade de que o período de serviços seja em meses, ou seja, em período maior que um mês, o que pode levar à conclusão de que o referido trabalhador poderia receber suas verbas após mais de um mês de trabalho, o que é vedado pelo Art. 459, *caput* e §1º, da CLT.

O raciocínio exposto, porém, não é único, já que, por outro lado,

é possível o entendimento de que deve ser realizada interpretação sistemática entre os dispositivos da CLT, concluindo-se que se o período de trabalho exceder a um mês, o pagamento não será realizado ao final da prestação de serviços, mas, sim, após o término do mês, ainda que o labor perdure.

O §6º do Art. 452-A, conforme mencionado, discrimina cada uma das parcelas devidas ao trabalhador intermitente após o período de prestação de serviços, as quais se passa a minudenciar nas linhas que se seguem.

5.2.1 Remuneração

A Reforma Trabalhista modificou a antiga concepção de remuneração, já que reduziu as espécies de parcelas que a compõem. O atual Art. 457, *caput*, da CLT prevê que o conceito de remuneração abrange apenas o salário pago pelo empregador ao empregado como contraprestação direta aos serviços prestados e as gorjetas recebidas pelo funcionário. O §1º desse mesmo artigo esmiúça o salário, revelando que este alberga, além do salário básico, as gratificações legais e de função e também as comissões pagas pelo empregador.

Ainda no que tange aos salários, significativo enfatizar, por ser de extremo brilhantismo, a reflexão feita por Delgado e Delgado (2017, p. 155) em sua obra “A Reforma Trabalhista no Brasil”, no sentido de que os dispositivos relativos ao Contrato de Trabalho Intermitente criaram uma espécie de salário.

[...] a verba salarial pode ser por unidade de tempo (salário mensal fixo - o tipo mais comum de salário), por unidade de obra (salário mensal variável, em face de certa produção realizada pelo obreiro), ou por critério misto (denominado salário-tarefa, que envolve as duas fórmulas de cálculo).[...]O que os preceitos legais fazem é, nada mais nada menos, do que criar mais uma modalidade de salário por unidade de obra ou, pelo menos, de salário-tarefa: o salário contratual será calculado em função da produção do trabalhador no respectivo mês, produção a ser estimada pelo número de horas em que se colocou, efetivamente, à disposição do empregador no ambiente de trabalho, segundo convocação feita por esse empregador.

O conteúdo das disposições celetistas, realmente, não permite que o salário devido ao trabalhador intermitente se enquadre nas espécies salariais já existentes, afinal, na referida modalidade contratual, o empregado receberá como salário apenas o valor correspondente ao tempo em que esteve verdadeiramente à disposição do empregador, período esse que somente poderá iniciar-se após realizada a convocação ao trabalho pelo empregador.

5.2.2 Férias e gratificação natalina (13º salário).

O direito a férias é garantido constitucionalmente no Art. 7º, XVII, a todos os trabalhadores, o que engloba, evidentemente, o trabalhador intermitente. Para melhor entendimento dos detalhes relativos a esse direito é necessário que se elucide o conceito do instituto jurídico da vigência, que no caso dos contratos é o interregno no qual o mesmo produz seus efeitos. O efeito, no caso do Contrato de Trabalho Intermitente, é a possibilidade de convocação do empregado pelo empregador para a prestação de serviços.

O empregado adquirirá, nos termos do tradicional Art. 130 da CLT, após cada período de 12 meses de vigência do contrato de trabalho, direito a férias acrescida do um terço constitucional.

Os períodos de prestação de serviços no Contrato de Trabalho Intermitente, conveniente lembrar, podem ser de horas, dias ou meses, o que não quer dizer, importante esclarecer, que o referido contrato será pactuado com vigência de algumas horas, dias ou meses. A CLT, melhor explicando, não impôs prazo máximo de duração do Contrato de Trabalho Intermitente, apenas determinou a duração dos períodos de prestação de serviços, o que não se confunde com a duração do contrato em si. O referido contrato, por exemplo, pode ser pactuado por 1 ano, ou seja, será vigente por 1 ano, interregno durante o qual o empregado poderá ser convocado para períodos de serviços de horas, dias ou meses (conforme acordado), ao qual se seguirá um período de inatividade, no qual o contrato continuará vigente apesar de não haver labor.

A Reforma Trabalhista não trouxe nenhuma disposição específica sobre a maneira de se calcular o valor devido a título de férias ao empregado intermitente, motivo pelo qual, presume-se, deverão ser aplicadas as regras gerais, previstas na CLT, referentes às férias.

Caso o período de prestação de serviços seja ajustado seja em meses, não existirão maiores dificuldades ao cálculo do montante de férias, bastando que se calcule 1/12 da remuneração devida no mês de trabalho, a cada mês de prestação de serviços, para o pagamento imediato. Os maiores inconvenientes aparecem quando o referido pacto laboral é ajustado em dias ou horas, conforme se passa a elucidar.

O §1º do Art. 142 da CLT determina que, caso o salário seja ajustado por hora com jornadas variáveis, deverá ser apurada a média do período aquisitivo para o cálculo do valor devido ao empregado, o que é corroborado pela Súmula 199 do Supremo Tribunal Federal (STF), a qual ainda acrescenta que tal salário não poderá ser inferior ao mínimo.

No Contrato de Trabalho Intermitente, entretanto, a parcela de férias deve ser paga ao término do período de prestação dos serviços, sendo assim, caso o ajuste seja em dias ou horas, não há tempo para que se complete o período aquisitivo de 12 meses e, muito menos, foi trabalhado tempo suficiente para que seja feita a média dos valores, até mesmo por que para o cálculo da média, seria necessário que se soubesse quantas vezes o trabalhador será convocado no período, o que não se pode predeterminar, afinal a convocação depende pura e simplesmente das necessidades do empregador, que realiza a convocação quando bem entender.

O cálculo da parcela referente às férias devida ao trabalhador intermitente, evidentemente, será, nos casos expostos no parágrafo anterior, muito mais trabalhoso, pois necessita, para ser realizado, de um espaço mínimo de tempo (um período) no qual efetivamente se possa verificar a quantidade de serviço prestado, afinal é impossível que se faça uma média dos valores recebidos, para que sejam pagos imediatamente, sem que se saiba, no interregno considerado e previamente ao cálculo, quantas vezes o serviço foi prestado e por quanto tempo.

A Gratificação de Natal (Art. 452-A, §6º, III, da CLT), por sua vez, chamada usualmente de 13º salário, foi instituída pela Lei nº 4.090/1962 e regulamentada pela Lei nº 4.749/1965 e pelo Decreto nº 57.155/1965, sendo equivalente a “1/12 (um doze avos) da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente”, nos termos do Art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 57.155/1965. Todavia tal regra não se aplica aos que percebem remuneração variável, já que para estes a gratificação natalina será calculada “na base de 1/11 (um onze avos)

da soma das importâncias variáveis devidas nos meses trabalhados até novembro de cada ano”, conforme determinado pelo Art. 2º desse mesmo Decreto.

As adversidades encontradas nos cálculos das parcelas pecuniárias alusivas às férias repetem-se, conforme se nota, na aferição do 13º salário, motivo pelo qual foram colocadas no mesmo tópico do presente artigo, afinal essa verba também deve ser adimplida imediatamente após o término do período trabalhado, mas, no entanto, para ser calculada, necessita da certeza do número de convocações, o que dificulta sobremaneira seu cálculo, pelos mesmos motivos apontados nos comentários realizados sobre a remuneração do período de férias, o que não foi solucionado pela legislação, jurisprudência ou doutrina, devido à recenticidade do tema.

5.2.3 O descanso semanal remunerado e os adicionais legais.

O repouso semanal remunerado (RSR), sinônimo de descanso semanal remunerado (DSR), é mais um dos direitos assegurados aos trabalhadores pelo Art. 7º da Carta Magna, dessa vez em seu inciso XV, e pelo Art. 67 da CLT.

Os cálculos das verbas relativas ao DSR não apresentam tantas obscuridades quanto aqueles concernentes às férias e ao 13º salário, isso por que o Art. 7º da Lei 605/1949, a qual dispõe sobre puramente sobre o DSR, traz disposições gerais que também servem ao Contrato de Trabalho Intermitente, devendo apenas, para a correta aplicação, ser observado o período de prestação de serviços para sua aferição, o que ocorre em qualquer outro contrato de trabalho.

O Art. 7º da Lei nº 605/1949, aprofundando-se o exposto no parágrafo pregresso, preceitua que aos que trabalharem por dia, semana, quinzena ou mês, o RSR equivalerá a um dia de serviço, aos que laborarem por hora será correspondente à remuneração de sua jornada normal de trabalho, computadas, em ambos os casos, as horas extras habitualmente prestadas. Os valores devidos aos que trabalham por peça ou tarefa será proporcional ao salário correspondente às peças ou tarefas produzidas durante a semana, dividido pelos dias de serviço efetivamente prestado.

Com relação aos adicionais legais, já que esgotados os esclarecimen-

tos sobre o DSR, importante frisar as valiosas lições de Costa (2015), que os separa em cinco espécies: adicional de insalubridade, de periculosidade, de transferência, noturno e de horas extras. Os adicionais legais, podem, todos eles, ser pagos ao trabalhador intermitente, bastando para isso o exame e a posterior constatação das condições autorizadoras do pagamento dos mesmos.

Com relação aos cálculos de cada um dos adicionais legais, não existem maiores empecilhos para que se afira o valor devido, pois todos eles possuem base de cálculo que pode ser facilmente determinada, ainda que o trabalhador intermitente seja convocado uma única vez ao serviço em determinado período, singularidade que facilita o pagamento dos mesmos imediatamente após o término do período de prestação de serviços.

Os adicionais de periculosidade (Art. 193, §1º, da CLT) e de transferência (Art. 469, §3º, da CLT) são calculados sobre o salário recebido pelo empregado e os adicionais noturno (Art. 73, *caput*, da CLT) e de horas extras (Art. 59, §1º, da CLT) sobre a remuneração, bastando ao cálculo que se determine o valor da hora de trabalho do obreiro para, após isso, acrescê-lo do adicional que se deseja calcular. Esse mesmo método é empregado no cálculo do adicional de insalubridade (Art. 192 da CLT), porém neste o acréscimo incide sobre o salário mínimo horário da região, independentemente da monta percebida pelo empregado.

5.2.4 As demais peculiaridades pecuniárias concernentes ao Contrato de Trabalho Intermitente.

As explanações sobre as especificidades jurídicas do Contrato de Trabalho Intermitente, que aqui se encerram, necessitam de um último realce em algumas de suas particularidades restantes, o que se passa a fazer no presente item.

Primeiramente, destaca-se o §7º do Art. 452-A da CLT, que estatui que o recibo do pagamento realizado ao trabalhador intermitente após cada convocação deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas mencionadas no presente trabalho.

O §8º do Art. 452-A da CLT disciplina, por sua vez, a maneira como deve ocorrer o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), porém

quanto a estes inexistem, no Contrato de Trabalho Intermitente, atribuições incomuns, pois não há exigência de pagamento imediato, já que o próprio §8º estabelece que para apuração dessas quantias deverão ser considerados os valores pagos no mês.

A última das especificidades do Contrato de Trabalho Intermitente a ser dilucidada é a multa legal pelo descumprimento injustificado das obrigações de qualquer das partes após aceita a convocação ao trabalho.

A CLT, em seu Art. 452-A, §§ 2º e 3º, essencial relembrar, permite que o empregado intermitente aceite ou não, sem que isso lhe cause qualquer prejuízo, a convocação ao trabalho. Entretanto, a manutenção da segurança jurídica necessária é garantida pelo próprio Art. 452-A que prevê, em seu §4º, a aplicação de multa de 50% da remuneração que seria devida se uma das partes descumprir, sem justo motivo, após aceita a convocação, o que fora pactuado.

O dispositivo acentuado no parágrafo anterior, além de estabelecer a cifra da multa legal, também estabeleceu o prazo de 30 dias para o adimplemento dessa penalidade e, além disso, ainda autorizou a compensação do descumprimento, nesse mesmo período, o que, caso ocorra, eliminaria a obrigação de pagamento da multa pela parte descumpridora.

As explicações sobre as principais especificidades pecuniárias referentes ao Contrato de Trabalho Intermitente encerram-se aqui, tendo sido supramencionadas e detalhadas no presente capítulo. Fica, agora, mais claro o acerto na decisão de deixá-las por último nos estudos do presente artigo, afinal possuem maior complexidade de entendimento e necessitam dos esclarecimentos anteriormente realizados para a percepção da ideia e da dinâmica de funcionamento do referido contrato.

6 CONCLUSÃO

O desenvolver do presente estudo possibilitou o esclarecimento das minúcias de uma das maiores novidades advinda da polêmica e abrangente Reforma Trabalhista, o chamado Contrato de Trabalho Intermitente. Além disso, também evidenciou pontos obscuros e dúbios existentes nos dispositivos concernentes a essa nova modalidade contra-

tual, os quais, necessariamente, deverão ser detalhados e aprofundados pelos legisladores, juristas e doutrinadores, para que sejam aplicados de forma cada vez mais adequada, precisa e justa ao cotidiano trabalhista.

De um modo geral, contudo, restaram satisfatoriamente aclaradas as especificidades do Contrato de Trabalho Intermitente, o que ocorreu não somente através da explicação dos institutos jurídicos concernentes ao referido pacto laboral, valoroso salientar, mas também por meio da comparação de suas particularidades com características já conhecidas dos contratos em geral, o que facilitou sobremaneira o entendimento da singularidade do contrato cerne deste artigo científico e tornou mais didáticas as explicações.

As especificidades do Contrato de Trabalho Intermitente, acentua-se, não restringem-se, puramente, conforme demonstrado no presente artigo, ao campo de estudo e de abrangência do Direito, pois refletem, inevitavelmente, em áreas como a Matemática, quando se fala em dificuldades existentes nos cálculos de apuração das verbas devidas ao trabalhador intermitente, e a Sociologia, quando são enfocadas as possíveis consequências sociais das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, o que deixa clara a profundidade e relevância das mudanças ocorridas.

As explanações sobre o tema, realça-se, ainda estão restritas, para que sejam efetuadas pesquisas, às áreas legislativa e acadêmica, afinal, devido à recenticidade do tema, não houve tempo de surgirem jurisprudências pacificadas sobre o assunto, já que estas necessitam, para existirem, que se chegue ao fim de todo o trâmite processual trabalhista nas lides existentes, o que demanda interregno maior do que o percorrido até o presente momento.

A implementação do Contrato de Trabalho Intermitente, conforme se demonstrou ao longo deste trabalho, é capaz de trazer grandes benefícios à sociedade e aumentar as chances de ingresso no mercado de trabalho, todavia traz como consectário inevitável, a possibilidade de novos desvirtuamentos da legislação trabalhista, o que deve ser combatido através dos mecanismos já existentes no ordenamento juslaboral.

A regulação dos fatos sociais, os quais ocorrem independentemente da lei ou da vontade de alguns grupos integrantes da sociedade, não pode ser freada pelo receio do aparecimento de novas burlas ao sistema normativo, deve, sim, ser acompanhada de mecanismos eficientes para a repressão destas.

REFERÊNCIAS

ATUALIZE-SE. Conexão. Informativo da Abrasel para suas lideranças. Disponível em: <<http://www.abrasel.com.br/conexao-abrasel/4227-uneecs-lanca-folder-sobre-trabalho-intermitente.html>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 00036/2016 MTB, de 22 de dezembro de 2016. Poder Executivo, Brasília, DF, 22 dez. 2016. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MTE/2016/36.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; CARVALHO NETO, Abimael Clementino Ferreira de; GIRÃO, Henrique Andrade. A reforma trabalhista como consequência da necessidade de flexibilização das relações de trabalho diante da evolução da sociedade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 49-66, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/18546/22576>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

COSTA, Josley Soares. **Direito do Trabalho - Adicionais Legais Trabalhistas aula 1.** 2015. (1m29s). Canal: Saber Direito. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Qowu9zI-HXg>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

COURA, Kalleo; GANTOIS, Gustavo. A reforma trabalhista em 12 pontos. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/a-reforma-trabalhista-em-12-pontos-13042017>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. 471p.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei n. 13.467/2017.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. 155p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Míni Aurélio – O Dicionário da Língua Portuguesa.** 8. ed. Curitiba: Positivo, 2014. 434p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações. Parte Especial. Contratos.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 36p. (v.6. tomo I).

MARINHO, Rogério Simonetti. Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que “altera o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Poder Legislativo. Brasília, DF, sem data, 2017. p. 21. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em: 01 abr. 2018.

MESSINEO, Francesco *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito de Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 470p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1049p.

OLIVO, C. Thomas; OLIVO, Thomas P. **Matemáticas Básicas Simplificadas**. 1. ed. México: Editorial Diana S.A, 1973, 244p.

PARAGUASSU, Léo. **Dicionário Enciclopédico Ilustrado Formar**. 5. ed. São Paulo: FORMAR, 1966. (v. 4).

PINHEIRO, Iuri Pereira. Contrato de Trabalho Intermitente. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgs). **A reforma Trabalhista e seus impactos**. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. 138p.

TARTUCE, Flávio. **DIREITO CIVIL. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E CONTRATOS EM ESPÉCIE**. 12. ed. Rio de Janeiro: FORENSE LTDA, 2017. 43p.



UM ESTUDO SOBRE O TERRORISMO: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA ACERCA DESSE FENÔMENO GLOBAL À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Luiz Jeha Pecci de Oliveira¹

Larissa Cardoso da Silva²

Rejane Alves de Arruda³

RESUMO: O seguinte trabalho tem a finalidade de realizar uma análise a respeito do terrorismo sob a ótica da Criminologia moderna, enfatizando suas causas e efeitos, juntamente com seus reflexos dentro do meio jurídico aplicado. Proceder-se-á uma investigação sobre os elementos psicossociais que orientam os indivíduos a enveredar pelo caminho das práticas terroristas, com o devido destaque dado ao processo de construção ideológica da mentalidade que os leva ao terror. A atuação do Brasil frente a este novo desafio dentro da área jurídica, particularmente após o advento da Lei 13.260/2016, será tratada com que o rigor que o tema exige, submetendo-se às noções elementares de respeito à condição humana. Com esta exploração, através do emprego de bases bibliográficas brasileiras, combinadas com fontes estrangeiras de estudo criminológico, busca-se a construção de um entendimento sólido sobre o terrorismo, de modo a encontrar métodos efetivos de prevenção e combate a este crime.

1. Graduando do 7º semestre do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Atualmente realiza estágio profissional no Ministério Público Federal, lotado no 3º Ofício do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República no Mato Grosso do Sul. Vice-presidente do Diretório Acadêmico Clóvis Beviláqua (DACLOBE-UCDB), pela Gestão 2018. Membro da Comissão de Acadêmicos e Estagiários, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul - CAED OAB/MS. Membro fundador e diretor do Grupo de Pesquisa Jurídica Aplicada Vespasiano Barbosa Martins. É Pesquisador Voluntário de Iniciação Científica – PIBIC (2017-2018) pela UCDB, atuando no projeto “Inclusão social e desenvolvimento local no MS: Análise sócio-jurídica interdisciplinar”, sob coordenação geral do professor José Manfroí e orientação do professor Clacir José Bernardi. Portador do endereço eletrônico luizpecci97@gmail.com. Endereço para acesso ao currículo da plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0023832440291479>.

2. Graduanda do 5º semestre do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Atualmente realiza estágio voluntário na Defensoria Pública Estadual de Mato Grosso do Sul, lotada na 2ª Vara de Execução Penal. É membro do Grupo de Pesquisa Jurídica Aplicada Vespasiano Barbosa Martins. Portadora do endereço eletrônico larissa_larissacardoso@hotmail.com. Link para currículo da plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1449039546446920>.

3. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000), Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (1995). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professora Adjunta (concurada) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS). Professora convidada da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP). Portadora do endereço eletrônico rejane.arruda@hotmail.com. Link para currículo da plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8727431707798659>

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo, criminologia, fenômeno, combate, prevenção.

1. INTRODUÇÃO

Poucos fenômenos possuem tanta proeminência no mundo moderno quanto o terrorismo. O desprezo pelo ser humano em nome de bandeiras ideológicas, materializado na forma de atentados cinematográficos, é constantemente retratado na mídia como uma forma cuidadosamente premeditada de provocação, propaganda e, acima de tudo, difusão do medo.

O estudo do terrorismo enquanto novo fator na ordem global sob uma perspectiva multidisciplinar se faz necessário para que se consigam novas formas de combate a seus agentes, sem ceder à submissão psicológica que constitui seu objetivo final. Os constantes ataques e ameaças que diversos países do mundo têm sofrido nas mãos de grupos terroristas tornam muito importante a busca referente a um entendimento mais profundo desse novo tema.

Para a consecução dessa tarefa, será utilizada base bibliográfica nacional e internacional, através do método hipotético-dedutivo. Proceder-se-á, também, uma investigação histórica para que se descubram as bases ideológicas por trás dos movimentos terroristas atuais, clarificando a relação de cumplicidade entre alguns de seus mentores e suas ramificações.

Através da compreensão criminológica sobre a formação da essência do terrorismo, desenhar-se-ão técnicas para proceder o efetivo combate a esse mal, sob uma visão igualmente interdisciplinar, que serão tratadas juntamente com considerações acerca do devido cuidado que deve ser tomado para que a sociedade não ceda ao medo objetivado pelos criminosos e se utilize de táticas que vão de encontro à compreensão contemporânea de respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

O recente despertar do Brasil perante este problema também será esmiuçado, com considerações acerca da lei 13.260/2016, elaborada com a finalidade de proporcionar aos brasileiros uma ferramenta jurídica adequada para lidar com o terrorismo, e seus desdobramentos.

É necessário salientar, por fim, que o foco principal desse trabalho será realizar uma análise criminológica das entidades paralelas e paraestatais que se classificam como terroristas, não tendo como objetivo discorrer detalhadamente acerca do terrorismo de Estado.

2. CONCEITO E HISTÓRIA

O primeiro obstáculo para o estudo do terrorismo enquanto fenômeno é sua conceituação concreta. Termos nebulosos que envolvem suas causas e efeitos geram divergências nas definições oficiais adotadas por diversos órgãos, em diversos países. A dificuldade de se estabelecer o que é o terrorismo e quais são suas causas, aliada a uma incompreensão sobre sua manifestação, leva ao combate ineficaz desse mal. Sobre isso, Schmid (2011, p. 74) elenca elementos comuns nas práticas comumente vistas como terroristas, tais como o uso demonstrativo da violência contra seres humanos, mantendo-a como ameaça; a produção deliberada de medo em meio a um grupo-alvo; a natureza comumente civil e não-combatente das vítimas; a finalidade de intimidação, coerção ou propaganda; a natureza tática ou estratégica dentro do âmbito dos conflitos; a importância de se comunicar essa violência a um grupo maior; a natureza criminosa e imoral de seus atos, possuidores de caráter predominantemente político; e sua importância como ferramenta de guerra psicológica. O fenômeno terrorista com essas características pode vir de entidades paraestatais, ou do próprio Estado, sempre direcionando-se à difusão do terror.

Cabe salientar que, como preceitua Dadoun (1993, s/p), o sucesso de um ato terrorista depende de ações pontuais, limitadas no tempo e no espaço: os atentados, ataques súbitos, alicerçados na surpresa, de modo a afastar suspeitas que possam ocasionar a tomada de quaisquer medidas preventivas por parte de seu alvo. Isso colabora para a manutenção da sensação de perigo constante sobre o grupo que a entidade praticante de tais condutas visa coagir.

A história da humanidade é farta de exemplos das práticas acima descritas, feitas ou não por Estados nacionais. Ricardo Duarte Ferreira (2014, s/p) coloca o terrorismo como um fenômeno ancestral, afligindo a humanidade desde os primórdios dos conflitos armados, o que é

confirmado pelos exemplos da Antiguidade que consistem em práticas adotadas pelos Estados Assírio e Romano no trato com os povos que conquistavam. Tais práticas, variando de brutais execuções de prisioneiros de guerra por meio de empalamentos e crucificações a deportações em massa de populações conquistadas, visavam garantir a completa submissão de seus respectivos súditos através da imposição do medo, condutas repetidas inúmeras vezes por todo o percurso da humanidade.

Distanciando-se momentaneamente da esfera do terrorismo estatal, praticado pelo poder dominante, manifesta-se também evidente a prática do terrorismo por parte de grupos privados e entidades paraestatais ao longo da história. Demonstração clara disso pode ser observada sob a forma dos sicários e zelotes judeus do primeiro século de nossa era, como bem lembra Gerard Chaliand (2007, p. 56), colocando-os como fanáticos que lutavam contra a ocupação romana e adotavam o assassinato daqueles que vislumbravam como “colaboradores” do invasor como prática comum. Um avanço cronológico de alguns séculos encontra também a seita dos Assassinos, uma subdivisão da vertente ismaelita do Islamismo xiita, que dosava os seus homicídios como fria tática política, voltada aos líderes de seus inimigos não apenas para fragilizá-los, mas também para agradar aos rivais desses últimos como forma de solidificar alianças protetivas ao seu redor (RAPOPORT, 1984, p. 658).

É também digna de nota a referência à Revolução Francesa (1789-1799), onde foi consagrado o uso da palavra “Terror” para se referir ao curto governo do partido radical dos jacobinos sobre a França Revolucionária (1793-1794), que conduziu um regime altamente repressivo, visando esmagar os contrarrevolucionários (FORNES, 2017, s/p).

Foi só a partir do século XIX, no entanto, que o terrorismo moderno começou a se delinear, alicerçado nas convulsões sociais que explodiram na mesma época, a exemplo dos movimentos anarquistas, que pregavam uma sociedade sem Estado, baseada inteiramente no voluntarismo da população. Sobre eles, é válida a observação de Marco Mondaini (2004, p. 230):

No decorrer do século XIX, a palavra terrorismo ganha uma conotação francamente positiva nas obras dos teóricos do movimento anarquista. Guardadas as peculiaridades do pensamento de cada um, o francês Pierre Joseph Proudhon e os russos Mikhail Baku-

nin e Piotr Kropotikin observavam no terror um fato construtivo, uma forma eficiente de destruir o poder estatal.

Então, no alvorecer dos séculos XX e XXI, o fenômeno do terrorismo se cristalizou. Através de conflitos locais ou globais, motivações políticas ou religiosas, pequenos grupos paralelos ou Estados nacionais, essa questão elevou o planeta a um nível sem precedentes de alerta, e sua erradicação depende fortemente do entendimento acerca de seus alicerces.

3. EMBASAMENTO IDEOLÓGICO

A base para a sustentação do terrorismo como problema permanente está intrinsecamente relacionada ao seu combustível ideológico. Ligados ou não às convulsões sociais e marcos históricos de seus respectivos momentos cronológicos, muitos pensadores desenvolveram teorias sobre como o emprego do pânico social como ferramenta poderia ser útil na consecução de determinados fins, intrinsecamente relacionados a suas respectivas visões de mundo. Das promessas de um paraíso para os trabalhadores aos anseios por um califado global, a mais diversas pessoas e entidades sempre se valeram de forte base ideológica para poder manipular o pensamento de seus correligionários.

Os grupos terroristas precisam aparentar a firmeza suficiente para que sejam encarados, concomitantemente, como ameaça real à ordem vigente e proponentes concretos de uma melhor. Por isso, como lembra o especialista Scott Stewart (2017, s/p):

*There will always be hyperbole in terrorist propaganda. Nevertheless, it tends to clearly state the goals and intentions of terrorist groups, even when they are not capable of achieving them.*⁴

Em cumprimento a essa proposta, os militantes sabem que precisam de sólida rede de difusão ideológica, de modo a angariar adeptos e executar seus planos, motivo pelo qual se valem de uma série de escritos dos mais diversos pensadores para legitimar suas condutas, encontrando neles o embasamento teórico de que necessitam.

4. Em tradução livre: "Sempre haverá hipérbole na propaganda terrorista. Ainda assim, ela tende a claramente declarar os objetivos e intenções dos grupos terroristas, mesmo quando eles não são capazes de atingi-las".

Para exemplificar a solidez da adaptação das ideias de tais pensadores às práticas terroristas, pode-se citar o martinicano Frantz Fanon (1925-1961), que, no contexto histórico dos processos de descolonização da Ásia e África, adaptou à ideia marxista da luta de classes o embate entre colonizador e colonizado, colocando a violência por parte deste contra aquele como uma prática não apenas compreensível, como também desejável:

A violência assumida permite ao mesmo tempo que os extraviados e proscritos do grupo voltem, reencontrem seu lugar e se reintegrem. A violência é, dessa maneira, compreendida como a mediação régia. O homem colonizado liberta-se na e pela violência. Esta práxis ilumina o agente porque lhe indica os meios e o fim. (FANON, 1968, p. 66)

Através da consolidação de Fanon como ícone intelectual do pensamento anticolonialista, suas ideias foram apropriadas por diversos movimentos de libertação nacional que recorrentemente valiam-se de práticas terroristas, em particular no que concerne a respeito de suas teorias sobre a violência. De acordo com Randall D. Law (2009, pp. 213-214), se terrorismo é uma questão de violência cometida para o benefício de vários públicos, então, para Fanon, o mais importante público é entendido como sendo quase inteiramente o próprio povo do terrorista, o que ajuda a compreender a predisposição com que a destruição de seus respectivos países é perpetrada por grupos que se valem dessas práticas.

Outro exemplo de autor que inspirou organizações terroristas, especificamente dentro de determinado universo sócio-cultural, foi o pensador egípcio Sayyid Qutb (1906-1966). O autor pertencia à Irmandade Muçulmana, organização que angariava apoiadores combinando ativismo político com trabalhos de caridade, tendo como objetivo principal minar as influências ocidentais no Egito e orientar a construção de uma sociedade estritamente islâmica (CIMENT, 2011, p. 211). Qutb defendia que o Islã era a única referência para a sociedade, destinada a ter sucesso em face do fracasso das ideologias norteadoras do mundo até então, tais como o capitalismo e o socialismo, tendo grande parte do globo entrado em estado de ignorância pagã (HASSAN, 2016, s/p). Então, uma vanguarda revolucionária de fiéis deveria rejeitar suas respectivas sociedades e lutar por uma mudança, em direção à reconstrução de um

contexto social similar ao do Profeta Maomé, através da força. Esse tipo de ideologia tem inspirado diversos grupos terroristas muçulmanos da atualidade, tais como o Estado Islâmico do Iraque e do Levante (*ISIL*, na sigla em inglês) e a Al-Qaeda.

Ideólogos como Qutb e Fanon encontram fértil terreno para propagar suas ideias com base em um extenso trabalho de moldagem da mentalidade de seu público-alvo para a aceitação progressiva do uso do terrorismo como ferramenta política útil, o que é potencializado pela natureza das pessoas a que se dirigem, sobre quem uma análise criminológica mais precisa se faz necessária.

4. A PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

A etapa final da compreensão do fenômeno do terrorismo passa pelo exame que a Criminologia tem sobre ele. O conhecimento obtido através dessa ciência ajudam a traçar um perfil sobre o indivíduo que se envereda pelo caminho do terrorismo, e fornece pistas sobre formas eficazes de combater esse fenômeno.

Para que se entenda, no entanto, os fundamentos metodológicos dessa análise, é necessário que se conceitue o que é a própria Criminologia. Antônio Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2002, p.39) trouxeram, em sua obra conjunta, um conceito sólido, definindo-a como:

Ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplando este como problema individual e como problema social – assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.

Dentro da seara criminológica concernente ao estudo da causa do comportamento delitivo, existem diversas teorias multidisciplinares destinadas a explicar a origem do cometimento de crimes. Entre elas,

encontra-se a Teoria da Associação Diferencial, proposta por Edwin Sutherland na década de 1930, que buscava explicar como o indivíduo se torna um criminoso. Como recorda Nestor Sampaio Penteado Filho (2012, p. 88), essa teoria desenvolve a ideia da interação como motor para o desenvolvimento do comportamento criminoso. O indivíduo seria atraído para o crime por meio do contato com detentores de comportamento delinquentes. Os pesquisadores Frank Scarpitty, Amy Nielsen e Mitchell Miller (2009, p. 211) resumem alguns pontos-chaves da Teoria da Associação Diferencial, colocando que, a título de exemplo primordial, o comportamento criminoso é aprendido através da interação com outras pessoas em um processo de comunicação, e este aprendizado inclui desde a instrução de técnicas para o cometimento do delito até uma orientação acerca de seus motivos.

Quanto à construção da própria figura do criminoso, é interessante lembrar, também, a teoria etiológica do professor Hilário Veiga de Carvalho (1951, s/p), que agrupa os agentes infratores em cinco categorias, elencadas de acordo com a influência de fatores biológicos ou mesológicos em suas condutas: Biocriminoso puro, biocriminoso preponderante, mesobiocriminoso, mesocriminoso preponderante, e mesocriminoso puro. O mesmo autor ainda discorre sobre as chances de reincidência e as possibilidades de tratamento e recuperação desses indivíduos, pontuando as atitudes que verifica adequadas para promover a reinserção social dos mesmos, de acordo com suas respectivas particularidades, de onde se extrai a lição que exemplifica o mesocriminoso preponderante como reincidente excepcional, cuja reabilitação se operaria por meio de sua alocação para colônias com regime de trabalho adequado, e especial assistência sócio-pedagógica. Se faz perceptível, então, como a natureza do indivíduo com quem o poder de punir estatal lida influencia na eficiência das maneiras empregadas em seu retorno ao convívio social.

Tais teorias são, pois, perfeitamente aplicáveis ao caso do terrorismo. Através da constante propaganda de seus atos, seja como forma de enaltecer o próprio grupo ou demonizar os inimigos, em um processo de espetacularização criminosa, os movimentos terroristas buscam atingir cada vez a mente de seus militantes e potenciais recrutas, atraindo-os para a prática do delito, como se verifica na difusão de suas ideias através dos meios eletrônicos, por onde cooptam novos membros, com uma

retórica inflamada de crítica à ordem vigente e promessas de melhorias. Isso leva à conclusão que o comportamento do terrorista é assimilado e emulado pelos novos militantes através do contato com recrutadores, que os submetem a cuidadosos procedimentos de doutrinação ideológica ao redor de sua visão de mundo, em um processo de cooptação friamente calculado para atender determinadas pautas políticas ou religiosas. E essa atração para essas práticas exercida nos recrutas pode ser compreendida através da classificação criminal etiológica de Hilário Veiga de Carvalho, de onde se extrai que boa parte deles poderia ser classificada como composta por mesocriminosos preponderantes, visto que o meio exterior em que se encontram é determinante na definição de sua escolha pelo delito. Como as propostas radicais dos movimentos terroristas envolvem a construção de uma nova estrutura sócio-política em detrimento de uma antiga, que precisaria ser substituída, esses novos militantes veem-se refletidos na sociedade moldada por essa visão inédita, ao mesmo tempo que não conseguem se encaixar na precedente, o que os leva a querer mudar a realidade forçosamente, ainda mais com o combustível ideológico a eles fornecido, pregando a violência aberta.

Na mesma linha de raciocínio, não se pode ignorar a existência complementar de razões biológicas como importantes elementares na conduta de alguns desses criminosos, atuando em conjunção com fatores exógenos, colocando-os como mesobiocriminosos. Essa tendência, verificada particularmente em terroristas que adotam a postura de ataque conhecida como “lobo-solitário”⁵, é ilustrada por indivíduos que apresentam patologias psicológicas e acabam sendo instrumentalizados por grupos militantes.

Através dessa compreensão criminológica, é possível delinear maneiras precisas de combate ao fenômeno do terrorismo, com o comprometimento da sociedade civil na construção dessas hipóteses.

5. MÉTODOS DE COMBATE

A partir da desconstrução do fenômeno terrorista voltada para o seu entendimento, pode-se desenhar uma abordagem multidisciplinar

5. Os “lobos-solitários” são criminosos que executam suas ações de forma isolada, sem ligação direta e aparente com grupos maiores, por conta própria, apresentando como marcantes características tendências ao isolamento social e taxas relativamente altas de distúrbios psicológicos (LEENARS; REED, 2016, s/p).

para lidar com esse problema, envolvendo todas as parcelas da sociedade e aplicando diversas áreas do conhecimento, onde o direito tem papel fundamental.

Tendo em vista a ameaça bélica representada por movimentos terroristas, analistas militares do mundo inteiro têm se desdobrado para desenhar respostas primárias a isso. Karl Goetzke (2005, p.5), coronel do exército norte-americano, ao escrever notável análise sobre a doutrina militar francesa empregada durante a Guerra de Independência da Argélia⁶, trata acerca de aspectos gerais de operações de contrainsurgência, que auxiliam no combate ao terrorismo por extensão, nos termos:

*Populace and resource control operates on the basis that an insurgency is both rooted in the grievances of the people and draws its sustainability from them. Put another way, the insurgents primary target is the people. Consequently, counterinsurgency efforts must work to separate the insurgent from the people and the resources they can provide.*⁷

É necessário, portanto, que se vença a guerra de corações e mentes, cortando-se a ligação dos movimentos terroristas com a população, de quem eles tiram o próprio suporte. Isso pode ser feito de diversas formas concomitantes ao combate aberto, que ensejem um comprometimento integral da sociedade, desde a promoção de assistência social e serviços básicos à população vulnerável, até a formulação de respostas à guerra cultural e psicológica empreendida pelos terroristas na tentativa de minar a moral do meio jurídico e social vigente.

Para tanto, o preparo jurídico é fundamental. Através da especificação do terrorismo como conduta criminosa, ação que deve obrigatoriamente ser feita de forma harmônica com o ordenamento vigente, tem-se a ferramenta que permite a formalização do combate aos terroristas de maneira a se distanciar da construção de um estado de exceção, impelido pelo pânico e pela urgência de punir exemplarmente os envol-

6. A Guerra de Independência da Argélia (1954-1962) foi um conflito do período de descolonização africana que opôs a França aos rebeldes argelinos, guiados por movimentos como a Frente de Libertação Nacional (FLN), que levou à independência da Argélia, sendo tida até hoje como importante fonte de estudos concernente às operações de guerrilha e contrainsurgência (WINDROW, 1997, p. 3).

7. Em tradução livre: "Controle de população de recursos opera sobre a base de que uma insurgência está enraizada nas mágoas do povo e concomitantemente obtém seu sustento delas. Colocado de outra forma, o alvo primário dos insurgentes é o povo. Conseqüentemente, esforços de contrainsurgência devem trabalhar para separar o insurgente do povo e dos recursos que ele pode fornecer".

vidos com tais práticas.

Deve-se ter em mente, portanto, a existência de necessários limites que evitem o decaimento do país que estiver se preparando para enfrentar a ameaça terrorista em políticas ocasionadoras de potenciais infrações aos direitos humanos, através da adoção de um Direito Penal do Inimigo. Essa corrente de pensamento jurídico, vale lembrar, propõe uma relativização no tratamento dos indivíduos perigosos, classificando-os como “inimigos”, sustentando que o Estado não deve tratá-los como pessoas, visto que isso vulneraria o direito à segurança dos demais membros da sociedade (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p.42). Percebe-se, portanto, a margem que tal pensamento fornece para o vilipêndio da condição humana dos indivíduos sobre os quais decairia, em nome da adoção de um direito penal máximo por parte de de uma sociedade assustada pela brutalidade do terrorismo, o que deve ser evitado em prol da racionalidade legislativa.

Através da já aduzida multidisciplinaridade, lições como essas podem e devem ser efetivamente trazidas para o ordenamento jurídico brasileiro para auxiliar no combate ao terror.

6. A ATUAÇÃO DO BRASIL E A LEI 13.260/2016

Dada a importância do Brasil no cenário internacional, foi natural a cobrança pela redação de uma lei específica que atendesse as demandas internacionais de combate ao terrorismo, equipando o ordenamento jurídico brasileiro com uma ferramenta integral de fazer frente a esse mal.

É cabível lembrar que a tipificação formal do terrorismo versa acerca de um mandado constitucional de criminalização. Trata-se de um tipo de instrumento oriundo do poder constituinte versando sobre obrigação posterior, assim definido por Antônio Carlos da Ponte (2008, p. 149):

Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Assim, a redação do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal⁸ traz o referido instrumento, criando uma situação que mostrou a até então incapacidade legislativa brasileira de sanar a questão, visto que o Brasil contava apenas com legislações genéricas e vagas em cuja subsunção daquilo que se definisse como “terrorismo” poderia ensejar problemas hermenêuticos, tais como a Lei nº 2.889 de 1956 (que disciplina o crime de genocídio) ou a Lei 7.170 de 1983 (que dispõe sobre os crimes contra a segurança nacional em aspectos materiais e processuais). A promulgação da Lei 13.260 de 2016 veio com a ideia de unificar o padrão de resposta brasileiro à ameaça terrorista. No entanto, algumas ponderações sobre ela devem ser feitas.

Em meio à aura de tensão e expectativa relativa à escolha do Rio de Janeiro como sede para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a referida Lei foi aprovada com dispositivos polêmicos. Entre eles, as possibilidades de punição dos atos preparatórios do crime de terrorismo, como previsto em seu artigo 5º, e a perigosa autonomia conferida ao juiz no ato da decretação de certas medidas assecuratórias de bens, consoante seu artigo 12 (BRASIL, Lei nº 13.260, 2016), podem representar a quase ultrapassagem da tênue linha que separa o devido processo legal da construção de um estado de exceção. Sua aplicação, que não esteve imune a críticas desse jaez, desembocou na Operação *Hashtag*⁹, levando às históricas primeiras condenações de brasileiros pelo crime de terrorismo.

Tal atuação progressiva, preocupada em manter a aparência de atividade nacional na resolução do aduzido problema, é, no entanto, importante ao despertar o brasileiro perante uma situação completamente nova, que exige uma resposta institucional enérgica para que ela seja contornada.

8. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...] (BRASIL, CRFB, 1988)

9. Operação *Hashtag* foi o nome dado pela Polícia Federal do Brasil à operação antiterrorista deflagrada no período próximo à realização das Olimpíadas de 2016, visando prevenir atividades terroristas de um grupo de pessoas ligadas ao Estado Islâmico que planejou ataques contra nacionais e estrangeiros por ocasião do referido evento. A operação resultou na submissão de diversos acusados a um processo criminal, que desembocou na condenação de oito deles em primeira instância, com penas que variaram de cinco a quinze anos. (ALESSI, 2017, s/p)

7. CONCLUSÃO

O surgimento do terrorismo como problema global e o progressivo despertar internacional sobre sua gravidade vêm ensejando a necessidade de compreensão da essência dessa nova questão enfrentada pela humanidade, esmiuçando suas causas e bases, para que se consiga materializar uma forma efetiva de combatê-lo.

Colocou-se que as práticas terroristas integram um fenômeno de complexa conceituação, cuja definição contém diversas elementares voltadas a estabelecer um padrão de conduta para ações que se repetem ao longo do globo em diferentes épocas e locais, mas mantendo certa regularidade em seus métodos, notadamente os fins políticos, o objetivo de despertar o terror, e os alvos majoritariamente civis. Historicamente, tais práticas perfazem fria tática desde a Antiguidade, de onde mantiveram a mesma técnica que constitui os movimentos terroristas modernos, ainda que com novas roupagens.

Foi feito também um ligeiro diagnóstico ideológico sobre como pensam e se expressam os terroristas, de modo a se compreender, utilizando alguns de seus próprios teóricos como base, para que fosse atingido o ponto nevrálgico onde a resistência do indivíduo perante essas condutas é quebrada, impelindo-o a por elas se enveredar, ao se ver como um combatente libertador contra uma ordem opressiva, moldando sua mentalidade a ponto de convertê-lo em uma engrenagem posta nas mãos de indivíduos ou grupos com propósitos insidiosos.

Procedeu-se, então, a uma análise estritamente criminológica sobre o terrorismo. Após situar a importância conceitual da criminologia enquanto ciência destinada a proporcionar uma visão ampla acerca de seu objetivo na compreensão do delito enquanto fenômeno, foi associado o trabalho de moldagem ideológica anteriormente referido com a construção progressiva da figura do terrorista através da Teoria da Associação Diferencial, de Edwin Sutherland, em conjunto com uma breve explanação sobre a classificação etiológica de Hilário Veiga de Carvalho, que colocaria os terroristas como mesobiocriminosos ou mesocriminosos preponderantes, em virtude das influências que recebem para se constituírem como agentes infratores.

Após a exposição da questão criminológica, foi feita uma explanação concernente aos possíveis métodos de combate que se podem

empregar para fazer frente aos terroristas, salientando a importância de se cortar a ligação que eles têm com sua base de sustentação popular, mandamento esse que deve orientar operações de contrainsurgência. Foi reforçado também o papel do direito nessa tarefa, para adequar o meio jurídico a esse combate, tomando o cuidado necessário para que não se caia em qualquer forma de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, que não podem ser sacrificados em nome da guerra ao terror.

Então, foram feitas breves considerações relativas ao papel do Brasil nesse contexto, lembrando a condenação nacional ao terrorismo por meio de um mandado constitucional de criminalização que desembocou na polêmica Lei nº 13.260 de 2016, tendo esta se desdobrado na Operação *Hashtag* com a histórica estreia brasileira na luta contra o terrorismo internacional moderno.

Conclui-se, portanto, que o estudo do terrorismo sob aspectos multidisciplinares, com decisiva participação da criminologia, é essencial para o desenvolvimento de respostas efetivas a ele, de modo a proteger a sociedade de suas consequências problemáticas imediatas e prevenir a expansão desse mal, em nome da construção e manutenção dos valores básicos da civilização humana, contra aqueles que buscam destruí-los.

REFERÊNCIAS

LESSI, GIL. Justiça condena oito réus da Operação *Hashtag* por “promover Estado Islâmico”. *El País - Brasil*. São Paulo, 4 de maio de 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/04/politica/1493929233_074812.html> . Acesso em 14 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 de fevereiro de 2018.

_____. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. **Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2018.

CARVALHO, Hilário Veiga de. **Classificação dos Criminosos**. 1951. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66162/68772>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2018.

CHALIAND, Gerard. *The History of Terrorism: From Antiquity to al Qaeda*. Berkeley: University of California Press, 2007.

CIMENT, James. *World Terrorism: An Encyclopedia of Political Violence from Ancient Times to the Post-9/11 Era*. M. E. Sharpe, 2011.

DADOUN, Roger. *La violence*. Paris: Hatier, 1993.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FIGUEIRA, Ricardo Duarte Ferreira. **Tipificação do crime de terrorismo no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13891/TCC%20RICARDO%20DUARTE.%20FERREIRA%20FIGUEIRA.pdf>>. Acesso em 9 de janeiro de 2018.

FILHO, Nestor Sampaio Penteadó. **Manual Esquemático de Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

FORNES, Rogerio Cesar. **Crime de terrorismo: uma análise histórico-conceitual**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 165, outubro de 2017. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19714>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

GOETZKE, Karl. *A Review of the Algerian War of National Liberation using the U.S. Army current counterinsurgency doctrine*. Pennsylvania: U.S. Army College, 2005. Disponível em <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.959.5589&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2018.

HASSAN, Hassan. *The Sectarianism of the Islamic State: Ideological Roots and Political Context*. In: **Carnegie Endowment for International Peace**. Paper, 13 de junho de 2016. Disponível em: <<http://carnegieendowment.org/2016/06/13/sectarianism-of-islamic-state-ideological-roots-and-political-context-pub-63746>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LAW, Randall D. *Terrorism: A history*. Polity, 2009.

LEENARS, Jan; REED, Alastair. *Understanding Lone Wolves: Towards a Theoretical Framework for Comparative Analysis*. In: ICCT. 2016. Disponível em: <<https://www.icct.nl/wp-content/uploads/2016/05/ICCT-Leenars-Reed-Understanding-Lone-Wolves-April-2016.pdf>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

MOLINA, Antonio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução e seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais criminais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONDAINI, Marco. Terrorismo político: a globalização do medo. In: PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla B. *Faces do fanatismo*. São Paulo: Contexto, 2004, pp. 227-245.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAPOPORT, David. *Fear and Trembling: Terrorism in Three Religious Traditions*. *American Political Science Review*, 1984.

SCARPITTI, Frank; NIELSEN, Amie; MILLER, Mitchell. (2009). *Crime and Criminals: Contemporary and Classic Readings in Criminology* (2 ed., p 211). New York: Oxford University Press.

SCHMID, Alex P. *The Routledge Handbook Of Terrorism Research*. 1. ed. Estados Unidos: Routledge Taylor & Francis Group, 2011.

STEWART, Scott. *What Drives Terrorism Part1: Ideology and Theory*. In: *Stratfor*. 4 de maio de 2017. Disponível em: <<https://worldview.stratfor.com/article/what-drives-terrorism-part-1-ideology-and-theory>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2018.

WINDROW, Martin. *The Algerian War 1954-1962*. 1. ed. London: Osprey Publishing, 1997.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE AO ARTIGO 170 DA LEI 8.112/90

José Manfro¹

Maria Fernanda Vargas Bitencourt²

Maria Teresa Casadei³

RESUMO: O presente artigo trata do embate entre princípios constitucionais com a Lei 8.112/90, mais especificadamente o art. 170, e o entendimento jurisprudencial a respeito do tema. O método de pesquisa utilizado foi dedutivo e o procedimento foi de coleta bibliográfica e documental tendo em vista que o problema estudado foi baseado a partir de referências publicadas em documentos. Em um primeiro momento, analisou-se tudo sobre o Direito ao Esquecimento, sua origem no Brasil, a primeira decisão em um caso concreto e a repercussão no Tribunal Federal. Em seguida o tema foi interligado ao Direito Administrativo, mais precisamente na Lei 8.112/90 que rege os servidores públicos federais. Por fim, foi abordado como esta lei foi superada em sua aplicabilidade, tendo em vista o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 170, ora amparado pelo legítimo instituto do Direito ao Esquecimento.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direito ao Esquecimento. 2. Servidor Público. 3. Processo Administrativo Disciplinar. 4. Prescrição.

RESUME: This article deals with the conflict between constitutional principles with Law 8.112 / 90, more specifically art. 170, and the jurisprudential understanding on the subject. The research method used was deductive and the procedure was a bibliographical and documentary collect considering that the problem studied was based on references published in documents. At first, was analyzed everything about the Right to Forgetfulness, the origin

1. Graduado em Filosofia. Mestre em Educação pela UFMS. Doutor em Educação pela UNESP Campus de Marília/SP. Professor pesquisador e orientador nos programas de pós-graduação stricto sensu e lato sensu da Universidade Católica Dom Bosco e Professor no Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco; Pesquisador e orientador no PIBIC/UCDB/CNPQ. E-mail: jmanfro@terra.com.br.

2. Graduanda do 9º semestre no curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. E-mail: nandavb_53@hotmail.com.

3. Graduada em Direito e Ciências Contábeis. Mestre pela UFMS. Doutoranda pela USP. Professora das disciplinas: Direito Constitucional e Administrativo. E-mail: casadei@usp.br.

in Brazil, the first decision in a concrete case and the repercussion in the Superior Federal Court. Next, the topic was interconnected with Administrative Law, more precisely in Law 8.112 | 90 that rules federal public servants. Finally, it was approached how this law was overcome in its applicability, in view of the recognition of the unconstitutionality of art. 170, previously supported by the legitimate Institute of the Right to Forgetfulness.

KEYWORDS: 1. Public Server. 2. Right to Forgetfulness. 3. Related searches. 4. Prescription

1 INTRODUÇÃO

O Processo Administrativo Disciplinar se caracteriza pelo poder-dever em apuração de fatos funcionais e aplicação de sanções devidamente previstas em lei, mais precisamente na Lei 8.112/90, tratando-se de servidor público e/ou aqueles que têm uma relação jurídica com a Administração Pública.

Nesta vertente, o artigo 170 da Lei 8.112/90 nos revela que mesmo que um servidor público não tenha sido punido administrativamente através de um Processo Administrativo Disciplinar, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor após a prescrição.

Entretanto, a atitude do registro no assentamento funcional do servidor, acaba ferindo o instituto do Direito ao Esquecimento. Toda pessoa na condição de cidadão ou servidor público tem direito a ver esquecido fatos passados embaraçosos ou constrangedores, ainda que verídicos. O tema encontra-se respaldado, ainda, nos princípios constitucionais como direito à intimidade, à vida privada, à presunção de inocência, entre outros.

O presente artigo abordará a definição do instituto do Direito ao Esquecimento e como ficou conhecido no Brasil. O trabalho traz ainda uma análise da lei 8.112/90 que rege os servidores públicos da União, conceitos, e os tipos de sanções administrativas que podem ser aplicadas nos casos previstos em lei; e por fim, o modo de instauração dos processos administrativos disciplinares e a colisão de princípios e regras constitucionais.

2. A DEFINIÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA ORIGEM NO BRASIL

A definição plausível encontrada para o Direito ao Esquecimento e também para o presente artigo foi defendida pelo Juiz Federal Marcio André Lopes Cavalcante ao afirmar que [...] “é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.”

A priori, o Direito ao Esquecimento consiste em um direito recente, apesar de ser debatido em ramos distintos, sempre se respaldando no Art. 5º da Constituição Federal de 1988 através do fundamento da dignidade da pessoa humana. O professor Flávio Tartuce (2013) expõe em seu artigo “Direito ao esquecimento na jurisprudência do STJ” como fora debatido o referido instituto no Judiciário:

[...] “o instituto foi discutido na VI Jornada de Direito Civil, realizada em março deste ano - 2013 - pelo CJE/CJF - Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal, tendo dado origem ao enunciado 531, segundo o qual “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

É notório que todo esse conjunto da dignidade da pessoa humana se desdobra em princípios constitucionais como o direito à intimidade, à honra, à proteção da imagem, à presunção de inocência etc.

Não obstante a importância do debate a respeito do fundamento dos direitos humanos, como pondera Norberto Bobbio, o maior problema dos direitos humanos hoje não é mais o de fundamentá-la, e sim o de protegê-los. Note-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos ergue-se no sentido de resguardar o valor da dignidade humana, concebida como fundamento dos direitos humanos. (BOBBIO apud PIOVESAN,2016,p.194)

O Direito ao Esquecimento vem resguardar tudo aquilo que já nos é posto desde a Constituição de 1988. É saber que o ser humano e, neste caso, um servidor público, tem o direito de ter fatos e acontecimentos esquecidos, fatos estes que o constrangeram ou denegriram

sua imagem e honra. A título de exemplificação, a pessoa condenada penalmente através de devido processo legal, também usufrui o Direito ao Esquecimento. Amparados, neste caso, no Art. 93 do Código Penal, qual é previsto a ele uma reabilitação após o devido cumprimento da pena, vejamos:

Art. 93 – A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. (Min. Luis Salomão. REsp 1.335.153-RJ)

O Direito ao Esquecimento perfaz seu trabalho em todos os ramos do direito, áreas cíveis, criminais, administrativas entre outras. O enfoque sempre será a dignidade humana. O direito de um indivíduo acaba quando fere o direito do próximo. Desta maneira, entendemos a sobreposição do Direito ao Esquecimento ao Direito à informação, por exemplo.

Para Marcio André Lopes, quando se fala em Direito ao Esquecimento, é importante citar o jurista e filósofo francês François Ost, que escreveu:

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. (OST, François. O Tempo do direito. Trad. Elcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 160).

Fazendo uma ponte com outros diversos princípios constitucionais contrários ao Direito ao Esquecimento, devemos levar em conta que tudo se trata de uma questão de interesse público. Se, a notícia

divulgada ou lembrada atende, de certo modo, as necessidades da sociedade, excluem-se quaisquer pensamentos a cerca do Direito ao Esquecimento. Contudo, não sendo mais plausível a divulgação para todos, desinteressando uma parcela significativa da sociedade, deve-se resguardar o direito à vida privada e a honra do ser humano. Senão vejamos a opinião do Ministro Gilmar Mendes:

“Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374).

Em outros países, o Direito ao Esquecimento se faz presente há mais tempo. Há anos ele é discutido nos Estados Unidos e na Europa. Um exemplo clássico que foi o pioneiro no Tribunal Constitucional Alemão ocorreu em 1969 ao tratar de quatro soldados alemães assassinados na cidade de Lebach. Findado o processo, ficou sentenciado que dois dos assassinos iriam para prisão perpétua e o terceiro seria preso pelo período de 06 anos de reclusão. Após cumprir a pena, o réu então seria liberto. Contudo, dias antes de sair da prisão, descobriu que uma emissora de TV exibiria um programa em destaque no qual falaria tudo sobre o crime, e mais, que seriam mostradas fotos dos condenados e haveria uma insinuação de que o mesmo era homossexual.

Posteriormente à descoberta, o homem ingressou com uma ação inibitória com o intuito de impedir que o programa fosse exibido. A ação chegou até o Tribunal Constitucional Alemão e ficou decidida pela proteção do indivíduo, de sua personalidade e restrito a exploração da imprensa na pessoa do criminoso e também na sua vida privada. Desde então se entendeu que o direito à proteção da personalidade prevaleceria ao direito à informação.

Mesmo sendo amparado por princípios constitucionais e algumas jurisprudências, há quem critique esse entendimento considerado não ser plausível a existência de um “Direito ao Esquecimento”. Há tam-

bém quem se divide nas opiniões, acreditando que por um lado exista o direito, mas o contrasta.

Um exemplo de divergência à tese do Direito ao Esquecimento fez-se presente em um julgado do Ministro Luis Felipe Salomão no ano de 2012:

O Min. Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp 1.335.153-RJ, apesar de ser favorável ao direito ao esquecimento, colacionou diversos argumentos contrários à tese. Vejamos os mais relevantes: a) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constituiria um atentado à liberdade de expressão e de imprensa; b) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; c) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; d) é absurdo imaginar que uma informação que é lícita se torne ilícita pelo simples fato de que já passou muito tempo desde a sua ocorrência; e) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público. Sem dúvida nenhuma, o principal ponto de conflito quanto à aceitação do direito ao esquecimento reside justamente em como conciliar esse direito com a liberdade de expressão e de imprensa e com o direito à informação. (CAVALCANTE, 2015, p.11-12).

No que se refere à colisão de princípios constitucionais citados pelo Ministro Salomão, deve-se ponderar no caso concreto. Sob a ótica administrativa, indaga-se: prevalecerá um mero registro de fatos nos assentamentos funcionais do servidor a título de informação e arquivo, ou o resguardo da vida privada, intimidade e prevalência da inocência até que se prove o contrário? Ambos os pontos vastamente discutidos nas doutrinas brasileiras a fim de que se tenha um único objetivo: Efetividade e Segurança Constitucional nos casos em análise.

A respeito do tema supracitado o relator Dias Toffoli, Ministro do Supremo Tribunal Federal reconheceu através do Mandado de Segurança nº 23262/14 DF a inconstitucionalidade do Art. 170 da Lei 8.112/90 que se refere justamente ao registro de fatos no assentamento individual do servidor depois de extinta a punibilidade através da pres-

crição, observe:

1. A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional da infração, que volta a correr depois de ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que haja decisão definitiva. 2. O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado. 3. **É inconstitucional, por afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, o art. 170 da Lei nº 8.112/90, o qual é compreendido como projeção da prática administrativa fundada, em especial, na Formulação nº 36 do antigo DASP, que tinha como finalidade legitimar a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, sem a formação definitiva da culpa.** 4. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo PAD. 5. O status de inocência deixa de ser presumido somente após decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório ou de decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade. 6. Segurança concedida, com a declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 170 da Lei nº 8.112/1990. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a segurança. Acordam, ademais, os Ministros, por maioria de votos, em declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 170 da Lei nº 8.112/1990, tudo nos termos do voto do Relator. Brasília, 23 de abril de 2014. MINISTRO DIAS TOFFOLI Relator

Após uma vasta luta e indignação por parte do autor, um princípio constitucional foi devidamente aplicado mediante análise de um caso concreto, se sobrepondo a uma regra geral, até então dada como constitucional e vigente, e também a diversos outros princípios constitucionais que em dado caso não perfizeram a cláusula pétrea de nossa

Carta Magna: A dignidade da pessoa humana.

O acórdão ainda nos esclarece quanto à prescrição: “O instituto da prescrição tem força jurídica para proporcionar estabilidade social, fixando o limite temporal para o exercício de um direito, a fim de evitar que o litígio perdue por tempo indeterminado.” E ainda, Dias Toffoli assevera: [...] “esgotado o lapso temporal previsto na lei antes que se delibere definitivamente sobre a culpabilidade do agente pela prática da falta disciplinar, ao Poder Público falece o direito de penalizar o servidor e anotar os fatos apurados em sua ficha funcional, pois isso somente é possível após decisão condenatória definitiva”

A norma prescricional, no sentido da pretensão punitiva, é uma das regras que também devem ser seguidas impreterivelmente. Após o lapso temporal trazida em lei, o Estado perde o direito de punir aquele indivíduo, perde o direito de persegui-lo.

No processo administrativo disciplinar, na esfera federal, a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública em razão do cometimento de falta funcional por seus servidores está disciplinada no art. 142 da Lei nº 8.112/90, que assim dispõe: “Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão; III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência. § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente. § 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.” (ACÓRDÃO 23262/14 - DF)

Os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski acompanharam o relator na confecção do acórdão, afirmando que esse tipo de anotação feita no registro funcional do servidor “tem efeitos deletérios para toda a carreira do servidor” e que “atenta contra imagem funcional desse servidor”. O acórdão é claro e não nos deixa dúvidas quanto ao efeito da aplicabilidade de um princípio mais benéfico.

3. O SERVIDOR PÚBLICO E O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Segundo Emerson Santiago “chama-se servidor público a pessoa física que presta serviços ao estado e às entidades da administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. O servidor público civil é titular de cargo público, mantém relação estatutária e integra o quadro da administração direta, autarquia ou fundação pública. A relação jurídica que une o poder público aos titulares de cargos públicos é de natureza estatutária, institucional. Isto significa que o estado pode alterar legislativamente o regime de direitos e obrigações recíprocos, existentes à época do ingresso no serviço público.”

Emerson Santiago ainda define os tipos de servidores públicos encontrados na doutrina, sendo eles subdivididos em três tipos:

1 – os servidores estatutários, ocupantes de cargos públicos providos por concurso público, de acordo com o art. 37, II, da constituição federal. São regidos por um estatuto, estabelecido em lei, para cada uma das unidades da federação. Os novos servidores, ao serem investidos no cargo, já ingressam numa situação jurídica previamente delineada.

2 – os empregados públicos, ocupantes de emprego público, e também provido por concurso público (art. 37, II, da CF). São também chamados de funcionários públicos, e contratados sob o regime da CLT. Seus cargos são preenchidos através de concurso público e submetem-se a todos os demais preceitos constitucionais referentes à investidura, acumulação de cargos, vencimentos e determinadas garantias e obrigações previstas no Capítulo VII da constituição. O servidor público celetista subordina-se a dois sistemas, integrados e dependentes: o da administração pública e também ao sistema funcional trabalhista. O primeiro impõe regras da impessoalidade do administrador, da publicidade, da legalidade, da moralidade administrativa, da oportunidade, bem como motivação do ato administrativo. No segundo temos os contornos dos direitos e deveres mútuos na execução do contrato e dos efeitos da extinção do mesmo. A administração Pública quando contrata pela CLT, equipara-se ao empregador privado, sujeitando-se aos mesmos direitos e obrigações deste.

3 – já os servidores temporários são contratados para exercer funções temporárias, por meio de um regime jurídico especial, disci-

plinado em lei de cada unidade da federação. Não é admitida a posterior admissão deste servidor para cargo efetivo sem a realização de concurso público.

Como visto anteriormente, os servidores públicos serão aqueles empossados através de um concurso público e terão regime jurídico próprio. Para Juliana Xavier o Regime Estatutário “é definido como aquele que possui vínculo legal mediante cargo público, com prerrogativas extraordinárias. Portanto, este regime foi criado com o intuito de regulamentar as relações de direito administrativo entre o Estado e prestadores de cargos públicos através da regência de um estatuto, instituído por lei.”

Adentrando na seara do Direito Administrativo, analisaremos a lei 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, tais como provimentos, remoção, vacância, posse, estabilidade, remuneração, regime disciplinar entre outros. “A principal vantagem do regime estatutário é a possibilidade de estabilidade após três anos de serviço (estágio probatório) de acordo com a Constituição Federal, isto é, o servidor público só poderá ser demitido, após esse período, em ocorrências de crime contra a administração pública, por Processo Administrativo Disciplinar.” (XAVIER,2016)

Quando um servidor público comete alguma infração, ele responderá na proporção do fato. Para isso, será aberta uma sindicância para apuração dos fatos e, se necessário, se instaurará um Processo Administrativo Disciplinar.

O processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investida. O processo é dirigido por 03 servidores estáveis, designados pela autoridade competente, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indicado”. (CUNHA,2010,p.631)

A aplicação de sanção certamente é a reação do Estado contra a ação infracional, por isso, deve ser proporcional e suficiente para cessar

a ação e produzir a necessária reflexão, a fim de reeducar. Não se pode conceber que a reação do Estado seja desmedida e infinitamente superior e mais grave que a própria ação infracional, denotando grande desproporcionalidade. Mesmo nos idos tempos históricos da lei de talião, o mal era repellido com mal proporcional. Ainda em tempos longínquos, onde se via a pena como de caráter tão-só retributivo e não se enxergava o caráter educativo e ressocializador, era observada a indispensável necessidade de resguardar a proporção entre a ação infracional e a reação, resposta do Estado. Era *olho por olho, dente por dente*. Assim, se o fato representa uma conduta de tão pouca importância, tão pequena, de nenhuma consequência prática, não merece a pena mais severa de todo o ordenamento disciplinar. A pena capital do servidor público. (JUNIOR, 2004)

Neste contexto, o art. 151 da Lei 8.112/90 traz as três fases em que se desenvolverá o processo administrativo disciplinar: Instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; Inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; e por fim o Julgamento. O prazo para conclusão do processo não excederá 60 dias contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

Não podemos negar que o ser humano é passível de erros. Portanto, espera-se que a medida correta para a devida punição do servidor seja iniciada através de uma sindicância que seria uma peça preliminar com caráter informativo para a instauração do Processo Administrativo Disciplinar, apenas como uma investigação inicial.

O Processo Administrativo Disciplinar também pode ter início sem a realização de sindicância, quando a falta for confessada, documentalmente provada ou manifestamente evidente. O PAD dá maior legitimidade à decisão administrativa (legitimação pelo procedimento), torna mais aceitável a decisão pela participação no processo, permite o contraditório e ampla defesa, garantindo a segurança jurídica e paz social. O contraditório protege contra o poder coercitivo da Administração, busca da verdade material, propicia a impessoalidade, pela oportunidade de manifestação e amplia a transparência administrativa. A ampla defesa é a garantia de contestação ou rebate em favor de si próprio, ante condutas, fatos ou argumentos, interpretações que possam acarretar prejuízos físicos, materiais ou morais. A ampla defesa baseia-se

na tríplice percepção da garantia de poder defender-se, garantia de um processo legítimo e garantia de respeito a um Estado Democrático de Direito. (PORTAL DO SERVIDOR).

Damásio E. de Jesus afirma em sua obra Direito Penal volume I sobre a prescrição: “ o decurso do tempo possui efeitos relevantes no ordenamento jurídico, operando o nascimento, alteração, transmissão ou perda de direito”. (JESUS, 1995, p.629). No campo administrativo a prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. Conforme o art. 142 da 8.112/90, a ação disciplinar prescreverá em 05 anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; em 02 anos quanto à suspensão; e em 180 dias quanto à advertência recebida.

Assim, à luz da Constituição Federal, o artigo 170 da Lei dos Servidores Públicos se torna inconstitucional ao determinar que, mesmo extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determine o registro dos fatos nos assentamentos individuais do servidor. “Castigar” alguém ao lembrá-lo que já foi condenado fere a dignidade da pessoa humana, quem dirá punir um servidor ao lembrar fatos que ao menos foram comprovados ou devidamente punidos pela Administração. Daí a importância de valorizarmos este elemento, pedra central da Constituição Federal, logo, de toda democracia brasileira.

4. DIREITO À HONRA VERSUS DIREITO À INFORMAÇÃO

A honra é um atributo inerente à pessoa e independente de quaisquer considerações de raça, religião, condição social, etc. sendo, por isso mesmo, considerado um “direito inato da personalidade”. (SANTOS, 2013). Para Carlos Alberto Bittar: “(...) são vedadas pelo ordenamento jurídico todas as práticas tendentes ao aprisionamento da mente ou a intimidação pelo medo, ou pela dor, enfim, obnubiladas do discernimento psíquico.”

O direito à honra está concretizado também no artigo 11 no Pacto de São José da Costa Rica que se permanece vigente no Brasil, afirmando que “toda pessoa tem o direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana visa ga-

rantir que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa, e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção opo-nível *erga omnes*.(RAMOS, 2014, p.20)

A Constituição Federal de 1988 aponta em seu art. 5º, inciso X a inviolabilidade à honra sob pena de indenização fruto do dano material ou moral decorrente de sua violação, *in verbis* tem-se que “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (LIMA, 2017)

Por outro lado, temos o direito à informação que foi conquistado através de uma árdua guerra pós Ditadura Militar também consagrada com o advento da nova Constituição Federal em 1988 e que trouxe diversos benefícios à população. Ambos direitos líquidos e certos, mas com uma única dúvida: qual é a mais favorável na aplicação do instituto Direito ao Esquecimento?

O Direito ao Esquecimento é um conceito discutido e colocado em prática desde 2006. A questão surgiu dos desejos dos indivíduos de determinar o desenvolvimento de vida de forma autônoma, sem ser perpetuamente ou periodicamente estigmatizada como consequência de uma ação específica realizada no passado. Houve controvérsia sobre a praticidade de estabelecer um direito a ser esquecido do status de um direito humano internacional em relação ao acesso à informação, em parte devido à imprecisão de sentenças atuais tentando implementar tal direito (ORICO,2017 Apud CABRAL, 2017).

Considerando essa nova realidade social [...], por natureza, não “esquece” o que nele se divulga e pereniza tanto informações boas quanto injuriosas da pessoa noticiada, observou-se que a disseminação de informações de forma desmedida e absoluta invoca a criação de novos direitos, tal como o direito de ser esquecido ou o direito de ser deixado em paz. (RAMOS, 2014, p.69).

No Brasil, o caso que gerou forte repercussão pendendo ao Direito à informação, foi o da apresentadora Xuxa versus Google – BRA. Maria da Graça Xuxa Meneghel ajuizou perante o Judiciário uma ação contra a Google solicitando que empresa não apresentasse mais qualquer resultado de busca com a expressão “Xuxa Pedófila” e associações em seu nome, sob pena de multa.

Quando confrontado como caso, o STJ decidiu que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. (TARTUCE,2014)

Nesse passo, observa-se a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222, sinalizando que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana. (RAMOS, 2014, p.70).

Sob essa perspectiva, temos a certeza que o servidor público deve ter a honra e a imagem resguardadas, independentemente de fatos verídicos passados que são conhecidos por todos. Sabemos que o acesso à informação é evidente, ainda mais com o advento da internet e as inúmeras ferramentas de pesquisa que auxilia em qualquer busca, de qualquer área em qualquer momento. Mas o livre arbítrio em acessar toda e qualquer informação se restringe quando ultrapassamos o direito do outro. A violação do direito à privacidade, por exemplo, só deverá ser atingida por ordem expressa e fundamentada do Poder Judiciário.

No prisma administrativo, reprimir o servidor com o registro de fatos em seu assentamento funcional, fatos estes já prescritos e que muitas vezes não foram apurados pela Administração Pública, fere não só o direito à honra e a imagem do servidor, mas à privacidade, à presunção da inocência entre diversos outros direitos garantidos na Carta Magna e que devem ser respeitados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não nos restam dúvidas que sociedade atualmente é movida pela informação. Informação essa projetada a uma velocidade imensurável através dos inúmeros veículos de comunicação por onde é quase imperceptível a distinção da privacidade e publicidade. Eis o início do estudo ao Direito ao Esquecimento. Colocar o ser humano acima de tudo e

todos é uma obrigação constitucional. Na verdade se trata de uma obrigação Supra Constitucional, já que o Brasil faz parte de tratados internacionais nos quais visam o bem estar e respeito ao homem.

É sabido que todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais são de extrema importância para manutenção da sociedade e que os meios de comunicação desempenham um papel importantíssimo para um todo. Contudo, apesar dos direitos que nos é posto à disposição de diversas formas, ele não será absoluto e engessado, conseqüentemente seria necessária a análise em cada caso concreto para que haja a efetiva segurança jurídica.

O Direito ao Esquecimento se põe em prática para resguardar, preservar o indivíduo que é exposto de alguma forma, seja feita através de reportagens, televisão, jornais, internet e inclusive por registros funcionais perante a Administração Pública. Exposição que humilha, envergonha, intimida o ser humano, exposição feita sem um devido processo legal, sem uma formação de culpa, sem a abertura de um processo administrativo disciplinar, um fato prescrito que serve apenas para sujar a honra do servidor público.

Cabe à Administração Pública ser concisa na punição de seus servidores. Não se pode fazer recair a culpa na pessoa do servidor decorrente da incompetência do Estado punidor. É incontestável a perda da pretensão de exigir determinado comportamento de alguém após o decurso do tempo previsto. Se o Estado foi negligente para com a punição dos seus servidores, o direito está certamente prescrito, sendo inadmissível que o exerça fora do tempo.

O ser humano, servidor público, deve ter sua honra e imagens resguardadas. Deve-se prevalecer do princípio da inocência e do devido processo legal, que na seara administrativa, seria a instauração do Processo Administrativo Disciplinar, para que no mínimo sejam investigados os fatos apresentados e não condenar alguém por meras suposições. Não o respeitá-lo em seu âmbito de atuação é uma ofensa grave aos princípios constitucionais administrativos e uma afronta à dignidade da pessoa humana.

O referido artigo 170 da Lei 8.112 apresentado neste trabalho, foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por afrontar o princípio basilar da Constituição Federal do Brasil. O artigo ainda permanece vigente tendo em vista a não revogação do mesmo e a não repercussão geral da Decisão do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ACHE CONCURSOS. **Estatutário e CLT: diferença, benefícios e desvantagens de cada regime.** Disponível em: < <https://www.acheconcursos.com.br/artigo/estatutario-e-clt-diferenca-beneficios-e-desvantagens-de-cada-regime>> Acesso em 01/07/2018.

ARAÚJO, L.A.D.; JÚNIOR, V.S.N. **Curso de Direito Constitucional.** 10 edição: Saraiva, 2006.

ESCOLA VIRTUAL DA CGU. 1997 - **Lei nº 9.507 - Rito processual do habeas data.** Disponível em: <<https://escolavirtual.cgu.gov.br/ead/mod/book/view.php?id=496&chapterid=36>> Acesso em 15/05/2018.

FILHO, J.S.C.F. **Manual de Direito Administrativo.** 18ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILHO, E.A. **Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação.** Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 20/05/2018.

GONZAGA, A.N. **Direito à Honra.** Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques>> Acesso em 13/05/2018.

GUERRA, S. **Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_sidney_guerra.pdf> Acesso em 18/05/2018.

INFO ESCOLA. **Servidor Público.** Disponível em: < <https://www.infoescola.com/direito/servidor-publico/> > Acesso em 02/06/2018.

JESUS, D. **Direito Penal.** 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSBRASIL. **Regime jurídico dos servidores da União.** Disponível em: < <https://douglasr.jusbrasil.com.br/artigos/136999930/regime-juridico-dos-servidores-publicos-da-uniao> > Acesso em 01/07/2018.

LIMA, A.B. **O direito à honra do indivíduo na perspectiva dos danos moral e material.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54877/o-direito-a-honra-do-individuo-na-perspectiva-dos-danos-moral-e-material>> Acesso em 16/06/2018.

MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, C.A.B. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDONÇA, B.; SENCADES, L. **Direito ao esquecimento: amplitude em face das liberdades de informação, de expressão e de imprensa**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/educacao/897-elaboracao-de-referencias-em-trabalhos-academicos-3-de-4-.htm>> Acesso em 13/03/2018.

MUNIZ, M.; PADUA, L. **Direito ao esquecimento não é censura diz ministro do STJ**. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/direito-ao-esquecimento-nao-e-censura-diz-salomao-09022018>> Acesso em 02/03/2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

NUNES, A.M.; LIMA, C.O.; JÚNIOR, C.A. **Uma reflexão sobre o direito ao esquecimento e sua relação com as máquinas sociais: o direito de desconectar-se**. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3624>> Acesso em 01/06/2018.

PIOSEVAN, F. **Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

REPRESENTAÇÃO DA UNESCO NO BRASIL. **Liberdade de Expressão no Brasil**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/communication-and-information/freedom-of-expression/>> Acesso em 10/04/2018.

RESUMOS JURÍDICOS. **Sindicância X Processo Administrativo Disciplinar**. Disponível em: <<https://permissavenia.wordpress.com/2009/12/14/sindicancia-x-processo-administrativo-disciplinar-pad/>> Acesso em 01/07/2018.

ROSSATO, L.T.; LEAL, M.M. **A liberdade de informação pela imprensa e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21489/a-liberdade-de-informacao-pela-imprensa-e-o-principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>> Acesso em 05/05/2018.

SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA PREVIDÊNCIA - PORTAL DO SERVIDOR. **Penalidades**. Disponível em: <<http://www.portaldoservidor.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=85>> Acesso em 01/07/2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, F. **Direito ao Esquecimento na Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822624/direito-ao-esquecimento-na-jurisprudencia-do-stj>> Acesso em 12/03/2018.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J.H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5ª edição: Revista dos Tribunais, 2004.

PENHORA DE QUOTAS POR DÍVIDA PARTICULAR DO SÓCIO DA SOCIEDADE LIMITADA NO CPC/2015

Felipe Ramos Vollkopf da Silva¹

RESUMO: Este artigo intitulado Penhora de quotas por dívida particular do sócio da sociedade limitada no CPC/2015 tem por objetivo traçar um panorama geral sobre vínculo societário e quotas sociais, diferenciando, em seguida, dissolução total e parcial da sociedade, para ao fim discorrer sobre o procedimento de penhora de quotas da sociedade limitada no Código de Processo Civil vigente, isso porque a mencionada lei trouxe inovações nesse sentido. Para tanto utilizar-se-á como método o hipotético-dedutivo e indutivo, partindo das considerações sobre estudiosos quanto aos institutos em análise. Como fonte de pesquisa, tem-se o uso de obras pertinentes, artigos científicos e jurisprudência. Conclui-se que a penhora em questão é legalmente possível, desde que em último caso, e respeitado o direito de preferência dos demais sócios, mas que o ingresso forçado do exequente na sociedade encontra impedimento nas sociedades de pessoas.

ABSTRACT: This article entitled Paid Enforcement of shares because of particular debts of the partner in private limited companies in the CPC/2015 aims to outline an overview of corporate bond and shares, differentiating, then, total and partial dissolution of the company in order to discuss the procedure of shares garnishment in limited companies in the Code of Civil Procedure in force, because the mentioned law brought innovations in this sense. For this purpose, the hypothetico-deductive and inductive method will be used, starting from the considerations about scholars regarding the institutes under study. As a source of research, one has the use of pertinent works, scientific articles and jurisprudence. It is concluded that it is possible, in the last case, and respected the right of preference of the other partners, but that the forced entry of the creditor in society is impeded in the societies of persons.

1. Pós-graduando em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito - EPD. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - FADIR/UFMS. Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: societário, sociedade limitada, penhora de quotas, novo CPC, direito empresarial.

INTRODUÇÃO

Sancionada no dia 16 de março de 2015 pela então presidente Dilma Rousseff, e publicada no dia seguinte, a Lei nº 13.105 instituiu o novo Código de Processo Civil, revogando a Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, após 42 anos de vigência, e entrando em vigor no dia 18 de março de 2016, após 1 (um) ano de *vacatio*².

Tamanhas foram as inovações trazidas pela nova sistemática processual cível, notadamente no que tange à solução consensual de conflitos (art. 3º, § 2º), à resolução de demandas repetitivas (art. 976), os honorários advocatícios sucumbenciais (art. 85, § 1º), a fundamentação das decisões (art. 489, § 1º) e inúmeros outros pontos.

Este artigo tratará do procedimento de penhora de quotas por dívida particular do sócio da sociedade limitada, que se encontrava regulamentado de forma modesta pelo legislador de 1973, que se limitou a tratar do assunto no inciso VI do art. 655 e no § 4º do art. 685-A.

O novo código procurou dar maior segurança jurídica ao jurisdicionado, ao passo que não só dedicou subseção apartada para aglutinar os dispositivos legais relativos ao procedimento (art. 861, incisos e parágrafos), como preocupou-se em tratar do assunto, ainda que de forma breve, em outras partes do código (art. 799, VII, art. 876, § 7º).

A mudança se mostra preponderantemente vantajosa, tanto para o exequente quanto para a sociedade empresária da qual o executado possui quotas, visto que a nova regulamentação leva em conta o *affectio societatis*³ e a preservação da empresa, sem deixar de confere maior eficácia à tutela executiva, conforme se observará nos capítulos deste trabalho.

Antes de descrever o procedimento e compará-lo com o que a lei anterior previa, começar-se-á tratando de vínculo societário e quotas sociais, para que fiquem estabelecidos conceitos que servirão de referencial para o tratamento das formas de dissolução parcial da sociedade,

2. Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial. (BRASIL, Lei nº 13.105/2015).

3. Afeição societária, em tradução livre.

dentro das quais a penhora de quotas é espécie.

Levar-se-á em conta, salvo nota em contrário, as regras referentes às sociedades limitadas (arts.1.052 a 1.087 do CC/02), por ser um tipo de sociedade empresária de extrema importância no Brasil, com aplicação subsidiária do regulamento das sociedades simples, por expressa disposição do art. 1.053 do mesmo dispositivo legal.

Vínculo societário

Sabe-se que o Direito Civil Brasileiro reconhece a existência de pessoas naturais (“físicas”)⁴ e pessoas coletivas (“jurídicas”)⁵, sendo que a principal diferença entre as duas é que a pessoa natural consiste no ser-humano nascido vivo, e a pessoa coletiva em uma entidade que não existe no mundo concreto, mas sim no mundo jurídico, como uma união de vontades (DINIZ, 2012, p. 131).

Pois bem, a Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) difere pessoas jurídicas de direito público e de direito privado (arts. 41 e 44, respectivamente), de modo que somente este último grupo nos interessa. Assim dispõe o art. 44 do supramencionado código:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Destacou-se)

As sociedades se distinguem das demais modalidades de pessoas jurídicas de direito privado principalmente pelo intuito lucrativo (COELHO, 2014, p. 138), tendo em vista que as demais não podem partilhar resultados dos lucros aferidos. Segundo o célebre jurista Gladston Mamede (2017, p. 3):

De qualquer sorte, são os seguintes os elementos de um contrato

4. “Art. 2o A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” BRASIL, Lei nº10.406/02.

5. “Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.” Idem.

de sociedade (art. 981): (1) ajuste de vontade; (2) pluralidade de pessoas; (3) definição de obrigações recíprocas; (4) finalidade econômica; e (5) partilha dos resultados.

Essa relação jurídica que une as pessoas (físicas ou jurídicas) que manifestaram vontade de contrair sociedade uma com as outras pode ser chamado de vínculo societário, para o qual se faz necessário o *affectio societatis*, segundo MAMEDE (2017, p. 75). Acrescenta o mesmo autor:

A contratação da sociedade exige comprometimento de seus sócios, não apenas com o cumprimento das cláusulas avençadas, mas igualmente um comportamento compatível com a constituição de uma coletividade com objetivos econômicos. Isso demanda atenção ao conjunto de princípios jurídicos aplicáveis ao Direito Societário. Entre tais princípios, destaca-se o *affectio societatis*.

O princípio citado acima pelo doutrinador, traduzido como afeição societária, não constitui uma afeição emocional, mas sim a vontade de contratar e manter uma sociedade (Idem, *ibidem*). Em algumas sociedades, essa afeição tem relevância vertiginosamente superior a outras. Ensina André Luiz Santa Cruz Ramos (2014, p. 230):

Em algumas sociedades, a figura pessoal do sócio tem uma importância muito grande – a *affectio societatis*, ou seja, o “vínculo psicológico” que une os sócios é muito intenso – exercendo papel de relevo no próprio sucesso do empreendimento. **Nessas sociedades, portanto, a entrada de uma pessoa estranha ao quadro social pode afetar seriamente o destino da empresa.** Já em outras sociedades, em contrapartida, a figura pessoal dos sócios não tem importância quase nenhuma, importando, na verdade, apenas a contribuição que o sócio dá ao capital social (Grifou-se).

As sociedades de pessoas geralmente se confundem com as sociedades contratuais, embora suas definições não sejam indissociáveis, assim como as sociedades de capital guardam relação com as sociedades institucionais, como assevera o mesmo autor (Idem, p. 229):

Atualmente, não se pode mais afirmar categoricamente que toda sociedade limitada é uma sociedade de pessoas e, tampouco, que

toda sociedade anônima é uma sociedade de capital. A doutrina contemporânea defende que sociedades limitadas podem assumir feição capitalista, da mesma forma que sociedades anônimas podem assumir feição personalista.

Como este estudo tem por objeto quotas sociais, especificamente os requisitos e procedimento para que sejam penhoradas de acordo com o atual código de processo civil, será tratado somente das sociedades de pessoas.

Observa-se, dessa forma, que a qualidade pessoal do sócio pode influenciar no interesse comum em contrair sociedade, daí se extrai a relevância da pessoa do sócio para o sucesso da atividade empresarial.

Afinal, em uma sociedade empresária na qual o desenvolver das atividades dependa do esforço e das características pessoais do sócio, é previsível que a alteração do quadro societário seja danosa para o empreendimento como um todo.

Tais apontamentos mostram-se pertinentes à medida que a penhora de quotas pode resultar no ingresso de pessoa estranha à sociedade, situação delicada que não pode ocorrer sem a expressa anuência dos outros sócios, como será dito em tópico oportuno.

Quotas sociais

A exploração de qualquer negócio pressupõe a alocação de recursos, financeiros ou humanos, como é sabido. O Direito Brasileiro exige a subscrição de bens para a formação do capital social, o que propicia maior segurança no empreendimento. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 578):

Se duas pessoas contratam a formação de uma sociedade, o ponto central do acordo de vontades por elas expresso é a de organizarem juntas a empresa. **Cada contratante assume, perante o outro, a obrigação de disponibilizar, de seu patrimônio, os recursos que considerar necessários ao negócio que vão explorar em parceria.** Quer dizer, ele tem de cumprir o compromisso, contraído ao assinar o contrato social, de entregar para a sociedade, então constituída, o dinheiro, bem ou crédito, no montante contratado com os demais sócios. **Na linguagem própria do direito societário, cada sócio tem o dever de integralizar a quota do capital social que subscreveu.** (Destacou-se).

As quotas se traduzem, portanto, no em partes do percentual do capital social detido por cada sócio, segundo determinação expressa do Código Civil, que assim prevê: “Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio” (BRASIL, Lei nº10.406/02.). Afirma GUSMÃO apud MENDONÇA (2003, s/p.):

Carvalho de Mendonça entende que a natureza jurídica da cota deve ser vista sob um duplo aspecto: o de direito patrimonial e o de direito pessoal. O direito patrimonial confere ao sócio o direito de participar dos lucros sociais e da partilha quando da dissolução da sociedade. O direito pessoal é o que atribui ao sócio esta condição, conferindo-lhe direitos inerentes ao seu status

Esse percentual do capital social não necessariamente será idêntico para cada um dos sócios⁶, mas, via de regra, será proporcional à sua participação nos lucros e nas perdas, salvo estipulação em contrário⁷.

O contrato social definirá quantas quotas o capital daquela sociedade terá, de forma que, normalmente, é possibilitado ao sócio a aquisição de múltiplas quotas que, somadas, representarão a totalidade da sua participação social. Na lição de MAMEDE (2017, p. 51)

O capital social definido pelos sócios será dividido em quotas, em partes. O contrato definirá quantas são essas partes e qual o seu valor, sendo obrigatório, por óbvio, que o somatório do valor de todas as partes seja igual ao valor do capital da sociedade [...]. Ademais, o contrato deverá especificar a correspondência entre as quotas e os sócios, ou seja, determinar a titularidade de cada quota.

Analisando-se as cotas sob uma ótica civilista, é relevante trazer à tona que estas são consideradas bens móveis para fins de Direito, se encaixando perfeitamente na definição dada pelo art. 83, III do Código Civil de 2002:

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou

6. Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio. BRASIL, Lei nº10.406/02.

7. “Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas”. Idem, ibidem.

de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações (Grifou-se).

Como direito pessoal com expressividade patrimonial que é, natural que seja lícita a alienação de quotas, que deverá ser tratada como cessão, por sua natureza jurídica:

Entre vivos, a transferência faz-se por cessão (art. 1.057 do Código Civil). Se o cessionário é outro sócio, a transferência independe de *audiência* dos demais sócios, ou seja, dispensa-se não apenas a concordância (anuência), mas mesmo a consulta (audiência) aos demais sócios. Justamente por isso, a indispensável alteração contratual correspondente não poderá ser obstada pelos demais sócios (art. 1.071, V). (MAMEDE, 2017, p. 218).

Surge dúvida, a princípio, quanto a cessão de quota a terceiro, estranho ao quadro societário, o que encontraria óbice na necessidade de respeito ao princípio do *affectio societatis*. O Código Civil Vigente traz solução para o problema:

Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, **ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.**

Parágrafo único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes. (Destacou-se).

O enquadramento legal como bem móvel é o que dá lastro para as quotas societárias figurarem no rol de bens penhoráveis do Código de Processo Civil. Não fosse a sua natureza jurídica de bem alienável, impossibilitada estaria a incidência de tutela jurisdicional satisfativa de débito sobre as quotas.

Dissolução das sociedades de pessoas

Superados os conceitos de vínculo societário e quotas sociais, cumpre traçar um breve panorama sobre as hipóteses de dissolução das sociedades de pessoas, já que a penhora de quotas sociais por dívida particular do sócio é uma forma de dissolução parcial da sociedade.

Prefacialmente, faz-se pertinente lembrar que apenas nos interessa a dissolução das sociedades de pessoas, cuja diferença com a sociedade de capital já foi explicada. Isso porque, embora não haja muita divergência entre o procedimento de dissolução dos dois tipos, o vínculo que se dissolve é totalmente distinto. Nas palavras de COELHO (2012, p. 412):

Não há diferenças de fundo entre os respectivos regulamentos. As concepções básicas são as mesmas: um ato formal, dos sócios ou do juiz, marca claramente o início do procedimento; segue-o a solução das pendências obrigacionais da sociedade (a liquidação); por fim, reparte-se entre os sócios o patrimônio remanescente. Essa é a estrutura geral dos dois regimes. As diferenças se ligam à natureza dos vínculos societários que se desfazem.

Além disso, vale recordar que o conceito de quotas sociais, tecnicamente falando, está adstrito a sociedades contratuais, enquanto nas sociedades institucionais (que via de regra são “de capital”) se tem a figura das “ações” (RAMOS, 2014, p. 287).

A dissolução pode ser entendida como o “procedimento de terminação da personalidade jurídica da sociedade empresária” (COELHO, 2012, p. 412), que abrange três fases: “a dissolução (ou fato desencadeante), a liquidação (solução de pendências obrigacionais da sociedade) e a partilha (repartição do acervo entre os sócios).” (Idem, *ibidem*).

As hipóteses de dissolução da sociedade limitada são as mesmas que as da sociedade simples, com exceção da falência, que é processo privativo das sociedades empresárias, grupo esse no qual não se encaixam as sociedades simples. Portanto, no Código Civil de 2002 lê-se:

Art. 1.044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também

pela declaração da falência⁸.

Art. 1.087. A sociedade dissolve-se, de pleno direito, por qualquer das causas previstas no art. 1.044⁹.

É relevante distinguir a dissolução total da dissolução parcial. Por mais que o Código Civil não utilize as nomenclaturas citadas¹⁰, a doutrina costuma classificar a dissolução total como a plena extinção da sociedade, e a parcial como a mera saída de um ou mais sócios, com a continuação do empreendimento por sócios remanescentes, de modo que a sociedade continua a existir. Segundo NICOLI (2012, s/p.):

Sendo a dissolução total, ocorrerá o encerramento de sua fase ativa, dando-se início a uma espécie de “preparação para a morte”. Sendo a dissolução parcial, liquida-se a quota do sócio, preservando-se a empresa em virtude de sua função social.

São várias as causas de dissolução total da sociedade, algumas delas previstas nos arts.1.033 e 1.034 do CC/02 (relativas às sociedades simples, mas que são válidas também para a maioria das sociedades contratuais, como a limitada), que não serão objeto de estudo profundo, mas que convém citar:

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II - o consenso unânime dos sócios;

III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando:

I - anulada a sua constituição;

II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecutibilidade.

Art. 1.035. O contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas.

8. Trata-se da sociedade em comandita simples.

9. O artigo em questão se encontra no Capítulo IV, Seção VIII, que trata das sociedades limitadas.

10. A dissolução total é tratada simplesmente como “dissolução” (art. 1.033, por ex.), e a parcial é chamada de “resolução da sociedade em relação a um sócio” (art. 1.028 a 1.032).

Voltando-se para a dissolução parcial, temos que suas hipóteses sempre levam em conta a continuidade da sociedade. A saída de um sócio, seja por que motivo se der, não deve implicar necessariamente na cessação das atividades empresariais.

Até mesmo no caso de se permanecer na sociedade apenas um sócio, é possível sua conversão em Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), o que deverá ser requerido à Junta Comercial competente (art. 980-A, § 3º e art. 1.033, parágrafo único do Código Civil).

São casos de dissolução parcial (ou resolução da sociedade em relação a um sócio, segundo a linguagem empregada pelo legislador de 2002): a morte de sócio (art. 1.028 do Código Civil), sem aceitação de herdeiro (s), retirada de sócio (art. 1.029) e exclusão de sócio (art. 1.029) e penhora e arrematação de quota de sócio (arts. 1.026 e 1.030) (MA-MEDE, 2017, p. 100).

Este último deverá ser sempre tratado como um mecanismo extraordinário de satisfação do crédito, operado somente diante da inexistência de outros bens penhoráveis, considerando sua potencial lesividade para a continuidade da empresa.

Penhora de quotas no CPC/73

Como dito anteriormente, as quotas sociais são bens móveis, por constituírem direitos, via de regra, não personalíssimos e de valor econômico apreciável, o que as torna passíveis de sofrer constrição judicial em processos de execução, ou até mesmo adjudicação, preenchidos os requisitos legais.

Adentrando a seara processual, especificamente tutelas expropriatórias em processos de execução e cumprimento de sentença, vale citar os conceitos de VERAS (2013, p. 691):

Penhora é o ato de individualização de determinado bem do patrimônio do devedor que passa a sujeitar-se diretamente à execução. Com a penhora, a execução deixa uma condição abstrata (responsabilidade patrimonial: a totalidade do patrimônio responde pela satisfação do débito) e passa a uma condição concreta, com a determinação exata de qual bem será futuramente expropriado para a satisfação do direito do exequente.

Ou seja, voltando-se para o objeto em análise, tem-se que a penhora, num primeiro momento, apenas levaria a uma individualização do bem, no caso, das quotas sociais, não implicando, de imediato, na expropriação daquele.

É de se esperar, entretanto, que em determinado momento o bem seja expropriado¹¹, passando da esfera patrimonial do sócio, o que implica na sua exclusão da sociedade (alienadas todas as suas quotas). Conforme já comentado em parágrafo anterior, aí reside o impasse, que já foi objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial (COSTA, 2018, s/p):

A possibilidade de expropriação forçada pela penhora de quotas das sociedades personificadas, dentro do processo executivo, é uma questão que remonta o Código de Processo Civil de 1939 e o Código Comercial de 1850. No passado, haviam divergências entre os estudiosos no tocante a constrição do patrimônio do sócio recair sobre as quotas sociais da empresa. Hoje a sua constrição é admitida em decorrência da valoração econômica que se pode atribuir à quota social e do devedor responder com todo o seu patrimônio pelas suas dívidas.

A penhora de quotas para satisfação de dívidas da própria sociedade não é objeto de controvérsias, e nem poderia ser, pois o capital social responde pelas dívidas contraídas pela sociedade, o que é inerente ao exercício da atividade empresarial. Nas palavras de ALVES e RAMALHO (2016, s/p.):

A possibilidade de penhora de quotas do capital da sociedade pelos credores sociais nunca foi questionada pela doutrina ou na jurisprudência, em razão da capacidade da pessoa jurídica para o exercício de direitos e assunção de obrigações. A autonomia patrimonial decorrente da aquisição da personalidade jurídica confere à sociedade o dever de honrar seus compromissos perante os credores e, em caso de insucesso, as quotas – por integrarem o patrimônio social – devem servir ao pagamento. Ao contrário, a possibilidade de penhora de quotas para satisfazer os credores particulares de sócio é um dos temas mais instigantes no direito societário e onde se verificou importante evolução do princípio da *affectio societatis* para permitir a entrada de estranho na sociedade, mesmo forçada.

11. Por meio de adjudicação (art. 876) ou alienação (art. 879, ambos do CPC/2015).

Nessa esteira, por determinado período de tempo, discutiu-se acerca da (im)penhorabilidade de quotas por dívida particular do sócio. Atualmente, não há mais controvérsia, tendo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça se manifestado diversas vezes sobre o tema. Em 2002, a posição do Tribunal era a de que as quotas são penhoráveis, desde que não haja impedimento de alienação no contrato social:

Sociedade de Responsabilidade Limitada. Dívida de Sócio. Penhora de Quotas. As quotas, em princípio, são penhoráveis. Havendo, entretanto, cláusula impeditiva, cumpre respeitar a vontade societária, preservando-se a affectio societatis, que restaria comprometida com a participação de um estranho não desejado. Recurso conhecido e provido (REsp nº 148.497/MG, 3ª Turma, j. 15.12.2000, DJ 29.04.2002, p. 241) (STJ, 2002, on-line)

Contudo, a evolução jurisprudencial culminou na permissão da constrição judicial de quotas societárias mesmo havendo disposições proibitivas de alienação no contrato social. Assim decidiu o STJ em 2015:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.482.149 - SP (2014/0209800-1)
RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO RECORRENTE : RAI DE SOL PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA
ADVOGADO : ANTÔNIO GUIMARÃES MORAES JUNIOR E OUTRO (S) RECORRIDO : CREDI SHOP S/A ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO
ADVOGADO : REGINALDO NUNES WAKIM E OUTRO (S) INTERES. : ZACARIAS TRANSPORTES LTDA RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE QUOTAS SOCIAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO [...] Esta Corte já firmou entendimento que é possível a penhora de quota social, inclusive, a previsão contratual de proibição à livre alienação das quotas de sociedade de responsabilidade limitada não impede a penhora de tais quotas para garantir o pagamento de dívida pessoal de sócio. Isto porque, referida penhora não encontra vedação legal e nem afronta o princípio da affectio societatis, já que não enseja, necessariamente, a inclusão de novo sócio. [...] 3.- Agravo improvido. (AgRg no AREsp 231.266/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado em 14/5/2013, DJe 10/6/2013) Tendo em vista os precedentes supramencionados, é forçosa a aplicação da Súmula 83/STJ. Ante o exposto, NEGOU SEGUIMENTO ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília,

lia, 20 de abril de 2015. Ministro MOURA RIBEIRO Relator (STJ - REsp: 1482149 SP 2014/0209800-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Publicação: DJ 29/04/2015) (Destacou-se).

Superada a questão jurisprudencial, passemos a analisar a evolução legislativa, com foco nos dois códigos citados. O CPC/73 foi modesto na regulamentação do assunto. Tanto é que não é possível encontrar grandes comentários sobre o tema, sob a ótica estritamente processual, na literatura especializada antes da promulgação do CPC/2015.

As quotas sociais foram incluídas expressamente no rol de bens penhoráveis, ocupando o sexto lugar na ordem de preferência instituída pelo art. 655¹², mas apenas em 2006, pela inclusão do inciso correspondente pela Lei nº 11.382.

Também incluído pela mesma lei, o art. 685¹³, que trata da adjudicação¹⁴ dos bens penhorados ao credor como forma de pagamento, prevê o direito de preferência dos demais sócios, que devem ser intimados para tanto. Há lacuna, porém, quanto à necessidade ou não de aceitação por parte dos demais sócios.

Ou seja, não se sabe se, não exercendo os demais sócios o direito de preferência e adquirindo as quotas do devedor, poderia o credor ingressar no quadro societário. Existe disposição no CC/02 que quase preenche a lacuna, prevendo a dissolução parcial da sociedade e liquidação das quotas do sócio devedor, a pedido do credor estranho à sociedade:

Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação. Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação (BRASIL, Lei nº13.105).

12. Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

[...]

VI - ações e quotas de sociedades empresárias; (BRASIL, Lei nº 5.869/73).

13. Art. 685-A. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

[...]

§ 4º No caso de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios. (Idem).

14. Adjudicação é uma das formas de expropriação de bens do devedor para satisfazer direito do credor, ao passo que a adjudicação dos bens penhorados é uma forma de pagamento ao credor (GUIMARÃES, 2006, P. 52).

Embora o artigo supracitado fosse mais específico que o CPC então em vigor, restava ainda a seguinte dúvida: a previsão legal constituía faculdade do credor, que não tinha interesse em assumir a posição de sócio, ou poderia a sociedade impor que assim fosse feito, obstando o ingresso de estranho e preservando o *affectio societatis*.

Penhora de quotas no CPC/2015

Pois bem, em se tratando, finalmente, da legislação processual vigente, diversos apontamentos são dignos de nota. Antes de tudo, o art. 835¹⁵, que estabelece a ordem legal de preferência, coloca as quotas na décima primeira posição, diferente da sexta posição ocupada na antiga lei.

O artigo responsável por descrever o procedimento de penhora de quotas é o 861, que se divide em parágrafos, e ocupa a Subseção VII, da Seção II, do Capítulo IV do Título II, do Livro II da Lei nº 13.105/2015. Seu *caput* e primeiros incisos tratam do prazo a ser fixado pelo Juízo para que a sociedade execute determinadas tarefas, *in literis*:

Art. 861. Penhoradas as quotas ou as ações de sócio em sociedade simples ou empresária, o juiz assinará prazo razoável, não superior a 3 (três) meses, para que a sociedade:

- I - apresente balanço especial, na forma da lei;
- II - ofereça as quotas ou as ações aos demais sócios, observado o direito de preferência legal ou contratual;
- III - não havendo interesse dos sócios na aquisição das ações, proceda à liquidação das quotas ou das ações, depositando em juízo o valor apurado, em dinheiro.

Interessa consignar que, ao que a leitura indica, o legislador preferiu dar importância à liquidação das quotas, sem tratar, de início, de possível adjudicação e conseqüente ingresso do credor na sociedade em substituição ao devedor.

O direito de preferência, cujo exercício já havia sido contemplado pela legislação revogada, permanece. A diferença é que, no atual código, preocupou-se em estabelecer um pequeno rito, a fim promover maior

15. Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

[...]

IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias; (BRASIL, Lei nº 13.105).

organização ao processo. Conforme ensina o saudoso jurista Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 732):

Em concorrência, porém, com a sociedade, em caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, penhorada em execução por dívida pessoal do sócio, a preferência legal é dos outros sócios (876, § 7º), ou, na omissão destes, será da própria sociedade (art. 861, § 1º). Essa preferência garantida pelo NCPC tem o objetivo de permitir que a empresa consiga “manter em seus quadros uma homogeneidade. societária, evitando-se o ingresso de terceiros na sociedade”.

Ao exequente cabe o dever de requerer a “intimação da sociedade, no caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, para o fim previsto no art. 876, § 7º” (art. 799, VII do CPC/2015).

O art. 861 vai ainda além, com previsões que, ao nosso ver, são favoráveis à sociedade, já que permitem a nomeação de um administrador judicial para aprovar a forma de liquidação, e ainda autoriza a ampliação do prazo do *caput* em certas hipóteses:

§ 1o Para evitar a liquidação das quotas ou das ações, a sociedade poderá adquiri-las sem redução do capital social e com utilização de reservas, para manutenção em tesouraria.

§ 2o O disposto no caput e no § 1o não se aplica à sociedade anônima de capital aberto, cujas ações serão adjudicadas ao exequente ou alienadas em bolsa de valores, conforme o caso.

§ 3o Para os fins da liquidação de que trata o inciso III do caput, o juiz poderá, a requerimento do exequente ou da sociedade, nomear administrador, que deverá submeter à aprovação judicial a forma de liquidação.

§ 4o O prazo previsto no caput poderá ser ampliado pelo juiz, se o pagamento das quotas ou das ações liquidadas:

I - superar o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação; ou

II - colocar em risco a estabilidade financeira da sociedade simples ou empresária.

§ 5o Caso não haja interesse dos demais sócios no exercício de direito de preferência, não ocorra a aquisição das quotas ou das ações pela sociedade e a liquidação do inciso III do caput seja excessivamente onerosa para a sociedade, o juiz poderá determinar o leilão judicial das quotas ou das ações.

Em caso de superação do valor do saldo de lucros ou reservas, poderá o juiz deferir a ampliação do prazo de 3 meses. O mesmo vale para quando a aquisição das quotas pelos demais sócios ofereça risco à estabilidade financeira da sociedade.

Apenas em último caso, no § 5º, foi mencionada a possibilidade de determinação de leilão judicial das quotas, o que demonstra a intenção do legislador de que assim se proceda somente de forma subsidiária. Pertinente é o comentário de Luiz Alberto Reichelt (2015, p. 611/612):

A terceira possibilidade a ser aventada, que é de aplicação subsidiária e que tem sua aplicação condicionada ao fato de a liquidação das quotas ou ações se revelar excessivamente onerosa para a sociedade, é a realização de leilão judicial, na forma do art. 861, § 5º. Essa alternativa, contudo, resta possível exclusivamente em se tratando de aquisição das quotas de modo que não se quebre o vínculo pautado na *affectio societatis*.

Por último, valer fazer menção ao art. 876, § 7º, situado na Subseção referente à adjudicação. Seu *caput* prevê ser lícito ao exequente requerer a adjudicação dos bens penhorados, oferecendo valor não inferior ao da avaliação. Novamente se encontra o intérprete em um impasse, que ainda não foi sanado, já que o § 7º prevê:

§ 7º No caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada realizada em favor de exequente alheio à sociedade, esta será intimada, ficando responsável por informar aos sócios a ocorrência da penhora, assegurando-se a estes a preferência.

Ora, se é facultado ao exequente adjudicar para si as quotas penhoradas, devendo apenas informar aos sócios a ocorrência da penhora e a eles assegurando o direito de preferência, o que acontece se os sócios não tiverem interesse em adquirir as quotas do devedor, ou não tiverem condições? Poderá o credor ingressar na sociedade?

Entende-se que seria caso de incidência do mandamento estampado no art. 861, III, ou seja, liquidar-se-ia as quotas, e o valor correspondente seria repassado ao credor, com a consequente redução do capital social, a não ser que a sociedade optasse por permitir o ingresso do credor ao quadro societário.

Insta frisar, por derradeiro, que o STJ ainda não decidiu sobre o tema na vigência do novo código. Em época pretérita, já prevaleceu o entendimento de que, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, dever-se-ia facultar à sociedade remir a execução, assegurando-se o credor ao direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade (RESP 221.625/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi).

Ainda, o curto tempo de vigência do código não possibilitou à doutrina desenvolver grandes estudos tendo como cerne o ingresso compulsório do credor como sócio, mantendo-se uma lacuna quanto a isso.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a penhora de quotas da sociedade limitada por dívida pessoal do sócio é possível, porque não encontra óbice no ordenamento jurídico vigente, mormente no CPC/2015, objeto do estudo. Embora o código atual não faça distinção entre dívidas do sócio e dívidas da sociedade, o Superior Tribunal de Justiça é pacífico quanto a essa possibilidade.

Chegou-se também à conclusão de que, nas sociedades de pessoas, a figura do *affectio societatis* deve sempre ser levada em consideração na hora de proceder à penhora de quotas, devendo o Juiz deferir a medida apenas em último caso, com vistas a primar pela continuidade e preservação da empresa.

No caso de efetivada a penhora, há de ser observado o direito de preferência que desde a legislação revogada era conferido à sociedade e aos demais sócios, que podem adquirir as quotas do executado.

Por último, vale deixar a observação de que nem todas as lacunas envolvendo esse assunto, que sempre intrigou a doutrina, foram preenchidas pelo código de 2015. A possibilidade de ingresso forçado do exequente na sociedade continua duvidosa, e nos afluamos ao pensamento de que tal hipótese não é compatível com as sociedades de pessoas, nas quais a qualidade pessoal do sócio é muito mais relevante do que nas sociedades de capital, devendo ser realizada a liquidação das quotas do devedor, para pagamento do exequente.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, 2015.

BRASIL, Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, Brasília, DF, 1973

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Brasília, DF, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 1. Teoria Geral do Direito Civil – 29. ed.** São Paulo: Saraiva, 2012, 622 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial – 26. ed.** São Paulo: Saraiva, 2014, 522 p.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias, volume 2 – 9. ed. rev., atual., e ampl.** São Paulo: Atlas, 2017, 531 p.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado – 4. ed. rev., atual., e ampl.** São Paulo: Método, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de empresa, vol. 2 – 16. ed.** São Paulo: Saraiva, 2012, 713 p.

GUSMÃO, Mônica. Penhora de Cota. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, 2003.

NICOLI, Leopoldo da Cunha. **A resolução da sociedade limitada em virtude do falecimento de um sócio: um embate entre o direito das sucessões e o direito de empresa.** Dissertação (Mestrado) – FDMC. Nova Lima, p. 82. 2012

VERAS, N. A. et al. **Manual de Direito Processual Civil – 1. ed.** Campo Grande: Complementar, 2013, 947 p.

COSTA, Juliana de Castro. Penhora de quotas sociais: análise e comentários das decisões dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul. **Jus.** 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/64741/penhora-de-quotas-sociais-analise-e-comentarios-das-decisoes-dos-tribunais-de-justica-de-sao-paulo-parana-e-rio-grande-do-sul>> Acesso em 18 de julho de 2018, às 22:01.

ALVES, Alexandre Ferreira Assumpção; RAMALHO, Matheus Souza. Penhora de quotas por dívida particular de sócio: evolução histórico-legislativa e jurisprudencial. **Revista Brasileira de Direito Empresarial – Curitiba**, v. 2 , n. 2, 2016.

STJ. RECURSO ESPECIAL: nº 148.497/MG, 3ª Turma, julgado em 15.12.2000, disponível no DJ 29.04.2002, p. 241.

STJ. RECURSO ESPECIAL: 1482149/SP 2014/0209800-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Publicação: DJ 29/04/2015. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184269103/recurso-especial-resp-1482149-sp-2014-0209800-1/decisao-monocratica-184269113?ref=serp>> Acesso em 19 de julho de 2018, às 20:30.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006, 544 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III – 47. ed., rev., atual., e ampl.** Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1544 p.

BRASIL, Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Rio Grande do Sul. **Novo Código de processo civil anotado**. Porto Alegre, OAB RS, 2015, 840 p.

STJ. RECURSO ESPECIAL: nº 221.625/SP, 3ª Turma, julgado em 07.12.2000, disponível no DJ 07.05.2001, p. 138.



O AGRAVO DE INSTRUMENTO NAS DECISÕES QUE VERSAM SOBRE COMPETÊNCIA

Israel Longen

RESUMO. O novo código de processo civil trouxe mudanças significativas para o agravo de instrumento. Antes utilizado para recorrer de toda decisão interlocutória lesiva, hoje seu cabimento é taxativo através do rol do art. 1.015, o que não abarca expressamente a decisão que versa sobre competência, a qual se equivocada é extremamente lesiva. Para sanar tal problema deve ser utilizada a interpretação extensiva, já que neste rol há hipótese que trata de matéria semelhante à competência, e caso não seja aplicada esta técnica tal recurso padecerá de vícios quanto a sua operabilidade e trará ineficiência ao processo.

PALAVRAS-CHAVE: Novo código de processo civil. Agravo de instrumento. Competência. Eficiência. Interpretação extensiva.

ABSTRACT. The new civil process code brought significant changes to the interlocutory appeal. Previously used to appeal against any injurious interlocutory decision, today its content is exhaustive through the role of article 1.015, which does not expressly encompass the competence decision, which if misleading is extremely damaging. In order to remedy such a problem, extensive interpretation must be used, since in this role there is a hypothesis that deals with matter similar to competence, and if this technique is not applied, this resource will suffer from vices as to its operability and will bring inefficiency to civil proceedings.

KEY WORDS: Procedural code. Interlocutory appeal. Competence. Efficiency. Extensive interpretation.

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil trouxe substanciais mudanças para o direito brasileiro, tendo em vista principalmente as novas neces-

sidades processuais, como, por exemplo, o processo virtual. Entretanto as mudanças ocorridas no novo agravo de instrumento não demonstram total eficiência, principalmente no que tange a criação de um rol taxativo de hipóteses para cabimento do recurso, que impede a impugnação de várias decisões interlocutórias urgentes que não constam nessa lista do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

Considerando que as decisões erradas sobre competência podem causar verdadeiros prejuízos à parte e que tal matéria não está expressamente disciplinada no referido rol do art. 1.015 há inegável lesão infligida à parte por este impedimento. E há maior lesão ainda por haver inciso que disciplina caso semelhante às decisões de competência – art. 1.015, III, do CPC/15 – bem como a atual jurisprudência demonstrando resistência em sua aplicação, devendo aqui lembrar que o processo existe para solucionar conflitos e não os gerar (MEDINA, 2011).

A metodologia utilizada se pauta principalmente na pesquisa bibliográfica, sendo demonstrada a técnica da interpretação extensiva e a possibilidade de ser aplicada, diferenciando-a de instituto semelhante e não aplicável: a analogia. Também há a comparação dos principais códigos processuais brasileiros, evidenciando-se a falibilidade de algumas características outrora realizadas pelo legislador, como o rol restritivo e/ou taxativo para interposição do recurso em 1939 e 2015, e problemas por impugnação generalizada *versus* número de processos nos Tribunais, e aqui se fala no código processualista de 1973.

Assim, tem-se como objetivos listar os problemas e soluções de outras épocas e possibilitar a análise da efetividade no sistema atual, bem como demonstrar a função do agravo de instrumento, sua finalidade, suas hipóteses de cabimento, e ainda a falibilidade e não operabilidade quanto à nova sistemática para a decisão equivocada sobre competência, demonstrando então a necessidade de uma solução para tais casos, qual seja a impugnação de tais decisões através do agravo de instrumento utilizando-se a interpretação extensiva sobre o inciso III do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, atentando ao direito de igualdade.

2 DO ESTUDO COMPARADO NOS CÓDIGOS DE 1939, 1973 E 2015

Deve-se fazer o estudo comparado do agravo de instrumento entre as últimas codificações demonstrando assim sua finalidade e necessidade de utilização contra decisões que contenham *periculum in mora*, independente da matéria que a decisão impugnada verse, bem como demonstrando que a atual codificação deixa o jurisdicionado desprovido de medidas que assegurem tais direitos urgentes.

2.1 O agravo de instrumento no código de 1939

A impugnação de decisões interlocutórias sempre foi um problema do direito brasileiro. O código de 1939 foi o primeiro que previu expressamente tal instituto em um conjunto de normas que não estavam mais esparsas, mas em um só documento (POITTEVIN, 2008).

O código de 1939 previa três espécies de agravo: o agravo nos autos do processo, o de instrumento e o de petição. Para processos extintos sem julgamento de mérito utilizava-se o agravo de petição, porém tal instituto foi substituído pela apelação cível, sendo o recurso correto para qualquer sentença (POITTEVIN, 2008). O agravo de instrumento do CPC/39 era parecido com o atual, e o agravo nos autos do processo do CPC/39 era semelhante ao agravo retido do CPC/73 (NERY JR., 2016).

O código de processo civil de 1939 tratava do agravo de instrumento no art. 842, e esse recurso possuía um rol de hipóteses para cabimento, dentre eles destacando-se o inciso II que tratava da incompetência, o que não ocorre de modo expreso hodiernamente: “Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: [...] II, que julgarem a exceção de incompetência; [...]” (BRASIL, 1939, on-line).

A principal crítica feita na época foi a irrecorribilidade de hipóteses não previstas no rol supracitado, e por este motivo foram desenvolvidas soluções parciais, verdadeiros remendos processuais, o que resultou em desordem do processo civil. Nesse sentido:

Como muitas decisões interlocutórias não se encontravam nos mencionados dispositivos legais, inclusive a mais importante de-

cisão interlocutória do sistema processual (despacho saneador), sobrevieram os institutos da correição parcial e da reclamação para os casos em que as decisões eram irrecorríveis, mas com potencialidade de causar grave prejuízo à parte. Demais disso sobreveio a utilização do MS [Mandado de Segurança] como sucedâneo de recurso. Reinava verdadeira balbúrdia no sistema processual, por conta da irrecorribilidade de parte considerável das interlocutórias. Atento a essa experiência, o CPC/1973 previu a recorribilidade de todas as interlocutórias, ao determinar que, da decisão interlocutória (CPC/1973 162 § 2.º) caberia agravo (CPC/1973 522). (NERY JR., 2016, p. 2232).

A experiência de 1939 demonstra que ocorrerão novamente os mesmos problemas às partes, já que o atual agravo de instrumento também se utiliza de rol taxativo para cabimento do recurso. Inclusive o sistema corre risco de autossabotagem no sentido de restringir os recursos das partes de tal maneira que elas utilizem outras medidas equivocadas na tentativa de sanar os problemas experimentados, causando nova bagunça no Poder Judiciário, ou nas palavras de Nery Jr.:

Com o sistema do CPC 1015 houve involução na recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. A opção incorreta do legislador não levou em conta a experiência negativa que esse tipo de previsão (agravo casuístico em hipóteses taxativas) trouxe ao processo civil brasileiro com o CPC/1939. (NERY JR., 2016, p. 2233).

Fica nítido que o legislador se esqueceu desta experiência, demonstrando assim um retrocesso imensurável. A decisão errada, seja qual for a matéria, porém que contenha urgência, causa problemas, devendo ser solucionada de maneira eficiente e rápida.

2.2 O agravo de instrumento no código de 1973

Leciona Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 543b) que “no Código Buzaid, o agravo era gênero no qual ingressavam duas espécies: o agravo retido e o agravo de instrumento. Toda e qualquer decisão interlocutória era passível de agravo suscetível de interposição imediata por alguma dessas duas formas”.

O recurso estava previsto no art. 522 e não apresentava nenhum rol taxativo para interposição, mostrava-se apenas como a exceção ao agravo retido, que era a regra. Imperava, portanto, “dois regimes, o de retenção nos autos e o de instrumento, o qual tem subida imediata. Ambas as modalidades cabiam contra as decisões interlocutórias, indistintamente, variando de forma, segundo a natureza da decisão e conveniência da parte” (CORRÊA apud Poittevin, 2008, p. 27). Logo, era a parte - ou seu patrono - que dispunha do direito de escolha sobre a modalidade do recurso, valendo-se para essa escolha do elemento urgência.

Essa abrangência de impugnação foi a solução adotada para resolver os problemas anteriores já mencionados, de irrecorribilidade e da desordem processual, assim a redação do agravo de instrumento de 1973 era a seguinte:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (BRASIL, 1973, on-line).

Justamente pela abrangência da interposição deste recurso, e também pelo fato de poder ser interposto várias vezes no mesmo processo, que se tornou o mais utilizado pelo jurisdicionado, trazendo consequente aumento na demanda dos Tribunais. A escolha massiva era a via por instrumento, pois a parte prejudicada sempre considerava a decisão contrária aos seus interesses como lesiva e dotada de urgência. Conforme Nelson Nery Jr.:

[A] cultura demandista existente no Brasil fez com que a recorribilidade pelo agravo, no sistema do CPC/1973, atingisse proporções numéricas bastante significativas, quase que paralisando a atividade jurisdicional nos tribunais. Essa é a razão pela qual o CPC prevê, agora, agravo de instrumento apenas em algumas hipóteses, taxativamente enumeradas no CPC 1015. (NERY JR., 2016, p. 2232-2233).

Portanto, o agravo de instrumento de 1973 veio solucionar problemas de irrecorribilidade e baderna processual criados em 1939, mas

criou problemas quanto ao número de demandas nos Tribunais. Destarte, se há oportunidade demasiada para impugnação de decisões os Tribunais padecem e praticamente paralisam sua atividade em detrimento das interlocutórias, mas também se há restrição demasiada das hipóteses de cabimento prejudica-se o ataque a decisões equivocadas que causam lesão, e que necessitam de urgência para reforma.

2.3 O agravo de instrumento no código de 2015

O agravo de instrumento encontra-se disposto no art. 1.015 do CPC/15 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), *in verbis*:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. (BRASIL, 2015, on-line).

O agravo de instrumento do CPC/15 é o único agravo atualmente, extinguindo-se o agravo retido. Acrescentou-se um rol de hipóteses para seu cabimento e toda matéria fora deste rol tem recorribilidade diferida, ou seja, segue o trâmite do agravo retido sem a necessidade da interposição deste, devendo apenas a matéria ser levantada em preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação, conforme artigo 1.009, §1º, do CPC/15, pois não sofrem os efeitos da preclusão (MONTANS, 2016). Nesse sentido complementa Luiz Guilherme Marinoni:

O novo Código alterou esses dois dados ligados à conformação do agravo: o agravo retido desaparece do sistema (as questões resolvidas por decisões interlocutórias não suscetíveis de agravo de instrumento só poderão ser atacadas nas razões de apelação, art. 1.009, § 1.º) e agravo de instrumento passa a ter cabimento apenas contra as decisões interlocutórias expressamente arroladas pelo legislador (art. 1.015). Com a postergação da impugnação das questões decididas no curso do processo para as razões de apelação ou para as suas contrarrazões e com a previsão de rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o legislador procurou a um só tempo prestigiar a estruturação do procedimento comum a partir da oralidade (que exige, na maior medida possível, irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias), preservar os poderes de condução do processo do juiz de primeiro grau e simplificar o desenvolvimento do procedimento comum. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 543-544b).

Assim, alinhando-se o entendimento supracitado com Renato Montans de Sá (2016), há agora dois tipos de decisões, as agraváveis e não agraváveis. Há então um paralelo com as decisões agraváveis e não agraváveis do código atual com as decisões que desafiavam agravo retido e agravo de instrumento de 1973: o extinto agravo retido está para as decisões não agraváveis assim como o de instrumento está para as agraváveis. Não se fala mais em agraváveis por um ou outro recurso, mas se desafiará ou não apenas o agravo de instrumento.

O agravo de instrumento possui semelhanças com ambos os códigos retro comparados, sendo semelhanças legislativas e sistemáticas, o que resultou hoje em um sistema híbrido. Legislativa pois idêntico ao código de 1939 e seu rol de cabimentos, sistemática pois idêntico ao código de 1973, já que o agravo retido está para as decisões interlocutórias não agraváveis e o de instrumento anterior está para as interlocutórias agraváveis no atual sistema.

Evidente que através da técnica legislativa de 1939 o legislador atual esqueceu-se dos problemas criados naquela época, causando problemas ao próprio Poder Judiciário e às partes pela demora, afrontando-se o direito à efetividade e à isonomia. Logo, vislumbra-se um verdadeiro retrocesso processual. Quando o Poder Legislativo decidiu previamente o que poderia ser matéria do agravo de instrumento fez

com que alguns elementos, que eventualmente deveriam ter sido considerados [...], não sejam considerados na descrição legal contida na regra e, com isso, não possam ser considerados pelo aplicador, diante do caso concreto. É o fenômeno da “super-inclusão” ou “sobre-inclusão”: como as regras selecionam elementos a serem considerados, aqueles elementos por elas não selecionados, dependendo da rigidez com que a regra seja compreendida [...], não podem ser considerados no ato de aplicação, o que pode gerar uma solução injusta ou sub-ótima. Seria, por exemplo, o caso de aplicação da regra que proíbe a condução de animais de estimação em veículos de transporte público também para o caso de um cego cuja liberdade de locomoção depende do auxílio de um adestrado e dócil cão-guia. Nessa situação anormal, poder-se-ia afirmar que a hipótese da regra foi além do exigido para sua finalidade. (AVILA, 2009, p. 13).

Portanto estaria o art. 1.015 criando uma situação onde elementos importantes, ou seja, decisões que são urgentes, fiquem de fora da regra, o que causa uma solução imperfeita. Isto é atentar contra a finalidade da lei e sua eficiência.

2.4 A finalidade do agravo de instrumento: o elemento urgência ou *periculum in mora*

Há decisões interlocutórias que têm o elemento urgência. Humberto Theodoro Júnior (2012) leciona sobre a expressão *lesão grave* utilizada em 1973, explicando que é a mesma noção utilizada para as tutelas de urgência. Então se *lesão grave* traz urgência, e urgência traz tutelas de urgência, tem-se que o *periculum in mora* das tutelas de urgência é o mesmo para o agravo de instrumento. Essa é a natureza jurídica do agravo de instrumento e sua finalidade:

Não é diferente o *periculum in mora* no terreno do agravo, já que o propósito do legislador, ao regular o agravo de instrumento e distingui-lo do agravo retido, não foi outro senão o de reservar aquele apenas para as situações em que não pudesse o processo afastar o perigo de dano grave a não ser por via de um recurso célere e dotado de possibilidades expeditas aptas a propiciar uma tutela efetiva ao direito ou interesse da parte. Sem a presença do *periculum in mora*, o recurso de agravo deverá funcionar na modalidade retida,

que é consentânea com o princípio da oralidade e da economia processual, devendo seu julgamento ocorrer em conjunto com a posterior apelação, se vier a ser interposta. Se a apelação não for, a seu tempo, manejada, é porque a parte encontrou satisfação para sua pretensão deduzida em juízo independentemente da solução do agravo. Ele terá perdido sentido e o interesse da parte terá desaparecido. (THEODORO JR., 2012, p. 641).

Ora, a natureza jurídica que a doutrina supramencionada evidencia não é somente para o código de 1973, mas também para os de 1939 e 2015. O agravo de instrumento continua sua função de impugnar decisões que se fundam em urgência.

3 DA LESÃO QUANTO À DECISÃO EQUIVOCADA SOBRE COMPETÊNCIA

Uma decisão equivocada que versa sobre competência pode causar lesão à parte. Isto porque a jurisdição é o poder-dever do Estado de aplicar o direito a determinado caso concreto (MONTANS DE SÁ, 2016) e a competência é a divisão sistêmica dessa jurisdição para saber os limites da aplicação do direito, portanto o direito dito fora da competência não possui validade, eis que fora de seus limites. Complementa tal entendimento Jaeger e Liebman, citados por Nery Júnior:

As regras de competência visam a definir a esfera das atribuições de cada órgão jurisdicional, de sorte que – a partir de critérios diversos – se possa definir aquele que o legislador reputa mais adequado ao exercício daquele mister (Jaeger. DPC², n. 96, p. 231). Competência é o poder que tem o órgão do Poder Judiciário de fazer atuar a função jurisdicional em um caso concreto. É a quantidade de jurisdição atribuída a cada órgão jurisdicional, ou seja, a competência é a medida da jurisdição (Liebman. Manuale, v. I5, n.24, p.49). (JAEGER; LIEBMAN apud NERY JR., 2016, p. 336).

Portanto o órgão incompetente é aquele que não possui jurisdição para atuar, ou seja, não pode aplicar o direito. A competência, conforme Nery Júnior (2016), é classificada em dois grandes grupos: absoluta e relativa:

A competência absoluta é ditada no interesse público, ao passo que a relativa é atribuída tendo em vista o interesse privado das partes. A absoluta é pressuposto processual de validade, não pode ser modificada por vontade das partes (CPC 54, *contrario sensu*), deve ser examinada *ex officio* pelo juiz (CPC 64 §1º); pode ser arguida por qualquer das partes, independentemente de exceção, a qualquer tempo e grau de jurisdição, pois não está sujeita à preclusão; enseja o juízo rescisório (CPC 966 II). A relativa pode ser modificada por convenção das partes (eleição de foro) ou por inércia do réu que não arguiu exceção de incompetência no prazo da lei; não pode ser declarada de ofício pelo juiz (STJ 33), exceto na sistemática do CPC/1973, na hipótese do CPC/1973 112 par.ún.; não enseja nulidade dos atos processuais e nem juízo rescisório. São de competência absoluta: a material e a funcional. São de competência relativa: a territorial e a valor da causa. (NERY JR., 2016, p. 337-338).

Em relação às duas formas de competências supramencionadas ambas demonstram lesividade quando o direito é dito por órgão incompetente, pois não haverá validade nas regras aplicadas. Evidente que isto traz prejuízos à parte. Quanto à incompetência relativa a decisão equivocada lesará a parte pois

será inútil toda a discussão sobre o foro de eleição. É que, sendo caso de incompetência relativa, o reconhecimento futuro da incompetência do juízo em razão do foro de eleição, por ocasião do julgamento de apelação (CPC/2015, art. 1.009, §1º), seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente competente e, ademais, a decisão não poderia ser invalidada. (CUNHA; DIDIER JR., 2015, p. 02).

Acerca da mencionada mutação do juízo incompetente relativo em competente colaciona-se o art. 65 do CPC/15: “prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação” (BRASIL, 2015, on-line), cria-se então uma hipótese onde poderá haver lesão, pois mesmo o réu alegando a incompetência este pedido poderá ser julgado improcedente, necessitando do agravo de instrumento para a ágil impugnação, não podendo prosperar a tese de recorribilidade diferida neste caso.

Já para incompetência absoluta o juízo incompetente nunca será

submetido a tal conversão para competente, isso por causa do interesse público. O juízo incompetente sempre será incompetente ao caso concreto, é algo que ultrapassa seus limites. Assim, caso profira decisão e continue o andamento errôneo do processo todos os atos processuais serão passíveis de nulidade ou necessitaram de validação pelo juízo competente (NERY JR., 2016).

Conclui-se que a decisão que versa sobre competência não pode – num primeiro momento como aparenta querer o art. 1.015 do CPC/15 – sofrer ataque imediato através do agravo de instrumento, mesmo causando à parte alguma lesão não seria possível revertê-la imediatamente, somente através da recorribilidade diferida. O processo que segue em juízo incompetente estará tardando o saneamento correto dos autos em juízo competente, onde poderá, por exemplo, ocorrer decisões de forma contrária. Assim verifica-se que o decurso do tempo até o saneamento correto dos autos já é por si só uma forma de lesar alguma das partes, nem sempre sendo distribuído de forma isonômica:

Como o tempo é concomitantemente inerente à fisiologia do processo e fonte de dano ao autor que tem razão no seu pleito, é necessário distribuí-lo de acordo com determinados critérios ao longo do seu desenvolvimento. Do contrário, corre-se o risco de o autor ter que invariavelmente pagar pelo tempo do processo – independentemente da urgência na realização da tutela do direito ou da evidência da posição jurídica que defende em juízo –, com evidente violação do princípio da igualdade (arts. 5.º, I, da CF/1988, e 7.º do CPC). (MARINONI; ARENHART; MITTIERO, 2016b, p. 208).

Evidente que tal situação é contrária a celeridade processual e deve ser sanada o quanto antes evitando-se lesões. Tal situação só piora quando se trata de juízos de esferas diferentes, como exemplo justiças estadual e federal, onde eventual conflito de competência será resolvido pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo caminho que seguiria o agravo de instrumento, ou seja, o agravo é mais célere.

Também ocorrerão problemas quando houver sistemas diferentes, com suportes técnicos diferentes, como quando um processo for físico e o outro virtual, onde haverá tempo considerável até a materialização ou digitalização dos autos. Outro problema reside nas decisões já profe-

ridas e que posteriormente foram totalmente anuladas, regredindo um processo desde a fase recursal até seu início, conforme entendimento do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL [...] NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS PROFERIDOS NA AÇÃO DE EXECUÇÃO. [...] REMESSA AO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO.

1. No julgamento do conflito de competência é possível declarar a nulidade dos atos decisórios proferidos pelo juízo absolutamente incompetente.

[...]

(AgRg nos EDcl no CC 131.265/AM, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 16/12/2014). (STJ, 2014, on-line, grifo nosso).

Há ainda o art. 64, parágrafo 4º, do novo Código de Processo Civil: “[...] salvo decisão judicial em contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente” (BRASIL, 2015, on-line). Esta norma diz que não haverá nulidade quanto às decisões tomadas pelo juízo incompetente, desde que não contrariadas pelo juízo competente. Sabe-se que o Poder Judiciário não é unânime em suas decisões, fosse assim não haveria o artigo 927 do CPC/15 que determina expressamente haver essa uniformização. Fato é que não há como dizer que um juízo pensará da mesma forma que outro, sendo assim não há segurança jurídica para a parte descansar na decisão do juízo superveniente que eventualmente poderá anular a decisão retro.

Outro problema é que o novo código ao instituir o agravo de instrumento com hipóteses pré-determinadas também pode criar decisões irrecuráveis:

Não sendo cabível o agravo de instrumento, haverá casos em que a decisão será efetivamente irrecurável, não havendo qualquer meio adequado de impugnação. Imagine-se a hipótese de decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho. Caso não seja possível impugná-la imediatamente pelo agravo de instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecurável, já que

o TRT, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum – o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados. (DIDIER JR., 2015, p. 02).

Referido exemplo demonstra ao menos uma situação irrecorrível, o que não pode prosperar. Isto representa um verdadeiro retrocesso ao direito processual civil e que deve ser extirpado na nova realidade processual.

4 A APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E SEUS FUNDAMENTOS

O rol do art. 1.015 é taxativo, entretanto a aplicação da interpretação extensiva conjuntamente à taxatividade é totalmente possível para resolução de problemas que provém dos defeitos da própria redação jurídica de dispositivos que dizem menos que o necessário.

Referido rol taxativo foi pensado pelo legislador para otimização dos recursos nos Tribunais. Acreditou-se que o processo seria mais efetivo, já que haveria diminuição na quantidade de recursos. Entretanto, não havendo meios de impugnação para uma interlocutória lesiva tem-se verdadeira inefetividade e bagunça processual. Obviamente o legislador não poderia pensar em todas as lacunas da Lei ou casos concretos que ela deveria alcançar, evidenciando cada vez mais que haverá sempre decisões que necessitarão do agravo de instrumento e não encontrarão meios para a devida impugnação.

4.1 A interpretação extensiva

Miguel Reale (2002, p. 283) conceitua tal técnica partindo da “admissão de que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso concreto, desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz [na interpretação gramatical]”. A interpretação extensiva tem importante aplicação em vários ramos do direito, como tributário, consumidor etc., e pode ocorrer independente da matéria. Inclusive na

esfera penal nem o princípio da legalidade impede sua aplicação. Não se está aqui querendo tomar o lugar do legislador, apenas usando a norma com a finalidade que ela foi criada contornando eventual erro de redação que restringe seu alcance.

Nesse sentido Fernando Capez (2012, p. 47) diz que a interpretação da lei “é a atividade que consiste em extrair da norma penal seu exato alcance e real significado”, assim a norma não existe apenas formalmente, sob pena de se equiparar ao antigo Estado de Direito, mas sendo um Estado Democrático de Direito atenta à sua finalidade, ou seja, se está sendo efetiva. Continua o jurista dizendo que “a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando a de quem a fez. A lei terminada independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos” (Capez, 2012, p. 47).

Portanto, a interpretação extensiva é a ferramenta hábil para solucionar o problema aqui elencado. Contudo deve-se diferenciar a interpretação extensiva da analogia:

[A] analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. *Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões.* Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositivo* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito). (Reale, 2002, p. 281, grifo nosso).

A analogia então afirma a existência de uma lacuna legislativa, sendo necessária a utilização de norma diferente para regular o caso omissis, porém semelhante. Como a analogia depende de uma lacuna legislativa não é possível utilizá-la nos recursos do processo civil pelo princípio da taxatividade, onde “somente haverá recurso previsto em lei” (SÁ, 2016, p. 1060), já que só quem cria recursos é o Poder Legislativo. Na interpretação extensiva a norma existe, porém não abrange todos os casos conforme a finalidade legislativa, devendo ser alargada. A doutrina italiana (PINO, 2001) ilustra essa diferença: a interpretação extensiva funciona como a manipulação de uma moldura de obra de

arte, para se adequar ao tamanho e limites da obra, enquanto na analogia referida obra está totalmente fora desta moldura, sendo sua forma apenas semelhante ao que está dentro, mas não se encaixam. Apesar dos dois institutos trabalharem a visão de isonomia de direitos, a analogia não pode ser aplicada ao rol do 1.015, já a interpretação extensiva pode e deve ser aplicada, pretendendo efetivar o direito à isonomia para casos semelhantes.

4.2 Da aplicação da interpretação extensiva para a efetividade do processo

O direito ao recurso é algo inerente a qualquer sistema processual, tendo em vista principalmente a falibilidade do ser humano atrelado ao direito. Aliás, o direito existe para regular as interações humanas, assim, pelo simples fato do ser humano ser falho justifica-se que a lei e sua aplicação não serão perfeitas, necessitando o operador do direito interpretá-la conforme a efetividade que a norma anseia. Esta condição falha inerente do ser humano já explica a necessidade do direito ao recurso no sistema processual sem necessitar de mais argumentos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016a).

Sendo o ser humano falho, propenso a decisões igualmente falhas, tem-se que o artigo 522 do código de 1973 mostrava-se mais efetivo, pois cabia aos operadores do direito interpretar o caso concreto, analisando eventuais falhas e permitindo que o jurisdicionado amoldasse o caso concreto ao processo, unindo o direito material com a efetividade processual. O novo agravo de instrumento instituído pelo CPC/15 veta literalmente essa abrangência outrora havida pelo Código Buzaid e não contempla hipótese expressa para competência. Aliás, se os códigos de processo civil tanto de 1939 quanto de 1973 previam o ataque a decisões de competência tem-se por óbvio que essa decisão perpetrava alguma lesão ao processo, e com certa frequência.

Sendo o Direito um conjunto de normas criadas através da vontade do ser humano enquanto legislador, erros e equívocos podem ocorrer, mas igualmente devem haver normas que permitam a autocorreção do sistema. Conforme o renomado jurista Miguel Reale (2002, p. 123), aqui cabe uma indagação: “basta a validade técnico-jurídica para que a norma jurídica cumpra sua finalidade?”. É o caso do agravo de instrumento, pois a norma existe e está vigente, entretanto está a cumprir

apenas uma parte de sua finalidade, que é a de impugnar decisões interlocutórias lesivas e de forma urgente, porém impugna apenas aquelas matérias pré-selecionadas pelo legislador, esquecendo-se que haverá inúmeras outras que necessitarão deste recurso.

4.3 Dos princípios constitucionais

Os princípios constitucionais demonstram a possibilidade da aplicação desta técnica interpretativa. O Brasil utiliza uma hierarquia de normas onde a Constituição Federal/1988 é a norma máxima do ordenamento jurídico e político, portanto os princípios nela constantes orientarão a aplicação de leis infraconstitucionais. Nesse sentido destaca-se José Afonso da Silva citado por Pedro Lenza:

Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau. (SILVA apud LENZA, 2015, p. 140).

Através de tal raciocínio é que se vê a Constituição no mais alto grau de um ordenamento jurídico e também impregnada nas normas inferiores, “então um Código de Processo Civil deve reproduzir e densificar o modelo de processo civil proposto pela Constituição. Do contrário, incorre o Estado Constitucional na proibição de proteção insuficiente (...)” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016a, p. 574), e é por esse motivo que o CPC/15 está impregnado dos princípios e normas constitucionais, assim:

Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. O mesmo vale para

o direito de defesa. Um Código de Processo Civil só pode ser visto [...] como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016a, p. 574).

Todo o ordenamento abaixo da Constituição Federal estará vinculado a tais princípios, não podendo deles se afastar, já que o CPC/15 é o meio de efetivação do direito material.

4.3.1 Da proteção judicial efetiva

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal estabelece o princípio da proteção judicial efetiva, onde “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, on-line). Ora, se a lei não excluirá da apreciação do judiciário qualquer lesão ou ameaça, como pode o novo agravo de instrumento afastar a apreciação imediata de decisões lesivas? Vê-se que a lei está excluindo da apreciação do judiciário tal lesão! Assim, se os princípios e regras constitucionais estão acima de qualquer lei ordinária e o art. 1.015 do CPC/15 conflita com o princípio elencado e com seu próprio sistema, talvez estar-se-ia inclusive falando em inconstitucionalidade, ou conforme Cassio Scarpinnella Bueno:

Se a CF impõe que a lei não retire do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito, não há como negar que qualquer lei – e, com maior vigor ainda, qualquer ato infra-legal – que pretenda subtrair da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito é irremediavelmente inconstitucional. Como o exercício do direito de ação consagrado neste dispositivo impõe a manifestação do Estado-juiz e como esta atuação tem que ser adequada (devida) para outorgar a tutela jurisdicional tal qual requerida, não há como admitir que a lei possa pretender minimizar o processo e as técnicas processuais adotadas ou adotáveis por ele para exercício escorreito da função jurisdicional, sob pena de, indiretamente, minimizar-se a amplitude do inciso XXXV do art. 5º da CF e, por isso mesmo, ser irremediavelmente inconstitucional. (BUENO, 2016, pp. 45-46).

Explica Gilmar Mendes (2014, p. 501) que referido princípio tem

“de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito”. Se a tutela judicial deve ser efetiva, garantindo a proteção contra a lesão, deve ser utilizado algum instrumento para materializar essa efetividade no que tange as decisões que versam sobre competência e que causam lesão à parte. Não apenas as lesões efetivadas, mas também as ameaças ao direito.

4.3.2 Do duplo grau de jurisdição

Tal princípio aparece implicitamente no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, onde “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988, on-line). Sabe-se que nem sempre sua aplicação é pura, já que ocorrem diversos fatores e pontos onde a própria Constituição não permite sua aplicação, como por exemplo as ações originárias dos Tribunais Superiores (MENDES, 2014). Entretanto aqui se discute aquelas decisões de 1º grau, as quais são totalmente possíveis de recursos aos Tribunais, e, em interpretação conjunta com os princípios da efetividade judicial e proibição da proteção insuficiente, resulta-se na possibilidade da sua aplicação àquelas interlocutórias que não versam expressamente sobre matéria do rol do art. 1.015, lesando a parte de alguma forma, sendo necessário algum recurso para impugná-las ao momento em que proferidas.

A mitigação do duplo grau de jurisdição para as decisões que não recebem o elemento *periculum in mora* até merece elogio, com a consequente exclusão do agravo retido, eis que isso realmente causa celeridade ao processo. Essa recorribilidade diferida, entretanto, não pode atingir as decisões que contém o elemento urgência, e que não podem esperar por outro momento para sua recorribilidade.

Alguns doutrinadores ainda trazem à baila outras soluções, como o Mandado de Segurança, para conferir a devida impugnação às decisões que não constam no rol do art. 1.015. Assim, conforme Cassio Scarpinnella Bueno:

se em determinado caso concreto, a opção do CPC de 2015 em restringir a recorribilidade das interlocutórias da primeira instân-

cia, submetendo-as imediatamente ao Tribunal respectivo, violar algum direito do jurisdicionado, o princípio do duplo grau deverá preponderar e, nesse sentido, dar fundamento ao cabimento de um sucedâneo recursal que possa, naquele específico caso, suprir a deficiência do sistema recursal. O mais comum, nesses casos, é o uso do mandado de segurança contra ato judicial. (BUENO, 2016, p. 51).

Entretanto, com a devida *vênia*, tal solução não parece a mais acertada, isso porque estar-se-ia voltando à desordem processual outrora havida em 1939. Bem mais célere é a impugnação dentro dos próprios autos, remetendo-se a questão ao Tribunal respectivo. Tal caminho – do mandado de segurança – é contramão da celeridade processual.

4.3.3 Da celeridade processual

A celeridade processual em qualquer sistema judiciário é um fato de grande complexidade, pois a dicotomia demanda *versus* efetividade é um problema antigo e de difícil solução. A recorribilidade diferida para as decisões que não se enquadram no rol do art. 1.015 causa ineficácia quando está em discussão o elemento *periculum in mora*. Fato é que um processo célere corrobora para que o direito seja devidamente tutelado. Já o processo procrastinador causa efeito inverso, ou seja, atrasa a obtenção do direito e pode agravar a situação para a parte vencedora. Nesse sentido José Miguel Garcia Medina (2011, p. 73): “eficaz é a tutela jurisdicional prestada tempestivamente, e não tardiamente”.

A celeridade processual está no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, onde “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988, on-line). Tendo em vista o texto constitucional do referido princípio parece que a redação mais adequada para o agravo de instrumento era a do CPC/73 com melhoramentos, ou seja, mantendo-se a exclusão do agravo retido e possibilitando a impugnação das decisões que contém o *periculum in mora*.

Vale ressaltar que o inciso I do art. 1.015 do CPC/15 – tutelas provisórias – não abarca todas as decisões que contenham o *periculum in mora*, há inúmeras decisões que podem incorrer em lesão com a demora para seu saneamento e que não são tutelas provisórias, como a própria

decisão que declina competência.

4.3.4 Do juiz natural

Este princípio está nos incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal (1988). Do presente extrai-se que os julgamentos devem ser realizados pela autoridade competente, pré-existente ao fato concreto. Logo, aquelas decisões que não proferidas por autoridade competente estarão em desconformidade com a Lei máxima, sendo feridas de vício mortal e não podendo produzir quaisquer efeitos, sendo nulas ou necessitando de ratificação por autoridade competente. Vê-se, portanto, que sempre será necessária uma autoridade competente. Nas palavras de Cassio Scarpinnella Bueno:

o princípio do ‘juiz natural’, em suma, depende, sempre e em qualquer caso, da identificação do órgão jurisdicionado que, de acordo com o modelo constitucional do direito processual civil, detém ou não competência (fixada em abstrato, antes do fato conflituoso) para realizar o julgamento. (BUENO, 2016, p. 49).

Os atos processuais realizados em juízo incompetente devem ser considerados nulos, já que o juízo incompetente não tem poder para realizar qualquer medida em processo de outra competência, senão feriria o princípio do juiz natural.

4.3.5 Da isonomia e aplicação do art. 1.015, III, do CPC/15 nas decisões que versam sobre competência

O princípio da isonomia está listado na Constituição Federal no art. 5º, caput, e possui larga abrangência no Direito, por isso será abordado de forma específica ao presente trabalho utilizando-se seu desdobramento no Código de Processo Civil, estando disposto no art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (BRASIL, 2015, on-line).

Tal princípio dentro do processo civil está muito bem descrito e

fundamenta de maneira exemplar a aplicação da interpretação extensiva, pois se as partes devem ser tratadas de forma isonômica com os mesmos meios de defesa não há porquê diferenciar o agravo de instrumento entre duas situações idênticas. Quando duas situações se “[...] assemelharem muito, devem ter o mesmo tratamento. Em razão do princípio da igualdade (CPC, art. 7º), ambas não podem, nesse ponto, ser tratadas diferentemente” (DIDIER JR., 2016, p. 216).

O inciso III do art. 1.015 possibilita a impugnação de decisões que versam sobre competência, devendo, entretanto, ser utilizada a interpretação extensiva: “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] III – Rejeição da alegação de convenção de arbitragem” (BRASIL, 2015, on-line). Gilmar Mendes explica sobre a arbitragem:

A princípio, o art. 5º, XXXV, da Constituição estabelece o monopólio do Poder Judiciário para reparar lesão ou ameaça a direito. [...] Com o advento da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) abriu-se uma nova via de resolução alternativa de conflitos, alheia à jurisdição estatal. A arbitragem consiste em mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, segundo o qual as partes litigantes investem, por meio de uma convenção arbitral [...], uma ou mais pessoas de poderes decisórios para resolver seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A determinação decorrente da instância arbitral possui eficácia de sentença judicial [...]. (MENDES, 2014, p. 360).

A resolução de conflitos arbitral é jurisdição distinta daquela do Poder Judiciário, e se o caso é levado para outra jurisdição – a judicial – deverá ser obstado o procedimento judicial, pois deverá prevalecer o que é decidido na arbitragem. Ora, se o agravo funciona para a jurisdição, que é objeto maior que a competência, por que não funcionar para esta?

Já que o agravo de instrumento pode ser interposto contra decisões que rejeitaram a alegação da convenção de arbitragem e nessa matéria inclui-se a competência, então o agravo de instrumento deve ser interposto contra quaisquer decisões que versam sobre competência, e não apenas a convenção de arbitragem, isso é agir em favor da isonomia. Ora, se as partes podem utilizar outro segmento da jurisdição, nesse caso a arbitragem, e a própria lei emana que neste caso o juízo comum não

terá competência, é nítido que essa decisão interlocutória versa sobre questão que assemelha-se muito com competência! Portanto, sendo a finalidade desta regra de proteger os limites da jurisdição sua interpretação deve ser alargada para proteger todas as decisões que versarem sobre competência. Corroborando com o entendimento aqui exarado ensina Fredie Didier Jr.:

Em virtude da convenção de arbitragem, transfere-se o litígio para a competência do árbitro. É este quem deve examinar a disputa entre as partes. Se o juiz rejeita a alegação de convenção de arbitragem, está decidindo sobre sua competência para julgar o caso. Se a acolhe, entende que o árbitro é o competente. Trata-se, inevitavelmente, de uma decisão sobre competência.

A decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência. Se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que trata de uma competência, relativa ou absoluta. O foro de eleição é um exemplo de negócio jurídico processual; a convenção de arbitragem também. Ambos, à sua maneira, são negócios que dizem respeito à competência do órgão jurisdicional. [...] Embora taxativas as hipóteses de agravo de instrumento, aquela indicada no inciso III do art. 1.015 do CPC comporta interpretação extensiva para incluir a decisão que versa sobre competência. Comparando-se as hipóteses, chega-se à conclusão que elas se equiparam. (DIDIER JR., 2016, pp. 215-216).

A conclusão, portanto, só pode ser uma: o rol do art. 1.015, mesmo taxativo, comporta a interpretação extensiva, devendo o agravo de instrumento ser interposto contra decisões que versem sobre competência, isto com fulcro no art. 1.015, III, do CPC/15.

5 CONCLUSÃO

Através do estudo aprofundado do agravo de instrumento, comparando-o com os códigos anteriores, bem como evidenciando sua finalidade de impugnar decisões que possuem o elemento *periculum in mora*, verificou-se alguns pontos falhos na escolha do legislador por uma estrutura de redação com rol predeterminado para hipóteses de interposição do agravo de instrumento. Com efeito, o legislador não pode prever todos os casos em que seu cabimento seja justo, necessário e urgente.

Restringindo sua utilização acabou prejudicando a operabilidade deste recurso como instrumento de efetivação de direitos, trazendo à baila problemas já conhecidos pelo código processual de 1939.

Fato é que a decisão equivocada sobre competência pode trazer prejuízos à parte. Isto porque, como demonstrado, a decisão equivocada trará morosidade e ineficiência ao processo, como a nulidade dos atos processuais ou ineficácia pelo decurso do tempo. É necessário que as decisões interlocutórias que versem sobre esse tema sejam discutidas ao momento em que proferidas, e não posteriormente através da recorribilidade diferida. Não só as interlocutórias sobre competência, mas todas as que trazem prejuízos, lesão, e urgência para saneamento!

Assim, importante ferramenta que auxilia o jurisdicionado é a interpretação extensiva, realizando a correta aplicação da norma e iluminando a interposição correta do agravo de instrumento para decisões que versarem sobre competência. Justo, já que o agravo de instrumento pode igualmente atacar decisões que versem sobre convenção arbitral, ou seja, hipótese que versa sobre jurisdição, que abarca também a competência, mas não de forma expressa, possibilitando assim o direito à isonomia. Logo, sendo interpretado dessa forma, adequa-se o recuso a sua finalidade, materializando-se o princípio da isonomia processual e outros princípios constitucionais listados, realizando assim importante e necessária eficiência dentro do processo civil.

Necessário, porém, que o jurisdicionado fique atento quanto ao agravo de instrumento do Novo Código de Processo Civil, já que como abordado, o rol para hipóteses de seu cabimento é taxativo, havendo possibilidade de inúmeras decisões que necessitem de reforma urgente, por possuírem o *periculum in mora*, e que não possuem subsídio no referido rol do art. 1.015, sendo a interpretação extensiva uma ferramenta para efetivar justiça.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 de mai. de 2016.

BRASIL. Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. CLBR, Poder Executivo, Brasília, DF, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973, republicado em 27 jul. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 04 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração 131265 / AM**. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 10 de dezembro de 2014. Publicado no DJe em 16/12/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=incompet%EAncia+ato+nu lo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>>. Acesso em: 14 set. 2016.

BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, L. C. da; DIDIER JR., F. **Uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 242 2015, DTR\2015\3682, p. 275 - 284, Abr/2015.

DIDIER JR., F.; CUNHA, L. C. da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIDIER JR., F.; CUNHA, L. C. da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GUASTINI, R. **Interpretazione estensiva o applicazione analogica?** Rivista di Filosofia del diritto, 2013, 1, p. 77-102. Disponível em: <<http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Interpretazione%20cognitiva,%20interpretazione%20decisoria.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2016.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**®. 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1.** 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2.** 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, T. A. A. **Parte geral e processo de conhecimento.** 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

NERY JÚNIOR, N.; ANDRADE, R. M. de. **Código de processo civil comentado.** 16. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

POITTEVIN, A. L. G. **Recorribilidade das Decisões Interlocutórias - Uma Comparação do Direito Brasileiro com outros Ordenamentos.** – Curitiba: Juruá, 2008.

REALE, M. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. — São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, R. M. de. **Manual de direito processual civil.** 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JR., H. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. I.** 53. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.



DA AUTONOMIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E ORÇAMENTÁRIA ATRIBUÍDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AOS PODERES E ÓRGÃOS/ENTES ESTATAIS, DESTITUÍDOS DE PERSONALIDADE JURÍDICA: RESPONSABILIDADE ATRELADA AO SEU PRÓPRIO ORÇAMENTO

Pablo Henrique Garcete Schrader¹

INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à autonomia (funcional, administrativa e orçamentária) atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos órgãos/entes estatais destituídos de personalidade jurídica, tais como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, a Defensoria Pública, e aos Poderes Legislativo e Judiciário, especialmente no que toca à ampla responsabilidade (civil) pela prática de atos danosos ou ilícitos, cuja eventual condenação deva ser suportada pelos seus próprios e respectivos orçamentos.

Com efeito, ainda que eventual demanda judicial – nas hipóteses em que se discutir responsabilidade civil do Estado - tenha que ser aforada em face da União, Estados, DF ou Municípios, posto que estes possuem personalidade jurídica de direito público interno, restará demonstrado que - caso o ato ou o fato (danoso ou ilícito) pelo qual motivou eventual indenização ou condenação em juízo de um daqueles - o orçamento dos precitados órgãos/entes autônomos e Poderes estatais é que deverá arcar com tais pagamentos, sob pena de transformar o Tesou-

1. Bacharel em Direito pela União da Associação Educacional Sul-Mato-Grossense Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES). Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB/ESMAGIS (lato sensu). Pós-graduado (especialista) em Advocacia Pública pelo Instituto Para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE-MS). E-mail: pabloschrader@hotmail.com e pschrader@pge.ms.gov.br Telefone: (67) 99906-5031 e (67) 2109-8422

ro Estadual ou Federal em um verdadeiro e inadmissível segurador universal, além de atribuir a obrigação (pagamento) a um ente que não praticou o dano, ou seja, sem o nexu causal imprescindível para tal mister, isentando erroneamente o ente/órgão que causou o dano de uma forma nada pedagógica, pois quem tem o bônus (autonomia orçamentária) também deve ter o ônus (responsabilidade) para com seus próprios atos.

Assim sendo, apesar da brevidade exigida para o presente artigo, além de conceitos teóricos acerca de algumas questões (*v. g.*, funções ou poderes do Estado; responsabilidade civil do Estado; dano ou ato ilícito, Fazenda Pública, orçamento e autonomia, etc.), serão colocados alguns casos práticos e concretos que ocorrem em ações judiciais que bem ilustram que o Tesouro Estadual ou Federal revela-se como um verdadeiro “segurador universal” para o pagamento de indenizações advindas de danos ou atos perpetrados por entidades que estão fora das funções do Executivo, cuja situação traduz – a mais não poder – uma total contradição ante a figura da autonomia constitucional.

Por derradeiro, serão sugeridas algumas soluções visando equacionar e afastar a precitada contradição, que afeta todo o sistema constitucional, porquanto a imputação de arcar-se com o pagamento de eventual condenação judicial ao orçamento do próprio órgão ou ente que causou o ato ou dano (ilícito) terá um efeito pedagógico vital para o restabelecimento da verdadeira autonomia, sobretudo se levar em consideração que o Tesouro – seja na esfera federal, seja no âmbito estadual – é destinado a fazer frente às políticas públicas escolhidas pelos governantes em áreas constitucionalmente delimitadas pela Carta Magna (tais como saúde, educação, segurança pública etc.), mas não para arcar com prejuízos ou danos perpetrados por órgãos ou entes autônomos que não integram o Executivo.

1 CONCEITO DE ESTADO

É ressabido que o termo “Estado” alude a um povo situado em determinado território e sujeito a um governo, em cujo conceito despontam 3 (três) elementos², a saber:

2. MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

“a) *povo* é a dimensão pessoal do Estado, o conjunto de indivíduos unidos para formação da vontade geral do Estado. Povo não se confunde com *população*, conceito demográfico que significa contingente de pessoas que, em determinado momento, estão no território do Estado. É diferente também de *nação*, conceito que pressupõe uma ligação cultural entre os indivíduos;
b) *território* é a base geográfica do Estado, sua dimensão espacial; e
c) *governo* é a cúpula diretiva do Estado. Indispensável, também, realçar que o Estado organiza-se sob uma *ordem jurídica* que consiste no complexo de regras de direito cujo fundamento maior de validade é a Constituição”.

Já a “soberania” refere-se ao atributo estatal de não conhecer entidade superior na ordem externa, nem igual na ordem interna (Jean Bodin).

Antigamente muitos consideravam que governo era sinônimo de Estado, ou seja, a somatória dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Todavia, hodiernamente, *governo*, em sentido subjetivo, é a cúpula diretiva do Estado, responsável pela condução dos altos interesses estatais e pelo poder político, e cuja composição pode ser modificada mediante eleições. No aspecto objetivo, governo é a atividade diretiva do Estado.

Ademais, ao aludir ao conceito de *Poder Público* em sentido orgânico ou subjetivo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto disse ser “o complexo de órgãos e funções, caracterizado pela coerção, destinado a assegurar uma ordem jurídica, em certa organização política considerada”³. Portanto, pode-se afirmar que o mencionado autor considera Poder Público, em sentido subjetivo, como sinônimo de Estado.

No caso do Brasil, foi adotada a forma federativa de Estado⁴, bem como a forma republicana de governo e o sistema presidencialista de governo.

O artigo 1º, cabeça, da Constituição da República de 1988, preceitua que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, sendo que o *caput* de seu artigo 18 complementa, estabelecendo que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados,

3. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8.

4. O artigo 1º, *caput*, fala em “República Federativa do Brasil”, sendo repetida tal expressão no art. 18, *caput*.

o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Cabe, ainda, ressaltar, consoante escólio de Alexandre de Moraes⁵, que a atual Constituição Federal, objetivando evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito, cujos aspectos relevantes serão a seguir abordados.

2 EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO: PODERES OU FUNÇÕES DO ESTADO?

Segundo Nuno Piçarra⁶, em estudo detalhado sobre a falência da ideia de tripartição de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais, tem-se que:

“A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra *“Política”*, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força público no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estado, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal⁷.”

5. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 423.

6. In A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 264).

7. Art. 2.º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O grande avanço trazido por Montesquieu à “tripartição de Poderes” foi no sentido de que tais funções do Estado (executiva, legislativa e judiciária) estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Ou seja, cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano, e cuja teoria surgiu em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americanas e francesas.

Tais atividades passaram a ser realizadas, independentemente, por cada órgão, surgindo, assim, o que se denominou teoria dos freios e contrapesos⁸.

Nesse sentido, o E. Supremo Tribunal Federal tem avalizado a *teoria dos freios e contrapesos*, nos seguintes termos:

“Separação e independência dos Poderes: freios e contra-pesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os ‘freios e contrapesos’ admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estrita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes (...)” (ADI 1.905-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.98, DJ, 05.11.2004).

“Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importante crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos – cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica – e maculando o Princípio da Separação de Poderes (...)” (ADI 2.911, rel. Min. Carlos Britto, j. 10.08.2006, DJ, 02.02.2007).

8. “O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência” (Dalmo de Abreu Dallari, Elementos da teoria geral do Estado, p. 184-185) (o original não está “negritado”).

Ademais, não obstante o *Legislativo* tenha como função típica legislar; o *Executivo*, a prática de atos de chefia de Estado e de governo e atos de administração; e o *Judiciário*, a de julgar, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei, ante as realidades sociais e históricas, passou-se a existir uma maior interpenetração entre os Poderes, de maneira que houve uma atenuação à teoria que pregava uma separação pura e absoluta deles.

Dessarte, além do exercício das precitadas funções típicas (predominantes), inerentes à sua natureza, cada órgão exerce, igualmente, outras duas funções atípicas (de natureza atípica dos outros dois órgãos). Assim, o Executivo, por exemplo, além de exercer uma função típica, ínsita à sua estrutura, exerce, também, uma função atípica de natureza legislativa e outra função atípica de natureza jurisdicional, não havendo se falar, no entanto, em ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.

Lado outro, deve-se ter como imprecisa a utilização da expressão “tripartição de Poderes”, uma vez que o poder é uno e indivisível, ou seja, não se triparte, e, apesar de um só, manifesta-se por meio de órgãos que exercem funções, como acima aludido.

E, consoante lição de Pedro Lenza⁹:

“(...) todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só Poder, uno e indivisível. Esses atos adquirem diversas formas, através do exercício das diversas funções pelos diferentes órgãos. Assim, o órgão legislativo exerce uma função típica, inerente à sua natureza, além de funções atípicas (...), ocorrendo o mesmo com os órgãos executivo e jurisdicional.”

Portanto, a fim de se fazer um uso técnico e adequado, o termo “separação de Poderes” deve ser evitado, bem como substituído pela expressão “funções de Estado”, a qual mais bem define as funções estatais originadas de um Poder uno e indivisível.

9. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 293.

3 Da autonomia atribuída a determinados entes estatais pela CF/88

A Constituição de República de 1988, em seu Título IV, denominado de “Da Organização dos Poderes”, expressamente delimitou a estrutura, as competências e as atribuições concernentes ao Poder Legislativo (leia-se: função legislativa), nos artigos 44 a 75, ao Poder Executivo (leia-se: função executiva), nos artigos 76 a 91, e ao Poder Judiciário (leia-se: função jurisdicional), nos artigos 92 a 126.

Além do mais, dentro do mesmo título IV, inseriu o Capítulo IV, denominado “Das funções essenciais à justiça”, dentre as quais se inserem o Ministério Público (artigos 127 a 135), a Advocacia Pública (artigos 131 e 132), a Advocacia (art. 133) e a Defensoria Pública (artigos 134 e 135).

Como visto alhures, o artigo 2º da Constituição Federal apregoa que os Poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si. E, para tanto, lhes são asseguradas a respectiva autonomia administrativa, técnica, orçamentária e financeira, de maneira que para cada uma das funções é estabelecido um orçamento dentro do qual cada uma delas irá exercer as atribuições definidas constitucionalmente.

Nos termos do artigo 165, incisos I, II e III, da CF/88¹⁰, leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, não só dele próprio (Executivo), mas, também, dos demais poderes (Legislativo e Judiciário), cujos projetos de lei serão apreciados pelo Legislativo (CF, art. 166).

No mesmo sentido - além dos órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, a Constituição Federal, no que toca ao Ministério Público e à Defensoria Pública, lhes atribuiu a autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de suas respectivas propostas orçamentárias, nos termos do disposto no art. 127, §§ 2º a 6º¹¹ e artigo

10. Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

11. Art. 127 (...)

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

135, § 2º¹².

Sendo que o art. 168 da CF/88, dispondo acerca do repasse mensal dos respectivos orçamentos, determina que:

“Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

De tais dispositivos constitucionais, infere-se que o Ministério Público e a Defensoria Pública, conquanto não integrem nenhum dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), são consideradas instituições constitucionalmente autônomas, sobretudo para bem exercer e desempenhar com a devida independência as atribuições que a própria Lei Maior lhes incumbiu.

Ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, tem-se os Tribunais de Contas (vide artigos 71, *caput*¹³, 73, *caput*¹⁴, e 75¹⁵), cujas 3 (três) instituições podem ser caracterizadas como órgãos públicos primários bastante peculiares dentro da estrutura organizacional brasileira,

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

12. Art. 135 (...)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)

13. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

14. Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

15. Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

tal como bem definido por Alexandre Mazza¹⁶. Podem ser destacadas as seguintes características comuns a tais órgãos:

a) são *órgãos primários ou independentes*: a própria Constituição de 1998 disciplina a estrutura e atribuições das referidas instituições, não sujeitando a qualquer subordinação hierárquica ou funcional;

b) *não integram a Tripartição de Poderes*: os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as Defensorias Públicas não pertencem à estrutura do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário;

c) são *destituídos de personalidade jurídica*: como todo órgão público, tais instituições não são pessoas jurídicas, mas integram a estrutura da Administração Direta da respectiva entidade federativa;

d) *gozam de capacidade processual*: embora desprovidos de personalidade jurídica autônoma, os referidos órgãos públicos possuem capacidade processual especial para atuar em mandado de segurança e *habeas data*. No caso do Ministério Público e das Defensorias Públicas, a capacidade processual é geral e irrestrita;

e) *mantêm relação jurídica direta com a entidade federativa*¹⁷: os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as Defensorias Públicas vinculam-se diretamente com a respectiva entidade federativa, sem passar pelo filtro da Tripartição dos Poderes.

Por corolário lógico, observa-se que, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (insertos os respectivos órgãos que os compõem), a própria Constituição Federal de 1988 erigiu como instituições autônomas e independentes daqueles os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as Defensorias Públicas.

4 O SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO FAZENDA PÚBLICA

A expressão *Fazenda Pública* normalmente é utilizada para designar o Estado em juízo, isto é, as pessoas jurídicas governamentais quando figuram no polo ativo ou passivo de ações judiciais, assim como órgãos despersonalizados dotados de capacidade processual especial, se-

16. op. cit., p. 176.

17. Trata-se de característica identificada pelo Ministro aposentado e ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto especificamente quanto ao Tribunal de Contas da União (O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas, p. 3). Não há razão, contudo, para operar-se de modo diferente com o Ministério Público e as Defensorias Públicas.

gundo Mazza¹⁸.

Outrossim, diante do (proto)princípio da *supremacia do interesse público sobre o privado*, a Lei (Federal) n.º 9.494/97 reconhece determinadas “prerrogativas especiais para a Fazenda Pública”, as quais somente são aplicadas às pessoas jurídicas de direito público.

Segundo anota Hely Lopes Meirelles:

“A *Administração Pública*, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de *Fazenda Pública*, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.”¹⁹

A expressão *Fazenda Pública* representa a *personificação* do Estado²⁰, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público.

Quando a legislação processual lança mão do termo *Fazenda Pública* está a referir-se à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e a suas respectivas autarquias e fundações, porquanto dita expressão identifica-se com as pessoas jurídicas de direito público.

Segundo o Decreto-lei n.º 200/67, em cujo diploma se ateu a organização da Administração Pública no Brasil, extrai-se a divisão da Administração em direta e indireta. Integram a Administração direta os órgãos componentes dos entes federativos, a saber: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A par de tais pessoas jurídicas e dos órgãos que as integram, permite-se o surgimento de outras entidades administrativas, que compõem a Administração indireta: são as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Estas duas últimas – empresas públicas e sociedades de economia mista – revestem-se da natureza de pessoas jurídicas de direito privado, não integrando o conceito de Fazenda Pública. Já a autarquia constitui em pessoa jurídica de direito público, com personalidade jurídica própria e atribuições específicas da Administração Pública.

18. op. cit., p. 55.

19. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23 ed. 2ª tiragem, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Alexio e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 590.

20. DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, n. 78, p. 179.

Também, segundo a jurisprudência atual²¹, as fundações, conquanto detenham tal denominação, aquelas tidas como de direito público são criadas por lei para exercer atividades próprias do Estado, desincumbindo-se de atribuições descentralizadas dos serviços públicos e sendo geridas por recursos orçamentários, cuja situação as tornam equiparadas a autarquias, conforme entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha.²²

Ao precitado rol de pessoas jurídicas de direito público, acrescentam as *agências*, às quais se tem atribuído a natureza jurídica de *autarquias especiais*, significando dizer que tais agências se constituem de pessoas jurídicas de direito público, destinadas a desempenhar atividade pública.²³

Consoante Leonardo Carneiro da Cunha²⁴, o conceito de Fazenda Pública abrange:

“(...) a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, sendo certo que as agências executivas ou reguladoras, sobre ostentarem o matiz de autarquias especiais, integram igualmente o conceito de Fazenda Pública.

Também, se revestem da natureza de pessoas jurídicas de direito público, integrando, portanto, o conceito de Fazenda Pública, as associações públicas (Código Civil, art. 41, IV), constituídas na forma da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, em razão da formação de consórcio público. Realmente, o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. Constituído como associação pública, adquire personalidade jurídica de direito público, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, integrando a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados.”

21. “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FUNDAÇÃO DE SAÚDE INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO ATRAVÉS DE LEI. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA REGRA INSERTA NO ART. 188 DO CPC. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 16, I, DO CC. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Fundação instituída pelo poder público, através de lei, com fim de prestar assistência social à coletividade, exerce atividade eminentemente pública, pelo que não é regida pelo inciso I do art. 16 do CC. Trata-se, na verdade, de pessoa jurídica de direito público, fazendo jus às vantagens insertas no art. 188 do CPC. II - Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 148.521/PE, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/1998, DJ 14/09/1998, p. 45)

22. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 16.

23. JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 391.

24. op. cit., p. 18.

Por seu turno, embora integrem a Administração Pública indireta, por revestirem-se da condição de pessoas jurídicas de direito privado, a cujo regime estão subordinadas, as sociedades de economia mista e as empresas pública estão excluídas do conceito de Fazenda Pública.

Por arremate, o conceito de Fazenda Pública engloba:

- a. entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios);
- b. órgãos públicos com capacidade processual especial (Ministério Público, Defensorias Públicas, Tribunais de Contas etc.);
- c. autarquias, fundações públicas, agências reguladoras, agências executivas e demais espécies do gênero autárquico;
- d. empresas estatais prestadoras de serviços públicos (exemplo: Correios e Metrô).

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PREVISTA NA LEI MAIOR DE 1988

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 37, § 6º, disciplina a responsabilidade do Estado, nos seguintes termos:

“Art. 37. (...)

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Pode-se notar, inicialmente, que a Constituição de 1988 adotou, como regra, a *teoria objetiva* na modalidade do *risco administrativo*. Ou seja, significa que o pagamento da indenização prescinde de comprovação, pelo lesado ou ofendido, de culpa ou dolo (objetiva) e que existem exceções aos dever de indenizar (risco administrativo).

Desse modo, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos lastreia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a concorrência dos seguintes requisitos: (i) ocorrência do dano; (ii) ação ou omissão administrativa; (iii) existên-

cia de nexa causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e (iv) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Quanto à responsabilidade civil do Poder Público, o Supremo Tribunal Federal afirma:

“A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).”

Na medida em que inexistem direitos absolutos, ainda que assegurados constitucionalmente, no mesmo diapasão, o princípio da responsabilidade objetiva do Poder Público não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50).²⁵

O constitucionalista Alexandre de Moraes, ao se debruçar a respeito da responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, § 6º do art. 37),

25. STF – 1ª T. – Rextr. Nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 ago. 1996, p. 25.785. No mesmo sentido: Informativo STF – Brasília, 15 a 19 abr. 1996 – n.º 27. RE 140.270-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 15-4-96.

apresentou as suas características básicas²⁶, senão vejamos:

- “(i) as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa;
- (ii) a obrigação de reparar danos patrimoniais decorre de responsabilidade civil objetiva. Se o Estado, por suas pessoas jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, deverá reparar esse danos, indenizando-os independentemente de ter agido com dolo ou culpa;
- (iii) os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: ocorrência do dano; nexo causal entre o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador de serviço público; oficialidade da conduta lesiva; inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Estado;
- (iv) no Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima;
- (v) havendo culpa exclusiva da vítima, ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o *quantum* da indenização;
- (vi) a responsabilidade civil do Estado não se confunde com as responsabilidades criminal e administrativa dos agentes públicos, por tratar-se de instancias independentes. Assim, a absolvição do servidor público no juízo criminal não afastará a responsabilidade civil do Estado se não ficar comprovada culpa exclusiva da vítima;
- (vii) a indenização deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo do Poder Público, ou seja, deverá ser indenizada nos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento. Além disso, nos termos do art. 5º, V, da Constituição Federal, será possível a indenização por danos morais;
- (viii) a Constituição Federal prevê ação regressiva contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

26. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 389-390.

Demais, de acordo com a doutrina, para que o dano seja indenizável, necessário que sejam reunidas duas características: ser anormal e específico, excedente o limite do razoável.

Dano anormal é aquele que excede os inconvenientes naturais e esperados da vida em sociedade. Ou seja, vai além do mero aborrecimento. *Dano específico* é aquele que alcança destinatários determinados, isto é, atinge um indivíduo ou uma classe delimitada de indivíduos. Assim, presentes os 2 (dois) atributos, considera-se que o *dano é antijurídico*, produzindo-se o dever de pagamento de indenização pela Fazenda Pública.

Outrossim, para a configuração da responsabilidade estatal, *é irrelevante a licitude ou ilicitude do ato lesivo*, bastando que haja um prejuízo anormal e específico decorrente de ação ou omissão de agente público para que surja o dever de indenizar.

Em regra, os danos indenizáveis originam-se de condutas contrárias ao ordenamento jurídico. No entanto, existem situações em que a Administração Pública atua em conformidade com direito e, ainda assim, causa prejuízo indenizável, sendo estes últimos nominados de *danos decorrentes de atos lícitos* e que também produzem dever de indenizar.

Já com relação aos *danos por omissão do Estado*, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷ entende que, em casos tais, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, *verbis*:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor da dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por

27. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 1002-1003.

ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.”

Dessarte, mostra-se correta a posição sustentada por Bandeira de Mello e pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo os quais a responsabilidade do Estado é objetiva no caso de comportamento danoso comissivo e subjetiva no caso de comportamento omissivo.

Igualmente, cabível se mostra a responsabilidade civil do Estado, seja nas hipóteses nas quais foi produzido algum tipo de dano ou prejuízo a outrem, seja naquelas oriundas de ato ilícito ou lícito, os quais, de qualquer modo, ao contrariarem o ordenamento jurídico, ultrapassaram o campo da legalidade, passando, a partir de então, a ser passível de indenização estatal, desde que comprovado o nexo causal entre a ação ou omissão de agente público e o evento danoso/lesivo, bem assim não haja nenhuma excludente de ilicitude.

Nesse rumo, novamente esclarecedoras as lições de Bandeira de Mello:

“a) No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos ilícitos *comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*.

b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos *ligados a situação criada pelo Poder Público* – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.”²⁸

Por conseguinte, *a responsabilidade civil do Estado* – tal como lançada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal – é *objetiva no que alude*

28. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 997.

à *conduta comissiva* - ou seja, prescinde da comprovação de culpa ou dolo do agente público causador do evento danoso - e *subjetiva no que toca a danos por omissão* - além do nexu causal entre a conduta ilícita ou danosa e o resultado, forçoso demonstrar-se a culpa ou o dolo do agente público causador do dano. Ainda, a responsabilidade civil estatal só restará afastada na hipótese na qual restar demonstrada a presença de uma das excludentes de responsabilidade, tais como a culpa exclusiva da vítima, a força maior, o caso fortuito e o fato provocado por terceiro.

Lado outro, quanto à ação indenizatória, esta pode ser proposta pela vítima contra a pessoa jurídica a qual o agente público causador do dano pertence.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 327.904/SP, aos 15.8.2006, o Supremo Tribunal Federal passou a rejeitar a propositura de ação indenizatória *per saltum* diretamente contra o agente público. Desde então, o Supremo Tribunal Federal considera que a ação regressiva do Estado contra o agente público causador do dano constitui dupla garantia: a) em favor do Estado, que poderá recuperar o valor pago à vítima; b) em favor do agente público, no sentido de ele não poder ser acionado diretamente pela vítima para ressarcimento de prejuízo causado no exercício de função pública.

Esse novo entendimento da Suprema Corte afasta a possibilidade, anteriormente existente, de a vítima escolher se a ação indenizatória deve ser proposta contra o agente público, contra o Estado ou contra ambos em litisconsórcio passivo. Com isso, o agente público responde somente administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a que se vincula.

6 REPASSE DO DUODÉCIMO DO EXECUTIVO PARA OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO E PARA OS ENTES/ÓRGÃOS AUTÔNOMOS (MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFENSORIA PÚBLICA E TRIBUNAL DE CONTAS). ORÇAMENTO FISCAL E VEDAÇÕES

Consoante visto acima, a Constituição Federal prevê, no artigo 168, que os recursos relativos às dotações orçamentárias destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 (vinte) de cada

mês, em duodécimos.

Esta disposição reveste-se de significativa relevância em razão da garantia que propicia para a autonomia financeira dos Poderes (leia-se: funções) Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Com efeito, é fundamental que, para além da iniciativa na elaboração de sua própria proposta orçamentária, tenham aqueles órgãos a certeza de que os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias lhes sejam entregues pelo Executivo.

Também prescreve a Lei Maior – artigo 169, § 1º, incisos I e II – que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreira, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (i) se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; e (ii) se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O artigo 74 da CF/88 dispõe que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União.

O parágrafo quinto, incisos I a III, do art. 165, da CF/88 reza que a lei orçamentária anual compreenderá: (i) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (ii) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e (iii) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

O parágrafo terceiro do artigo 166 apregoa que as emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem só podem ser aprovadas caso:

- “I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; II
- indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:
a) dotações para pessoal e seus encargos;
b) serviço da dívida;
c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou
III - sejam relacionadas:
a) com a correção de erros ou omissões; ou
b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.” [grifou-se]

Já o artigo 167, da CF, estabelece diversas vedações, destacando-se as alusivas à: (i) *realização de despesas* ou a assunção de obrigações diretas *que excedam os créditos orçamentários* ou adicionais (inciso II); (ii) *transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa* (inciso VI); (iii) *utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos*, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º (inciso VIII); e (iv) *transferência voluntária de recursos* e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, *pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (inciso X).

Infere-se, dos dispositivos supratranscritos, que cada Poder/função do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e entes/órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) detêm orçamento próprio, sendo, a todos eles, atribuída a iniciativa de lei para tal mister, de maneira que todas as receitas e despesas sejam englobadas na lei orçamentária anual de cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Assim, cada um dos Poderes e cada entidade autônoma possuem orçamento próprio e independente para fazer frente a todas as atribuições e deveres que lhes foram impingidos pela Constituição Federal, razão pela qual é vedado a quaisquer dos Poderes, por meio de repasse de seu próprio orçamento, utilizar-se ou depender-se de verba que seja

originada de orçamento estranho àquele que foi incorporado na lei orçamentária por outro Poder.

As obrigações e despesas de cada um (funções do Estado e órgãos autônomos) não podem exceder os créditos constantes do orçamento aprovado mediante lei, sob pena de quebra do princípio harmônico e independente que há de existir no sistema constitucional brasileiro, conforme assegurado no art. 2º, da CF/88.

Com efeito, a iniciativa do projeto de lei orçamentária a cada uma das funções estatais e órgãos autônomos assegurada pela Lei Maior visa justamente a salvaguardar possíveis e indevidas interferências que possam haver entre todos eles, fazendo com que cada ente elabore e cuide de seu próprio orçamento, dentro dos ônus e responsabilidades a eles atribuídos constitucionalmente.

Portanto, a despeito de o Executivo ser aquele poder que cuida de efetuar, mensalmente, em duodécimos, o repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, não pode ser àquele atribuído a pecha de “segurador universal”.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 732/RJ, Relator o Min. Celso de Mello, DJ 21.8.92, ressaltou em sua ementa o seguinte:

“ [...] - O comando emergente da norma inscrita no art. 168 da Constituição Federal tem por destinatário específico o Poder Executivo, que está juridicamente obrigado a entregar, em consequência desse encargo constitucional, até o dia 20 de cada mês, ao Legislativo, ao Judiciário e ao Ministério Público, os recursos orçamentários, inclusive aqueles correspondentes aos créditos adicionais, que foram afetados, mediante lei, a esses órgãos estatais.
- A prerrogativa deferida ao Legislativo, ao Judiciário e ao Ministério Público pela regra consubstanciada no art. 168 da Lei Fundamental da República objetiva assegurar-lhes, em grau necessário, o essencial coeficiente de autonomia institucional.
- A “ratio” subjacente a essa norma de garantia radica-se no compromisso assumido pelo legislador constituinte de conferir às Instituições destinatárias do “favor constitutionis” o efetivo exercício do poder de autogoverno que irrecusavelmente lhes compete.”

A norma contida no precitado artigo 168 da CF/88 confere máxi-

ma expressão ao postulado que assegura a independência e a harmonia entre os Poderes do Estado, instituindo uma típica garantia assecuratória da autonomia financeira dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo e dos órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas).

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 21.291/AgRg, de que foi Relator, acentuou que:

“[...] a norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público²⁹, um estado de subordinação financeira que compromettesse, pela gestão arbitrária do orçamento – ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados –, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições”.

Portanto, sem dispor de capacidade para livremente gerir e aplicar os recursos orçamentários vinculados ao custeio e à execução de suas atividades, os Poderes Legislativo e Judiciário e os órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) nada poderão realizar.

Ante o exposto, levando em consideração tal quadro, não cabe ao Executivo, por meio de seu próprio orçamento, fazer frente às obrigações e responsabilidades que são devidas exclusivamente pelos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como pelo Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública, sob pena de ofensa ao sistema constitucional-orçamentário ora vigente.

Nesse tanto, o § 2º do art. 19 da Lei Complementar n.º 101/2000, que trata sobre a responsabilidade fiscal de todos os Poderes e órgãos autônomos brasileiros, apregoa que “observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”, ou seja, sinaliza tal instrumento legal que cada Poder ou órgão autônomo deverá se responsabilizar pelo pagamento com despesas de pessoal decorrentes de sentenças judiciais, observado o limite de cada um deles

29. Frise-se, por oportuno, que tal julgamento ocorreu anteriormente ao surgimento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que conferiu à Defensoria Pública a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, com o acréscimo do § 2º ao art. 134 da CF/88.

previsto no precitado art. 20³⁰, a demonstrar a autonomia e independência dos respectivos orçamentos.

Infere-se, pois, de tal preceito legal, que, se dentro do orçamento do Estado há destinação específica de verba que deve ser encaminhada ao Legislativo, ao Judiciário, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, nada mais justo e ético, aliado a uma interpretação sistemática, que, em caso de condenação judicial oriunda de atos ou danos que tenham sido causados por algum deles e prejudicados terceiros, os ônus da sucumbência sejam carregados ao orçamento do Poder ou órgão autônomo causador do evento danoso ou lesivo.

Desse modo, em respeito ao contribuinte – pagador de impostos –, escorrito seria que o juiz, na parte dispositiva da sentença, condene o Estado, porém especifique que a verba, para o referido pagamento, seja

30. Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; (Vide Decreto nº 3.917, de 2001)

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;

d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

§ 1o Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.

§ 2o Para efeito deste artigo entende-se como órgão:

I - o Ministério Público;

II - no Poder Legislativo:

a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União;

b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas;

c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal;

d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

III - no Poder Judiciário:

a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição;

b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver.

§ 3o Os limites para as despesas com pessoal do Poder Judiciário, a cargo da União por força do inciso XIII do art. 21 da Constituição, serão estabelecidos mediante aplicação da regra do § 1o.

§ 4o Nos Estados em que houver Tribunal de Contas dos Municípios, os percentuais definidos nas alíneas a e c do inciso II do caput serão, respectivamente, acrescidos e reduzidos em 0,4% (quatro décimos por cento).

§ 5o Para os fins previstos no art. 168 da Constituição, a entrega dos recursos financeiros correspondentes à despesa total com pessoal por Poder e órgão será a resultante da aplicação dos percentuais definidos neste artigo, ou aqueles fixados na lei de diretrizes orçamentárias.

retirada da parte orçamentária destinado ao Poder ou órgão autônomo causador do dano, em respeito aos ditames da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (artigos 19 e 20).

Por conseguinte, não se mostra justo que o Estado (na função executiva), por meio do Tesouro, tenha de retirar verbas de setores essenciais para a sociedade, tais como: educação, construção de creches e escolas, saneamento básico, transporte, segurança pública, habitação, iluminação pública, etc., a fim de responder por condenação judicial a qual não deu causa.

Pois, se a própria Constituição de 1988 atribuiu a todos os Poderes e a cada um dos órgãos despersonalizados (tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas) a devida autonomia técnica, financeira e orçamentária - incluindo a iniciativa de lei orçamentária -, descabe ao Poder Executivo responder por eventuais danos, erros e/ou atos ilícitos cometidos pelos demais poderes e órgãos autônomos a particulares, socorrendo-se de seu próprio orçamento, ou, ainda, o que seria muito pior, com verbas oriundas do Tesouro (Federal, Estadual ou Municipal), as quais não de ser destinadas, exclusivamente, para o custeio das políticas públicas estabelecidas constitucionalmente.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL QUE DEVE RECAIR SOBRE O ORÇAMENTO DO ENTE ESTATAL QUE PRATICOU O ATO CONSIDERADO ILÍCITO OU DO QUAL ADVENHA ALGUMA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em primeiro lugar, foi visto que a República Federativa do Brasil, como um Estado Federado, possui funções independentes e harmônicas entre si, quais sejam, executiva, legislativa e jurisdicional.

Segundo, a própria Lei Maior criou alguns entes/órgãos, que não integram nenhum das funções ou Poderes acima arrolados, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas.

Terceiro, tanto no primeiro grupo (das funções executiva, legislativa e jurisdicional) quanto no segundo (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) foi-lhes atribuída, pela CF/88, a autonomia técnica, financeira e orçamentária, incluindo, ainda, a competência para iniciativa de lei que regule o orçamento de cada função/poder

ou ente/órgão despersonalizado.

Quarto, tem-se que os órgãos públicos com capacidade processual especial (Ministério Público, Defensorias Públicas e Tribunais de Contas) integram o conceito de Fazenda Pública.

Quinto, a responsabilidade civil do Estado é derivada de uma conduta (ilícita ou lícita) comissiva ou omissiva perpetrada por agente público, de um evento danoso e de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, inexistente, ainda, qualquer hipótese de excludente de responsabilidade. No caso da responsabilidade comissiva, ela é de natureza objetiva (a vítima não necessita comprovar o dolo ou a culpa do agente público causador do dano); já, na óptica da responsabilidade omissiva, esta é subjetiva, isto é, além da conduta, do resultado e do nexo causal entre ambos, a vítima deve provar a ocorrência de dolo ou culpa do agente público provocador do evento danoso.

Sexto, cada função/poder estatal e cada órgão despersonalizado autônomo detêm competência para apresentar seu próprio orçamento, não podendo haver ingerência de um sobre o outro, cuja situação torna descabida a figura do Executivo como *segurador universal* dos demais poderes e órgãos autônomos.

Pois bem. Assentadas tais premissas, tal como muito bem pontuado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer acerca da responsabilidade civil do Estado³¹, tem-se que o Estado - mais precisamente na figura do Poder ou função Executivo(a) - não pode ser erigido em segurador universal dos demais poderes (Legislativo e Judiciário) e órgãos despersonalizados autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), sob pena de quebra do princípio da separação e harmonia entre os poderes insculpido no art. 2º da CF/88.

Como é ressabido, qualquer pessoa que se sinta prejudicada ou vítima de algum ato danoso ou ilícito perpetrado por agente público pode ingressar em juízo com ação indenizatória em desfavor da pessoa jurídica de direito público à qual aquele pertença.

Por exemplo: na hipótese de um policial militar ser flagrado ao espancar uma pessoa que estava sendo por ele abordada, dando-lhe golpes violentos e provocando-lhes lesões e danos morais, caberá à vítima ingressar com ação indenizatória em juízo em face da pessoa jurídica de direito público a cujo quadro ele pertence (se for policial militar,

31. op. cit., p. 1005.

a ação deve ser dirigida contra o Estado-membro onde esteja lotado o agressor; se for policial federal, a ação indenizatória é veiculada em face da União).

Lado outro, caso o dano ou ato ilícito ou lícito, mas que provoque prejuízo (material e/ou moral) a outrem, seja perpetrado ou pelo Legislativo, ou Judiciário, ou Ministério Público, ou Defensoria Pública ou, ainda, Tribunal de Contas, eventual demanda continua a ser aforada em face ou da União ou do Estado Membro ou Município respectivo, donde se originou a conduta lesiva.

No entanto, o pagamento de indenização, que demande dispêndio de verba pública, e cujo ato não tenha sido perpetrado pelo Executivo, deve ser arcado e imputado ao orçamento da função ou do órgão autônomo provocador do dano, a afastar o pagamento pelo orçamento do Executivo, sob pena de transformar este último em *segurador universal* de todo o sistema constitucional.

Para tanto, seguem abaixo alguns casos concretos demandados em juízo para melhor esclarecer a questão posta no presente estudo, senão vejamos.

Por exemplo: um servidor do Poder Judiciário, titular de um determinado cargo público, devidamente aprovado em concurso público, que tenha suas atribuições arroladas na lei da carreira e que exija escolaridade de nível médio, ao depois, lhe é determinado que passe a executar funções distintas e estranhas (de nível superior) para o cargo que ele disponha, sob ordem de um magistrado/juiz, a atuar em verdadeiro desvio de função, sem, contudo, perceber a devida diferença remuneratória. Irresignado com tal situação, o servidor ingressa em juízo com uma ação declaratória de desvio de função c/c cobrança em face da União (no caso de Justiça Federal) ou do Estado (Justiça Estadual). Contestado o feito e produzidas as provas, sobrevém sentença condenatória, determinando que o ente estatal pague as devidas diferenças salariais dos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da demanda. Transitada em julgado a sentença, o pagamento far-se-á mediante expedição de precatório (CF, art. 100), cujo montante sairá do Tesouro Federal ou Estadual, e não do orçamento do Judiciário, apesar de o dano ter sido perpetrado por este último.

Em outro exemplo, o Ministério Público Estadual intenta uma ação civil pública em face de uma empresa privada, imputando-lhe

dano ambiental ante um empreendimento, que, ainda que tenha recebido o devido licenciamento ambiental do órgão ambiental competente, segundo o *Parquet*, não observou a legislação ambiental e provocou danos de grande monta aos moradores localizado no entorno da área ocupada pela referida empresa. Pleiteia o embargo da obra, a paralisação do empreendimento e a condenação da empresa ao pagamento de indenização em favor do Fundo previsto na Lei n.º 7.347/85 (art. 13)³². Contestado o feito, tanto a empresa quanto o MP pugnaram pela realização de prova pericial para que fosse analisado, pelo *expert*, se houve, ou não, o dano ambiental e se o empreendimento prejudica a população situada em seu entorno. Ao final da demanda, o magistrado julga improcedente o pedido veiculado pelo órgão ministerial, contudo, condena o Estado-membro (pessoa jurídica de direito público) do local onde o empreendimento está localizado para que efetue o pagamento dos honorários devidos ao perito judicial, após o trânsito em julgado da sentença, mediante expedição de precatório (CF, art. 100), de sorte que o orçamento do Ministério Público fica imune a tal condenação, não obstante o Estado – na sua função executiva - não tenha participado da lide, bem como não tendo dado causa a tal dano material.

N'outra hipótese, o Tribunal de Contas de um determinado Estado, ao alterar o sistema remuneratório de seus servidores, encaminha projeto de lei para aprovação do Legislativo, ante a autonomia que lhe foi conferida pela CF/88, incluindo, aí, iniciativa legislativa para alteração de remuneração de seus membros e servidores. Aprovado o projeto de lei, inúmeros servidores entendem haver sofrido indevida diminuição em sua remuneração, cuja situação mostra-se inconstitucional, ante a irredutibilidade de vencimentos prevista na própria Carta Magna. Assim, ingressam em juízo com ação declaratória c/c cobrança em face do Estado onde encontra-se sediado o Tribunal de Contas. Citado, o Estado,

32. Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. (Regulamento) (Regulamento)

§ 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 2o. Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1o desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

por meio de seus Procuradores, oferta defesa, pugnando pela improcedência da demanda. Sobrevinda sentença, a pretensão é acolhida pelo Judiciário, e, na parte dispositiva, o Estado é condenado ao pagamento das diferenças salariais a todos os autores que ingressaram em juízo, cujo adimplemento far-se-á mediante a expedição de precatório. Novamente, o orçamento do Tribunal de Contas não responderá por tal pagamento.

Em outro caso, especificamente no que toca à intimação do Estado quanto ao pagamento dos honorários advocatícios de defensor dativo, em casos nos quais o Juízo nomeia advogado particular ante a ausência de defensor público, tem-se que o art. 22, do Estatuto da OAB (Lei n.º 8.904/94), prevê que o advogado dativo, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade ou da inexistência de Defensoria Pública no local da prestação do serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela da OAB, sendo pagos pelo Estado. Porém, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional de n.º 45/2004, a Defensoria Pública Estadual passou a ter assegurada sua autonomia funcional, administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, da CF/88, conforme estabelece o § 2º do art. 135, da Lei Maior. Ademais, com a novel Emenda Constitucional n.º 80/2014, o art. 98, do Ato das Disposições Constitucional e Transitórias, passou a exigir a existência de Defensores Públicos Estaduais em todas as unidades jurisdicionais, no prazo de 8 anos, priorizando as regiões com maiores índices de exclusão social. Levando em consideração os fatos acima arrolados, tem-se que deva ser feita uma releitura do art. 22, da Lei n.º 8.906/94, principalmente com a entrada em vigor da EC n. 45/2004, que, ao acrescentar o § 2º ao art. 134, da CF/88, assegurou à Defensoria Pública Estadual a sua autonomia funcional, administrativa e de iniciativa de sua proposta orçamentária. Nesse norte, como a partir de tal marco constitucional, o Estado repassa mensalmente à Defensoria Pública Estadual o montante alusivo ao duodécimo, aprovado pelo Legislativo, e, ainda, considerando que o pagamento dos honorários de advogado dativo somente pode ser custeado caso inexista defensor público no local da prestação do serviço ou mediante a impossibilidade de comparecimento do mesmo, o pagamento dos honorários advocatícios dos advogados dativos nomeados em juízo deve ser feito pela própria Defensoria Pública, por meio de

seu orçamento, visto que a obrigação constitucional de lotar defensores públicos é dirigida a tal instituição, e não mais ao Executivo.

Portanto, com relação à Defensoria Pública, conclui-se que o ônus alusivo ao pagamento dos defensores dativos deve a ela própria ser imputado, e não mais ao Estado, ante a autonomia daquela instituição, do orçamento que lhe é próprio e da sua obrigação de prover cargo de defensor público em todas as comarcas do Estado.

No mesmo sentido, com relação ao desvio funcional de servidores do Judiciário, o pagamento das diferenças salariais há de ser adimplido pelo próprio Judiciário, por meio de seu orçamento, ante a sua autonomia e diante de o dano haver sido perpetrado pelo próprio Poder (função).

Outrossim, no que concerne ao Ministério Público Estadual, o ônus referente ao pagamento dos honorários periciais deve ser dirigido ao próprio órgão ministerial, cuja verba sairá de seu próprio orçamento, diante de sua autonomia e, sobretudo, pelo fato de o Estado não ter sido parte na demanda, ajuizada unicamente pelo *Parquet*.

Com efeito, verifica-se, atualmente, que o Tesouro do Estado, seja no âmbito federal, seja na esfera estadual, tem sido utilizado para pagamentos de indenizações, valores, despesas processuais, reposições salariais etc., cujos danos ou atos (ilícitos) foram causados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, ou, ainda, pelos órgãos despersonalizados autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), sem que o Executivo, contudo, tivesse dado causa a tais condenações.

Assim sendo, para afastar-se de vez a figura de segurador universal atrelada ao Executivo, forçoso se mostra que cada um dos Poderes e órgãos despersonalizados autônomos, tendo em vista a autonomia técnica, financeira e orçamentária a eles constitucionalmente atribuída, responda com seus próprios e respectivos orçamentos, quando em juízo restar comprovado que o dano ou o ato do qual se originou algum prejuízo a particular tenha sido por eles perpetrados, a despeito de a ação judicial haver sido aforada em face da União, ou do Estado ou do Município, consoante acima demonstrado.

Se o Executivo não pode ser erigido como segurador universal da sociedade, com muito mais razão também não o pode ser com relação aos demais poderes e órgãos autônomos, sob pena de a sociedade ser duplamente apenada. Ou seja, o Tesouro Estadual ou Federal é desti-

nado para a manutenção da sociedade e das políticas públicas previstas na CF/88, tais como as áreas de saúde, educação, segurança pública, direitos sociais etc., incumbindo ao Executivo administrá-lo dentro de suas possibilidades.

Dessa forma, a verba inserta no Tesouro não pode ter outra destinação senão para o que ora se aludiu, sob pena de a sociedade – por meio do orçamento destinado ao Executivo – ter que arcar com um novo pagamento, não em seu favor, mas para fazer frente a danos provocados por outros poderes e órgãos autônomos, não obstante estes já tenham orçamento próprio para tal mister.

Ao se manter o quadro atual, o sistema orçamentário-constitucional não “fecha”, porquanto os demais poderes e órgãos autônomos sempre terão como segurador universal o Poder Executivo, isto é, lhes serão dados “cheques em branco”, na medida em que, ainda que provoquem algum dano ou prejuízo a terceiros por atos praticados por seus próprios membros, seus orçamentos ficarão ilesos para adimplir condenações, pois cientes de que o Tesouro (estadual ou federal) “pagará a conta”.

Por corolário lógico, ainda que se tenha como certo que a União, o Estado ou o Município são as pessoas jurídicas de direito público a serem acionadas em juízo por particulares que se sintam prejudicados diante de dano ou ato ilícito causado ou pelo Judiciário, ou Legislativo, ou Ministério Público, ou Defensoria Pública, ou Tribunal de Contas – valendo ressaltar, nesse ponto, que estes últimos fazem parte do conceito de Fazenda Pública –, e o pagamento determinado pelo Judiciário seja realizado mediante a expedição de precatório, chega-se à conclusão que o montante a ser destinado para tal adimplemento deve ser retirado do orçamento do Poder ou do órgão autônomo causador do dano que originou a condenação estatal.

Nesse rumo de pensamento, o doutrinador Matos de Vasconcelos, citado por José Cretella Júnior³³, ao discorrer acerca da ação regressiva do Estado contra o agente, asseverou o seguinte:

“Infelizmente, não se tem levado a efeito esta *ação*, como fora de esperar. Temos ciência, apenas, da ação promovida pelo Ministério Público contra o ex-chefe de polícia do Distrito Federal, Marechal Fontoura, pela demissão ilegal de um comissário reintegrado, nada sabendo sobre a eficácia de seus resultados. No dia

33. CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321.

em que tal reparação se der, os direitos individuais serão melhor respeitados e o Tesouro deixará de sofrer prejuízos, as mais das vezes, perfeitamente evitáveis. Por essa forma, não se verá a avalanche de créditos votados pelo Poder Legislativo para pagamento, por força de sentença judiciária, assecuratória de direitos violados e em boa hora reparados pela Justiça. Personalize-se a *culpa*, faça-se por ela responder quem dela foi o causador e um novo estado de coisas se implantará com grande proveito para a moral pública. (Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, 1937, vol. 2, p. 510-511)”

Como se observa, a figura esdrúxula de segurador universal imputada ao Executivo provoca para o Estado como um todo a descompensação patrimonial negativa pelo pagamento do indevido, visto que o orçamento daquele serve de fonte para o adimplemento de condenações advindas de prejuízos causados pelos outros Poderes (Legislativo e Judiciário) e/ou pelos órgãos autônomos despersonalizados (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), a despeito destes 2 (dois) últimos disporem de orçamento próprio.

Dessarte, quando do pagamento de tais condenações, o Executivo poderá, por ocasião do repasse dos duodécimos, compensar/descontar o montante alusivo ao respectivo pagamento, passando, a partir de então, a se ter um efeito pedagógico para com os demais Poderes e órgãos autônomos, livrando, de uma vez por todas, o Executivo da pecha indevida e inconstitucional de segurador universal.

Com efeito, visando evitar-se ato ilegal que possa ser eventualmente perpetrado pelo Executivo em dita ocasião, tem-se que tal desconto ou compensação deve estar determinado (a) na parte dispositiva de uma decisão judicial (sentença ou acórdão), na qual a autoridade judiciária, ao condenar a pessoa jurídica de direito público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) ao pagamento de uma indenização ou montante em dinheiro, declare que o devido adimplemento, por meio da expedição de precatório, deve ser retirado do orçamento do Poder (função) ou órgão autônomo causador da condenação estatal.

Caso, porém, não seja feito tal desconto, onerar-se-á sobremaneira um Poder em detrimento do outro, em clara ingerência indireta dos Poderes Legislativo e Judiciário e órgãos autônomos no Poder Executivo, o qual também está adstrito aos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não se pode, assim, condenar o Estado (por meio do orçamento destinado ao Executivo) a ter que pagar eventual verba devida a um particular que deveria ser adimplida pelo Poder ou órgão autônomo causador do dano ou ato lesivo. Nada mais justo, portanto, que, no caso de hipotética condenação do Estado ou da União ou do Município em juízo, seja o valor desta descontado do repasse do duodécimo do Poder ou órgão autônomo causador do evento danoso, como previsto na mencionada Lei de responsabilidade fiscal, sob pena de afronta ao postulado da separação e harmonia entre os poderes, esculpido no art. 2º da Lei Maior.

A divisão orgânica dos Poderes é princípio fundamental estatuído na Constituição Federal, de maneira que, da mesma forma que é vedado ao Executivo exercer ingerência sobre os demais Poderes e órgãos autônomos, obrigando-os a cumprir as determinações previstas na legislação de direito orçamentário, não pode esse mesmo ente suportar os ônus decorrentes de eventual descumprimento dessas normas por essas instituições.

Essa independência e harmonia, estabelecidas pela Carta Magna, estariam sendo feridas, caso o valor a ser pago à vítima do dano em juízo tivesse que ser arcado pelo Poder Executivo – na hipótese o dano ou ato lesivo ter sido perpetrado pelos outros Poderes ou órgãos autônomos -, porque seria repassado o valor integral do duodécimo a estes últimos, sem que arcassem com a condenação a que deram causa, utilizando-se indevidamente do Tesouro para tal desiderato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A República Federativa do Brasil, como um Estado Federado, possui funções independentes e harmônicas entre si, quais sejam, executiva, legislativa e jurisdicional.

2. A própria Lei Maior criou alguns entes/órgãos, que não integram nenhum das funções ou Poderes acima arrolados, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas.

3. Tanto no primeiro grupo (das funções executiva, legislativa e jurisdicional) quanto no segundo (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) foi-lhes atribuída, pela CF/88, a autonomia téc-

nica, financeira e orçamentária, incluindo, ainda, a competência para iniciativa de lei que regule o orçamento de cada função/poder ou ente/órgão despersonalizado.

4. Tem-se que os órgãos públicos com capacidade processual especial (Ministério Público, Defensorias Públicas e Tribunais de Contas) integram o conceito de Fazenda Pública.

5. A responsabilidade civil do Estado é derivada de uma conduta (ilícita ou lícita) comissiva ou omissiva perpetrada por agente público, de um evento danoso e de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, inexistente, ainda, qualquer hipótese de excludente de responsabilidade. No caso da responsabilidade comissiva, ela é de natureza objetiva (a vítima não necessita comprovar o dolo ou a culpa do agente público causador do dano); já, na óptica da responsabilidade omissiva, esta é subjetiva, isto é, além da conduta, do resultado e do nexo causal entre ambos, a vítima deve provar a ocorrência de dolo ou culpa do agente público provocador do evento danoso.

6. Cada função/poder estatal e cada órgão despersonalizado autônomo detêm competência para apresentar seu próprio orçamento, não podendo haver ingerência de um sobre o outro, cuja situação torna descabida a figura do Executivo como segurador universal dos demais poderes e órgãos autônomos.

7. A fim de afastar-se de vez a figura de segurador universal atrelada ao Executivo, forçoso se mostra que cada um dos Poderes (Legislativo e Judiciário) e órgãos despersonalizados autônomos (Ministério Público Estadual, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), tendo em vista a autonomia técnica, financeira e orçamentária a eles constitucionalmente atribuída, responda com seus próprios e respectivos orçamentos, quando em juízo restar comprovado que o dano ou o ato do qual se originou algum prejuízo a particular tenha sido por eles perpetrados, a despeito de a ação judicial haver sido aforada em face da União, ou do Estado ou do Município.

8. A verba inserta no Tesouro do Estado não pode ter outra destinação senão para o custeio das políticas públicas eleitas pelos governantes e cumprimento das obrigações e mandamentos constitucionais, sob pena de a sociedade – por meio do orçamento destinado ao Executivo – ter que arcar com um novo pagamento, não em seu favor, mas para fazer frente a danos provocados por outros poderes e órgãos autônomos,

não obstante estes já tenham orçamento próprio para tal mister.

9. Ainda que se tenha como certo que a União, o Estado ou o Município são as pessoas jurídicas de direito público a serem acionadas em juízo por particulares que se sintam prejudicados diante de dano ou ato ilícito causado ou pelo Judiciário, ou Legislativo, ou Ministério Público, ou Defensoria Pública, ou Tribunal de Contas – valendo ressaltar, nesse ponto, que estes últimos fazem parte do conceito de Fazenda Pública -, e o pagamento determinado pelo Judiciário seja realizado mediante a expedição de precatório, chega-se à conclusão que o montante a ser destinado para tal adimplemento deve ser retirado do orçamento do Poder ou do órgão autônomo causador do dano que originou a condenação estatal.

10. Quando do pagamento de tais condenações, o Executivo poderá, por ocasião do repasse dos duodécimos, compensar/descontar, do Poder (função) ou órgão autônomo causador do dano ou prejuízo, o montante alusivo ao respectivo pagamento, passando, a partir de então, a se ter um efeito pedagógico para com os demais Poderes e órgãos autônomos, sob pena de afronta ao postulado da separação e harmonia entre os poderes, esculpido no art. 2º da Lei Maior.

11. Visando evitar-se ato ilegal que possa ser eventualmente perpetrado pelo Executivo em dita ocasião, tem-se que tal desconto ou compensação deve estar determinado (a) na parte dispositiva de uma decisão judicial (sentença ou acórdão), na qual a autoridade judiciária, ao condenar a pessoa jurídica de direito público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) ao pagamento de uma indenização ou montante em dinheiro, declare que o devido adimplemento, por meio da expedição de precatório, deve ser retirado do orçamento do Poder (função) ou órgão autônomo causador da condenação estatal, de forma a realçar a autonomia destes e o efeito pedagógico de tal medida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. 2ª tiragem, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Alexio e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



www.lifeeditora.com.br

Adquira mais livros agora mesmo em nosso site.



Esta obra foi composta em Garamond Premier Pro,
criada por Claude Garamond em 1530 impressa em
papel Pólen Soft em novembro de 2018.