

Ano 1, n. 1,
junho de 2017.

ISSN 2526-9267



REVISTA JURÍDICA DA UNOPAR

UNIDADE PONTA GROSSA



unopar

ISSN 2526-9267

Universidade Norte do Paraná

CURSO DE DIREITO

REVISTA JURÍDICA DA UNOPAR

UNIDADE PONTA GROSSA

Ano 1, n. 1, junho 2017.

PRESIDENTE DO GRUPO KROTON
Rodrigo Galindo

SUPERINTENDENTE REGIONAL - SUL
Hélio Rodolfo Navarro

DIRETORA GERAL
Seisa Santana Zuccala

COORDENAÇÃO ACADÊMICA
Edson Makoto Ueno

COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
Flávia Oliveira Alves da Silva

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE UNIÃO

EDITOR

Dr. José Robson da Silva

ASSESSOR TÉCNICO

Homero Alves da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Ana Cláudia Bento Graf

Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Dra. Dircéia Moreira

Dra. Giovanna Paola Primor Ribas

Dr. José Robson da Silva

Dra. Lúcia Cortes da Costa

Dr. Luiz Edson Fachin

Dr. Luiz Rodrigues Wambier

Dr. Paulo César Busato

Dr. Paulo de Tarso Brandão

Dr. Paulo Márcio Cruz

Dr. Ricardo Pavão Tuma

Dra. Rita de Cássia Oliveira

Dra. Silvana Souza Netto Mandalozzo

Dra. Tereza Arruda Alvim Wambier

Dr. Wilson Jerônimo Comel

Bibliotecária: Maria Antonieta Ribeiro Marcolino

REVISTA JURÍDICA DA UNOPAR - UNIDADE PONTA GROSSA - PERIODICIDADE ANUAL

É uma publicação periódica anual de natureza científica e de divulgação de pesquisas acadêmicas, especialmente do Curso de Direito da UNOPAR de Ponta Grossa.

Responsabilidade

As opiniões emitidas bem como os dados apresentados nos textos são da exclusiva responsabilidade dos seus autores.

Citação da fonte

A reprodução total ou parcial dos textos deverá apresentar a citação expressa da fonte.

Permuta

Aceita permuta com revistas congêneres do Brasil e do exterior.

Correspondência:

Revista Jurídica da UNOPAR

UNIVERSIDADE NORTE DO PARANÁ

Rua Tibúrcio Pedro Ferreira, 55 - Ponta Grossa - PR - CEP 84010-090

Fone (42) 3220-9999 - email: revistajuridicapontagrossa@unopar.com.br



Rua Augusto Severo, 1174, Nova Rússia – Ponta Grossa – Paraná – 84070-340

+55 (42) 3027-3021

www.estudiotexto.com.br

EDITORIAL

A Revista Jurídica da UNOPAR de Ponta Grossa, herdeira da Revista Jurídica União, apresenta à comunidade científica o seu primeiro número. A Proposta editorial tem como eixos principais os direitos fundamentais, os direitos da personalidade e os direitos ambientais.

Atualmente o debate e a reflexão jurídica são desenvolvidos em diferentes espaços de manifestação. Mídias tradicionais e as novas redes de comunicação trazem teorias que subjazem aos impérios e idiosincrasias de seus autores.

Os textos doutrinários, até pouco tempo e na sua maior parte, tinham a elegância como regra matriz. No presente, a metáfora e o ataque proliferam em radicalidades que assombram os ancestrais da Academia e do Supremo Tribunal Federal.

Expurgando os discursos injuriosos, é possível encontrar uma renhida luta pela supremacia. É impossível aqui relacionar os marcos teóricos que se confrontam, muitas vezes de modo virulento.

O afã pela superação de teses clássicas levou ao ativismo e corrompeu algumas das bases do Estado Democrático de Direito e o projeto de uma sociedade voltada para a inclusão dos que nada tem.

Na linha de tiro de alguns ativistas o Direito Fundamental à Saúde individual deve prevalecer e sacrificar e.g., o Direito à Educação ou, até mesmo, o Direito Fundamental Coletivo à Saúde.

A perda da ideia de sistema acelera e a Constitucionalização do Direito parece ter dificuldades em deter esta marcha. Isso ocorre porque se manipula e se acentua isoladamente apenas algumas das normas constitucionais.

O Orçamento Público se torna uma peça de ficção e deixa de ser um bem jurídico. Transforma-se numa Caixa de Pandora manejada por agentes públicos que, movido pelas melhores intenções, autorizam tratamentos e internamentos no Exterior e desestabilizam as finanças públicas.

O Pêndulo volta, outra corrente emerge e preconiza o engessamento da hermenêutica. Incentivados pela algaravia ensurdecadora dos batedores de bumbos e painéis teóricas, numa miscelânea de ideias, alguns pretendem aprisionar a interpretação técnica. Nessa caçarola de pontos de vista aliam-se sujeitos que defendem um Estado Mínimo e outros que advogam o crime de hermenêutica.

Direitos fundamentais de primeira geração, que muitos pensavam estar gravados nos textos e nas consciências, estão ameaçados. Retirar a liberdade daqueles que tem um pensamento diverso é retroagir séculos na História do Direito.

É necessário controlar o poder de agentes estatais que a tudo e a todos podem acusar e condenar e exigir-lhes responsabilidades, mas sem o sacrifício da liberdade de expressar e interpretar os textos legais.

A interpretação deve ter o texto, seus princípios e regras, como ponto de partida para a solução dos graves conflitos que campeiam na sociedade de massa. Sem a norma escrita tem-se a completa subjetividade e a anomia.

Nesse contexto de intenso conflito, direitos sociais conquistados em décadas de lutas estão sendo dissolvidos. A “precarização” do emprego, a flexibilização das normas ambientais e a Reforma da Previdência são projetos que estão no cardápio daqueles que não reconhecem a solidariedade como uma norma jurídica.

A Revista Jurídica da Unopar de Ponta Grossa quer participar da reflexão jurídica e ofertar artigos de qualidade que se preocupam com as liberdades públicas e as garantias sociais.

Desejamos a todos boa leitura.

José Robson da Silva.
Editor.

Ficha Catalográfica Elaborada por Maria Luzia Fernandes Bertholino dos Santos – CRB9/986

R454 Revista Jurídica Unopar - v.1, n.1 (jun. 2017)
Ponta Grossa: Unopar, 2017.
v. il. 21x29cm
Anual
ISSN: 2526-9267
Continuação da Revista Jurídica União.

1. Direito fundamental. 2. Direito da personalidade. 3. Direito ambiental. I. T.

CDD : 340

SUMÁRIO

A (in)constitucionalidade da decisão de impronúncia	9
<i>Luís Fernando Lopes de Oliveira</i>	
A inobservância dos princípios do contraditório e ampla defesa no procedimento administrativo disciplinar em âmbito federal e seus principais efeitos.....	19
<i>Natália Roberta Zorzo Rockembach e Rodrigo Simionato</i>	
A questão do aborto.....	33
<i>José Leocadio da Cruz</i>	
Constituição e análise econômica do direito: estudo de casos a partir da teoria da maximização da riqueza de Richard Posner	43
<i>Alexandre Almeida Rocha, Leonardo Ariosi de Sousa e Maria Heloisa Chiaverini de Melo</i>	
Crime formal não exclui a apuração do dolo na conduta do agente: refletindo sobre o Art. 244b, Lei 8069/1990.....	51
<i>Suzane Maria Carvalho do Prado</i>	
Função social da microempresa	59
<i>Consuelo Guasque</i>	
Halbwachs e Bergson: da memória coletiva às ontologias da memória	69
<i>Murilo Duarte Costa Corrêa</i>	
Julgamento colegiado em primeira instância: o magistrado como sujeito de direitos	77
<i>Fabício Bittencourt da Cruz</i>	
O devido processo legal nas ações previdenciárias de ressarcimento ao erário: um estudo sobre o recente posicionamento do STJ.....	83
<i>Andrea Bulka Sahaiko e Vicente Paulo Hajaki Ribas</i>	
O “marco legal da primeira infância” e a concretização dos princípios e paradigmas consagrados pelo Estatuto da Criança e Adolescente: uma avaliação de perspectivas	91
<i>Zilda Mara Consalter, Dirce do Nascimento Pereira e Taís Vella Cruz</i>	
O regime diferenciado de contratações públicas sob a ótica procedimental.....	103
<i>Marcelo Alves da Silva e Isadora Stadler Rocha Leite</i>	
Os recursos hídricos Pós-Constituição Federal de 1988.....	111
<i>Giovanna Paola Primor Ribas</i>	

Prudente arbítrio (do juiz) e indenização por dano moral	119
<i>Wilson J. Comel</i>	
Substituição Tributária.....	123
<i>Homero Alves da Silva e Thais Medeiros Silva</i>	
Vitimologia de gênero: a vítima mulher no cenário do crime e a recente evolução dos meios legais de sua proteção.....	139
<i>Daniele Cristina Bahniuk, Juliana Marques Santos Oliveira e Valéria Mariano Costa</i>	



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DE IMPRONÚNCIA

Luís Fernando Lopes de Oliveira¹

Direito Constitucional e Processual Penal

Resumo: O presente artigo objetiva revelar que a impronúncia, decisão interlocutória terminativa proferida na primeira fase do rito do Tribunal do Júri, que afasta em caráter provisório a competência do Conselho de Sentença para julgamento do caso penal apresenta contradições à ordem constitucional que assegura a máxima efetividade dos direitos fundamentais. O trabalho demonstra que a decisão viola princípios de garantia do indivíduo no processo penal, como o estado de inocência, a vedação do 'bis in idem', vedação de julgamento em prazos desarrazoados além de ferir a segurança jurídica da coisa julgada. Por fim se demonstra a necessidade de reconhecimento de sua inconstitucionalidade apresentando solução jurídica mais adequada para a hipótese de reconhecimento da dúvida na fase do *judicium accusationis*.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Garantias Constitucionais. Inconstitucionalidade. Impronúncia.

Abstract: *This article aims at proving that the dismissal, terminative interlocutory decision rendered in the first phase of the rite of the jury, which departs on an interim basis the competence of the Council of Judgment for trial of criminal case, presents contradictions to constitutional order that ensures maximum effectiveness of fundamental rights. The study demonstrates that the decision violates the principles of guarantee of the individual in criminal proceedings, as the state of innocence, the sealing of 'bis in idem', sealing of judgment in expired term, besides violating the legal security of res judicata. Finally, it shows the need for recognition of its unconstitutionality presenting a more adequate legal remedy in the event of doubt on the recognition phase of accusationis judicium.*

Keywords: *Jury. Constitutional Guarantees. Unconstitutionality. Dismissal.*

INTRODUÇÃO

Passado mais de setenta anos, elaborado sob a influência dos regimes totalitários da Europa e com vocação ditatorial pelo momento histórico que foi produzido no Brasil, o Código de Processo Penal de 1941 ainda vige sistematicamente em texto e cultura, não obstante algumas reformas pontuais, como aconteceu com a modificação dos ritos e das provas em 2008 e mais recentemente no capítulo referente as medidas cautelares pessoais em 2011.

Não obstante as modificações legislativas ocorridas com escopo de adequação do texto processual a nova ordem constitucional, é certo que culturalmente uma parcela considerável dos operadores do direito não se desataram das amarras culturais do período da ditadura, onde a liberdade era a exceção e o princípio prevalente era da presunção de culpa no processo, com as características do clássico modelo inquisitivo.

O presente artigo faz um recorte do rito estabelecido para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, para demonstrar que em sua primeira fase,

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em Direito e Processo Penal pela UNICURITIBA (Curitiba – PR). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL (Curitiba – PR). Advogado. oliveira@gohg.adv.br

rubricada, admissibilidade da acusação, mantém-se vigente resquício de um processo punitivista, porque contrariando todo discurso constitucional de um processo penal de garantias, que prima pela dignidade e liberdade humana, máxima efetividade dos direitos fundamentais, reconhece como garantia o reconhecimento do estado de inocência, herança esta denominada de impronúncia.

O texto revelará que a decisão de impronúncia afronta direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal no processo penal, a saber, o estado de inocência, a segurança jurídica da coisa julgada, a vedação do *bis in idem* e o julgamento dentro do prazo razoável.

Os fundamentos apresentados revelarão a necessidade de reconhecimento da inconstitucionalidade da decisão, bem como se apresenta a hipótese mais adequada para solução do caso penal em substituição a impronúncia, até que o legislador defina de forma diversa.

1 O RITO DO TRIBUNAL DO JÚRI

A referência histórica do Tribunal do Júri e a fase preparatória bem como o julgamento em plenário não serão objeto de abordagem no presente trabalho, delimitado à primeira fase do julgamento do rito estabelecido para os crimes dolosos contra a vida, o juízo de admissibilidade da acusação, também alculhado de sumário de culpa, em especial a decisão de impronúncia.

Para proporcionar o questionamento acerca da impronúncia, necessário se faz interpretar a legislação infraconstitucional, colmatando-a aos direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição da República cujos postulados são extraídos dos seus princípios reitores, submetendo o texto ao processo de filtragem constitucional, que irá determinar a validade daquela norma, considerando que a instituição Tribunal do Júri afigura-se como garantia fundamental do indivíduo a teor do artigo 5º, XXXVIII da Constituição da República.

A Lei nº 11.689/2008, que alterou a antiga redação do Decreto-Lei nº 3.689/1941, deu nova nuance ritualística ao Júri no processo bifásico, no entanto, na primeira fase, pode-se afirmar que a modificação apenas cingiu-se a permitir uma dinâmica que pudesse imprimir maior celeridade ao processo em sua primeira fase, consoante se verifica do disposto no art. 412 do CPP².

O rito bifásico escalonado delimita a primeira fase (*judicium accusationis*) a uma instrução preliminar, quando então o juiz proferindo decisão (mérito ou interlocutória) admitirá ou não a acusação e a competência do Conselho de Sentença para apreciação do caso penal, podendo pronunciar, impronunciar, desclassifi-

car o delito (tecnicamente reconhecimento de incompetência), ou ainda absolver sumariamente o acusado.

As decisões que encerram essa fase de admissibilidade da acusação foram mantidas com redações inalteradas em relação ao texto de 1941, não obstante as severas críticas da literatura quanto à sistemática então adotada.

A Seção II, que trata das decisões proferidas pelo juiz singular, manteve a pronúncia (art. 413 CPP) como juízo de admissibilidade positiva da acusação, a impronúncia (art. 414 CPP), como um juízo negativo provisório, a absolvição sumária (art. 415 CPP), como decisão definitiva de mérito e, por fim, a desclassificação (art. 419) como hipótese de reconhecimento de incompetência do juízo.

2 A NATUREZA DAS DECISÕES PROFERIDAS NA PRIMEIRA FASE

2.1 A PRONÚNCIA

Determina o artigo 413 do Código de Processo Penal³ que o juiz pronunciará o acusado quando convencido da existência de materialidade delitiva indícios suficientes de autoria e participação. A decisão por sua natureza revela-se interlocutória declaratória não terminativa, eis que encerrando a primeira fase do julgamento reconhece a competência do Conselho de Sentença para julgamento do indivíduo e do caso penal.

A decisão na forma contida na reforma de 2008, não passou imune às críticas, focadas em especial ao fato de atribuir ao magistrado instrutor na primeira fase os limites da acusação em plenário, por força da supressão do libelo-crime acusatório, por violar o princípio acusatório implicitamente contido na Constituição.

Incumbe-se ao juiz o dever de fundamentar sua decisão por força da norma contida no artigo 93 IX da CR, restringindo a sutil e não valorativa declaração de reconhecimento de materialidade e indícios de autoria apta a declarar a competência do Conselho de Sentença.

Ainda que a decisão tenha por finalidade declarar a submissão do acusado por crime doloso contra vida e conexos a julgamento em plenário, é certo que a decisão também funciona como um freio que se coloca a disposição do indivíduo contra a sanha acusatória do Ministério Público (RANGEL, 2012, p. 148).

O filtro valorativo que deve pautar a pronúncia destina-se evitar hipóteses de julgamentos em plenário sem o mínimo de respaldo probatório, sendo que a decisão deve ser interpretada de forma a elevá-la à real garantia, eis que esta não poderá expor o acusado ao risco infundado de ser condenado por juízes leigos (SILVA, 2010, p. 62).

2 Art. 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

3 Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

2.2 A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

Consoante rol estabelecido no artigo 415 do Código de Processo Penal⁴, é lícito ao juiz proferir sentença absolutória de mérito quando reconhecer a incidência de uma das hipóteses contempladas no dispositivo legal. Referida decisão veda a possibilidade de submissão do acusado, reconhecidamente inocente, ao risco do julgamento pelo Conselho de Sentença, quando restar provada de forma manifesta e incontestável a inexistência do fato ou da autoria, ou nas situações também manifestas de excludentes, de ilicitude e culpabilidade.

Vicente Greco Filho (2012, p. 441) assinala que os tribunais somente admitem a absolvição sumária quando restarem manifesta as excludentes, sob o fundamento de que, sendo o Conselho de Sentença o juiz natural da causa para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não deveria o juiz subtrair o processo desse se restasse dúvida sobre as excludentes.

Sob esse argumento estar-se-ia por legitimar a aplicação do princípio do *'in dubio pro societate'* nesta fase do julgamento, em detrimento do princípio do juiz natural da causa, o que não se considera a melhor decisão por falta de respaldo de um mandamento legal que autorize que a dúvida não se resolva de forma favorável ao indivíduo.

O Conselho de Sentença somente será considerado competente, com dúvida resolvida em favor do indivíduo, após a submissão do feito ao filtro realizado pelo juiz togado na primeira fase do rito, de forma a evitar um julgamento em plenário que coloque em risco injustificado a liberdade do indivíduo.

Aury Lopes Júnior (2012, p. 1012) afirma que o inventado princípio do *'in dubio pro societate'* não encontra qualquer fundamento na ordem democrática, violando seu reconhecimento a garantia constitucional do estado de inocência, que possui como vertente o *'in dubio pro reo'*. Ressalta, ainda, que por trás deste discurso a incidência da absolvição sumária passa a ser excepcional, acabando por enviar a imensa maioria dos casos a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Deve-se resolver a causa penal com aplicação do princípio do estado de inocência, funcionando a absolvição sumária como instrumento de garantia, um filtro processual na primeira fase, evitando julgamentos em plenário quando a prova autorizar outra medida (LOPES JR., 2012 p. 1013). Estando o juiz convencido da excludente, e não precisa ser, indubitavelmente, submeter o indivíduo a júri popular seria colocar em risco seu direito de liberdade (GRECO FILHO, 2012, p. 441)

Considere-se, ainda, que o Tribunal do Júri é competente para julgar um crime doloso contra a vida. Quando o juiz da primeira fase reconhece, indene de dúvidas, uma excludente de crime, não há, enfim, o

4 Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

que remeter ao plenário. Vale lembrar que o juiz singular também é o juiz natural da causa nesta fase, não revelando qualquer inconstitucionalidade a decisão que subtrai o julgamento de plenário sob a fundamentação de violação a tal princípio.

2.3 A DESCLASSIFICAÇÃO

Prevista no artigo 419 do Código de Processo Penal⁵ sua natureza é de decisão desclassificatória própria, com o reconhecimento de que o caso penal posto a julgamento é de competência do juiz singular, e não do Tribunal do Júri, remetendo-se os autos àquele. A desclassificação operada na primeira fase do julgamento, vez que pode acontecer também em plenário, isto é, na fase da admissibilidade, desnatura o crime doloso contra a vida, dando nova ou verdadeira feição ao fato-crime (RANGEL, 2012, p. 177).

2.4 A IMPRONÚNCIA

Conforme definição contida no artigo 414 do Código de Processo Penal⁶, representa a impronúncia decisão acerca da inadmissibilidade da acusação na primeira fase do rito do Tribunal do Júri, quando o juiz não está convencido da materialidade do fato e/ou da autoria delitiva, sendo sua natureza de tratar-se de decisão interlocutória terminativa.

Nesta decisão o juiz conclui que não há provas da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação para levar o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri. Neste sentido, pode-se dizer que a impronúncia é uma decisão que extingue o processo, sem julgamento de mérito, sem possibilidade de reexame no mesmo grau (FEITOZA, 2008 p. 852).

A decisão na forma idealizada pelo legislador reveste-se de uma única finalidade, apenas de não conduzir o acusado a julgamento pelo Conselho de Sentença em hipóteses de dúvida, não afastando a responsabilidade criminal imputada ao indivíduo, pela possibilidade de renovação do processo penal na hipótese de descoberta de novas provas. A impronúncia tem mera natureza declaratória, denominada em função de seu conteúdo não definitivo, equivocadamente de absolvição tão somente de instância.

5 Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1o do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

6 Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

3 A PROBLEMATIZAÇÃO DA DECISÃO DE IMPRONÚNCIA

A indefinição quanto à posição jurídica do acusado, após a preclusão da impronúncia, revela a possibilidade de afirmação de violação à ordem constitucional. Isto porque, mesmo submetido o fato a julgamento e a uma decisão judicial, paira sobre o impronunciado situação de total incerteza e insegurança jurídica na medida em que a descoberta de novas provas permite a propositura de nova ação, com oferecimento de nova denúncia sobre o mesmo fato, o que revela flagrante violação a direito fundamental do indivíduo no processo penal, aqui especificamente a de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato. A vedação do *'bis in idem'* é garantia processual fundamental.

A decisão de impronúncia acaba por encerrar o processo sem, contudo absolver ou pronunciar, ausência de prestação jurisdicional plena, vez que o caso penal não resta resolvido, mantendo o indivíduo em uma pendência processual mesmo submetido a um devido processo e julgamento no qual se reconheceu ausência de elementos indiciários de autoria e/ou materialidade, hipótese em que o resultado final deveria corresponder a absolvição, como ocorre nos demais ritos.

A impronúncia acaba encerrando o processo sem julgamento do mérito, não havendo produção de coisa julgada material, eis que o processo pode ser reaberto a qualquer tempo. A decisão acaba não resolvendo a situação do indivíduo, remanescendo um estado de pendência, pois o indivíduo, mesmo diante de uma decisão exarada por juiz competente, não está absolvido e nem condenado, podendo, ainda, ser processado enquanto não ocorrer a prescrição do crime ou outra causa extintiva de punibilidade (LOPES JR. 2012).

O fundamento de que a impronúncia revela-se necessária, pela impossibilidade de subtrair o julgamento do Conselho de Sentença, é frágil, na medida em que a hipótese de absolvição sumária permite isso, e como já dito, na fase da formação da culpa o magistrado sentenciante também é o juiz natural competente no processo, restando assim refutado qualquer argumento justificador de sua manutenção na atual ordem democrática.

O argumento de que a dúvida deve prevalecer em favor da sociedade porque se está abstraindo o juiz natural da causa também é frágil e inconsistente, porque não há respaldo jurídico que a sustente na atual ordem democrática. A dúvida no processo deve sempre ser resolvida em favor do indivíduo, garantindo seu estado de inocência, situação que a impronúncia não faz. Estando o Tribunal do Júri entre as garantias fundamentais do indivíduo, com a prevalência de todos os princípios de proteção a este inerente não há justificativa de se reconhecer nesta fase um *'princípio do in dubio pro societate'*.

O ônus da prova atribuído exclusivamente ao acusador também na primeira fase do rito do Tribunal do Júri é corolário do princípio do estado de inocência, pelo qual se assegura o assento constitucional do prin-

cípio do *'in dubio pro reo'*, não mais podendo admitir-se construções teóricas que autorizem o reconhecimento de postulado diverso com objetivo de manter amarras do indivíduo com o Estado, com risco de submissão a um julgamento temerário em plenário [baseado em convicção íntima, secreta e soberana].

Falhando-se o propósito acusatório, outra solução não se admite do que o reconhecimento do *'in dubio pro reo'*, cuja aplicação é a de manutenção da higidez da inocência, cuja impronúncia não realiza. O indivíduo no processo, com a impronúncia, não é acusado, condenado ou inocente. É, talvez, um culpado em potencial que o Estado repressor tentará colocar no banco dos réus.

Aury Lopes Jr., sobre isso, afirma que:

Ao não decidir nada em favor do réu, a impronúncia gera um estado de pendência, de incerteza e insegurança pessoal. O processo pode ser a qualquer momento reaberto, desde que exista prova nova. A situação somente é definitivamente resolvida quando houver a extinção da punibilidade, ou seja, a prescrição pela maior pena em abstrato, o que pode representar 20 anos de espera. (LOPES JR., 2012, p. 288)

Na verdade, a manutenção da decisão no ordenamento revela o ranço do processo inquisitivo, mantendo-se o indivíduo à disposição do Judiciário para que possa vir a ser punido a qualquer momento se e quando encontradas novas provas. A incerteza e insegurança processual são os grandes inconvenientes da decisão, eis que proferida não revela que o acusado esteja absolvido, pois em que pese não ser submetido ao Tribunal do Júri, não está completamente livre da imputação (LOPES JR. 2012).

Consoante, adverte Paulo Rangel, a decisão de impronúncia é um nada, eis que a situação jurídica do acusado não é de condenado nem de inocente. Afigura-se um *stand by* processual, vez que mesmo com uma decisão favorável, assentada na dúvida, o indivíduo permanece sentado no banco de reservas aguardando o aparecimento de novas provas ou o decreto extintivo de punibilidade (RANGEL, 2014).

Bem sabido que o nosso processo penal hodierno de cultura inquisitiva – não obstante os nortes constitucionais há muito indicarem o contrário –, vem revelando grau pleno/máximo de normatividade, em detrimento de normas constitucionais também de eficácia plena, num absurdo tal a permitir que juízes venham negando o reconhecimento de direitos fundamentais nos casos penais, invocando a aplicação da letra fria da legislação infraconstitucional.

Não pode ser debilitada a certeza do vínculo entre processo e Constituição, estipulada em uma medida exclusivamente formal, mas como consciente tomada de posição, pelos profissionais operadores do direito, sobre a importância de aplicar e impor as regras processuais tendo em vista o fio condutor dos direitos fundamentais (PRADO, 2005).

Geraldo Prado observa a prática cotidiana:

Os Códigos são visíveis! E apagam os princípios constitucionais do processo penal, pois a mera existência das regras codificadas, apesar de inconstitucionais, ocultam os princípios e sugerem argumento de autoridade que, descontextualizado, parece empurrar contra a parede quem defende ponto de vista contrário: a legalidade. (PRADO, 2005, p. 9)

Retomando ao ponto nevrálgico. A justificativa apresentada pelo legislador, mantendo-se a figura da impronúncia na reforma de 2008, tal qual a redação constante na legislação de 1941, cujos argumentos são reproduzidos pelos magistrados, é de que prolação de decisão diferente da impronúncia na fase de admissibilidade da acusação acabaria por subtrair a competência do Conselho de Sentença para julgamento do caso penal.

Ora, se o próprio legislador prevê a absolvição sumária na primeira fase do procedimento, quando o juiz reconhecer pela prova produzida no processo, hipótese de afastamento da competência de julgamento do caso penal pelo Conselho de Sentença, ante a temerária submissão do acusado a julgamento em plenário, restam refutados os argumentos que sustentam a necessidade da decisão de impronúncia.

De tal forma, o juiz instrutor, no momento em que absolve sumariamente o indivíduo com base em um dos fundamentos constantes nos incisos do artigo 415 do CPP, de fato analisa o mérito mediante a ponderação do *quantum* de conteúdo de prova lançado restando subtraída a competência do Tribunal do Júri.

O modelo legal idealizado sob a justificativa de impossibilidade de afastar o julgamento pelo juiz natural da causa – o Conselho de Sentença – em hipóteses de dúvidas reconhecidas sobre a autoria e/ou ausência de prova da materialidade, ao final da primeira fase do julgamento escalonado, afrontam os valores que informam toda Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana e seu direito fundamental à liberdade plena.

Eugenio Pacelli de Oliveira (2014), em alusão ao debate, propõe acabar com a decisão de impronúncia sob o fundamento da ausência de provas, remetendo o processo ao Tribunal do Júri em tais situações. Ou, então, que não seja admitida a absolvição sumária, eis que ambas as decisões acabam por afastar a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Aury Lopes Jr. (2012) afirma as razões pelas quais entende ser inconstitucional a impronúncia:

Trata-se de uma decisão substancialmente inconstitucional e que viola, quando de sua aplicação, a presunção de inocência. Se não há prova suficiente da existência do fato e/ou da autoria, para autorizar a pronúncia (e, recorde-se, nesse momento processual, vigora a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*), a decisão deveria ser absolutória. (LOPES JR., 2012, p. 288)

Da mesma forma, Paulo Rangel é categórico quanto à questão da inconstitucionalidade, por entender que a impronúncia mantém o acusado em um *banco de reservas* aguardando que alguém produza nova prova do fato, antes de extinta a punibilidade como autoriza o artigo 414, parágrafo único do Código de Processo Penal, acarretando insegurança jurídica pela manutenção de um processo em estado latente:

Trata-se de decisão inconstitucional, que não dá ao acusado a certeza de que o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública e do ônus da prova, falecendo no seu mister, pedirá a absolvição. Até porque o princípio da presunção de inocência (para nós, princípio da inversão do ônus da prova) informa essa fase processual. Se o réu é inocente e não se achou indícios suficientes de que é o autor do fato que lhe foi imputado, não faz sentido ser impronunciado e ficar aguardando, para sua (in)segurança, a extinção da punibilidade. Inclusive porque o legitimado poderá ir para o cível promover a competente ação civil de ressarcimento de danos. (RANGEL, 2014, p. 594).

Na exata medida em que a Constituição opta pela tutela dos direitos fundamentais e sua máxima efetividade e proteção, a estrutura processual penal há de ser aplicada com observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos os direitos e garantias, entre elas a do processo e da segurança (PRADO, 2005).

4 AS VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS DECORRENTES DA IMPRONÚNCIA

4.1 O ESTADO DE INOCÊNCIA E A SEGURANÇA JURÍDICA DA COISA JULGADA

A decisão de impronúncia, proferida após submissão do acusado a um autêntico julgamento na primeira fase do procedimento, ainda que sob a rubrica de admissibilidade da acusação, afeta substancialmente o estado de inocência e o pleno direito de liberdade, constitucionalmente assegurada pelo princípio da não culpabilidade. A concretização jurídica de inocente, de fato, impõe inúmeras consequências, a começar pelo esvaziamento de uma antiquíssima regra processual penal, relativa sobretudo à questão probatória, a saber, a do *'in dubio pro reo'*.

Ora, se a inocência institui-se como direito subjetivo, toda e qualquer flexibilização desse direito haverá de partir da afirmação de uma certeza judicial; primeiro, somente quando a restrição estiver prevista em lei, e, segundo, quando, além de prevista em lei, a decisão judicial restritiva puder assentar-se em fundamentação *igualmente* constitucional, de tal modo que a aplicação do Direito não se resuma ao mero juízo de subsunção de um fato à norma (OLIVEIRA, 2014).

Ressalte-se que a decisão de impronúncia macula a vida pregressa do acusado, eis que a certidão de seus

antecedentes atestará a existência da decisão interlocutória, enquanto não extinta a punibilidade, restando ao imputado aguardar o final da cerimônia fúnebre que representa o processo penal (RANGEL, 2007).

O parágrafo único do artigo 414 do Código de Processo Penal permite a reformulação de nova acusação, condicionada à existência de novas provas, consideradas estas como descobertas após a preclusão da decisão de impronúncia, admitindo-se excepcionalmente provas que já existiam, mas que por alguma razão não formaram o acervo no primeiro julgamento.

Ao reconhecer essa possibilidade, resta evidente que a decisão não faz coisa julgada material, mantendo-se o indivíduo vinculado a uma eventual nova pretensão acusatória, até que de alguma forma aperfeiçoe-se alguma hipótese extintiva de punibilidade, de regra, que se opere a prescrição punitiva. A ideia de que a decisão de impronúncia importa em absolvição de instância é falaciosa, porque o acusado permanece preso às amarras do processo.

Paulo Rangel nesse sentido nega vigência à norma:

No Estado Democrático do Direito não se pode admitir que se coloque o indivíduo no banco dos réus, não se encontre o menor indício de que ele praticou o fato e mesmo assim fique sentado, agora, no banco de reserva, aguardando ou novas provas ou a extinção da punibilidade, como se ele é quem tivesse que provar sua inocência, ou melhor, como se o tempo é que fosse lhe dar a paz e a tranquilidade necessárias. A decisão de impronúncia não é nada. O indivíduo não está nem absolvido nem condenado, e pior: nem vai a júri. Se solicitar sua folha de antecedentes, consta o processo que está encerrado pela impronúncia, mas sem julgamento de mérito. Se precisar de folha de antecedentes criminais sem anotações, não o terá; não obstante Estado dizer que não há os menores indícios de que ele seja o autor do fato, mas não o absolveu. (RANGEL, 2007, p. 104-105).

Como o rito da primeira fase do Tribunal do Júri estabelece uma completa instrução probatória, tanto que permite ao seu final que o juiz absolva sumariamente o acusado, mesmo destino mereceria a decisão que não reconhecesse a existência de elementos aptos a remeter o processo a plenário, porque concluída estaria a atividade jurisdicional deflagrando a segurança da coisa julgada.

Paulo Rangel (2014) reafirma aqui também a duvidosa constitucionalidade da impronúncia por não assegurar ao acusado a certeza de que falhando o Ministério Público na sua empreitada acusatória restará absolvido, eis que também na primeira fase do Rito, remanesce a garantia do estado de inocência.

A segurança jurídica da coisa julgada é garantia fundamental, sem a qual a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos do cidadão, sendo sem sentido admitir o direito de acesso à justiça, sem dar ao indivíduo o direito de ver seu conflito solucionado definitivamente (GRECO, 2006).

A decisão de impronúncia não assegura a segurança jurídica da coisa julgada, por força do parágrafo único do artigo 414 do CPP, operando a decisão simples preclusão temporal.

Por força das garantias constitucionais não pode o indivíduo permanecer no aguardo de alguma causa extintiva de punibilidade, a merecer destaque o longo tempo da prescrição dos crimes dolosos contra a vida, para então desvencilhar-se do processo criminal.

A prevalecer as garantias, encerrado o juízo de admissibilidade da acusação na primeira fase procedimental, ou se pronuncia, porque reconhecidos os elementos para levar o julgamento a plenário, ou afasta-se qualquer responsabilidade criminal do indivíduo, fato somente possível com o decreto absolutório.

4.2 O PRAZO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO PROCESSO

Um direito fundamental, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, previsto no art. 5 LXXVII da Constituição da República, assegura o julgamento do processo dentro de um prazo razoável, na linha preconizada pelo Pacto de São José da Costa Rica no seu artigo 8º, 1, do qual o Brasil é signatário⁷.

Referida garantia fundamental insere-se no cenário do direito processual de modo a coibir prática de excessos evitando o encarceramento cautelar e a prorrogação de processos incluindo investigações com dilações temporais irrazoáveis, injustificadas e desproporcionais.

Como afirma Gilmar Mendes, o princípio em apreço “proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.” (MENDES *in* LEITE; SARLET, 2009, p. 382).

Assegura como obstáculo a delonga na finalização do processo condenatório com indevida passagem de tempo à consecução de sua finalidade, a de por fim à relação jurídica, eis que o imputado tem o direito a solução do conflito pelo órgão jurisdicional competente (TUCCI, 2009).

Embora a legislação informe um prazo para o fim da instrução processual, tanto no rito comum, como no rito do júri, é possível afirmar a existência de um *não prazo* frente a inexistência de sanção processual por descumprimento dos prazos fixados em lei, a prevalecer assim o critério da razoabilidade.

Adverte Aury Lopes Jr.:

Não só o poder de acusar está condicionado no tempo, senão também que o réu tem o direito de ver seu caso julgado. A situação de incerteza prolonga a pena-processo por um período de

7 Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (sublinhou-se)

tempo absurdamente dilatado (como será o da prescrição da pena em abstrato nesses crimes), deixando o réu a disposição do Estado, em uma situação de eterna angústia e grave estigmatização social e jurídica. Retorna à lógica inquisitorial, a extinção da punibilidade tampouco resolve o grave problema criado, não só porque constitui uma absurda (de)mora jurisdicional, mas também porque não o absolve plenamente. Significa apenas que “o réu foi suficientemente torturado e nada se conseguiu provar contra ele”, no mais puro estilo do *Directorium Inquisitorium*. (LOPES JR., 2012, p. 289).

Considerando as graves consequências, psicológicas, sociais, processuais e pecuniárias do processo, imperiosa a agilização do procedimento, a fim de que elas se minimizem pela conclusão dentro de um prazo razoável (MENDES, 2009), restabelecendo por completo o estado de inocência afetado pela persecução penal.

Como assevera Gilmar Mendes:

O direito à razoável duração do processo, a despeito de sua complexa implementação, pode ter efeitos imediatos sobre situações individuais, impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo, legitimando a adoção de medidas antecipatórias, ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica. (MENDES in LEITE; SALES, 2009, p. 382-383).

Sugere-se a título exemplificativo a situação de um indivíduo acusado de homicídio simples sendo impronunciado. Pela regra estabelecida pelo Parágrafo Único do art. 414 do Código de Processo Penal, o Estado poderia investigar e renovar a acusação enquanto não operada qualquer causa extintiva de punibilidade.

Entre as causas elencadas no artigo 107 do Código Penal, ter-se-ia como passível de aplicabilidade a prescrição da pretensão punitiva, que na hipótese ocorreria em 16 (dezesesseis) anos, em um homicídio qualificado, na mesma situação, a insegurança jurídica chegaria a 20 (vinte) anos, segundo o que dispõe o artigo 109 do diploma legal citado.

Nas palavras de Rogério Lauria Tucci:

Afigura-se, com efeito, de todo inaceitável a de longa na finalização do processo de conhecimento (especialmente o de caráter condenatório) com a ultrapassagem de tempo necessário à consecução de sua finalidade, qual seja, a da definição da relação jurídica estabelecida entre o ser humano, membro da comunidade, enredado na *persecutio criminis*, e o Estado: o imputado tem, realmente, direito ao pronto solucionamento do conflito de interesse de alta relevância social que os respectivos autos retratam, pelo órgão jurisdicional competente. (TUCCI, 2009, p. 209)

Impassível de dúvida que a submissão do indivíduo a este longo tempo de espera, pairando sobre sua

cabeça a “Espada de Dâmocles⁸”, fere a garantia constitucional de um julgamento nos limites de razoabilidade temporal. É na consolidação da situação de incerteza e instabilidade jurídica da decisão de impronúncia que se reputa a mesma contrária à ordem constitucional por violação também da garantia de julgamento do processo dentro de um prazo razoável.

Por consequência da violação constitucional de uma garantia fundamental, duração do processo em prazo razoável, tem-se também por esse viés que a impronúncia é inconstitucional, eis que estende a incerteza do julgamento e, por conseguinte, a insegurança jurídica que não pode pairar sobre o indivíduo acusado penalmente, em prazo desarrazoado.

4.3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO BIS IN IDEM E DA REVISÃO PRO SOCIETATE

O parágrafo único do art. 414 do Código de Processo Penal contempla permissivo legal, para que o indivíduo impronunciado seja submetido a nova ação. Se subsistente a regra citada, o indivíduo fica a mercê de ser submetido a julgamento duas vezes pelo mesmo fato, evidenciada a existência de novas provas, conhecidas após o primeiro julgamento. Sendo a decisão de impronúncia uma decisão de caráter definitivo, não se poderia permitir a renovação da acusação, por incorrer em autêntico ‘*bis in idem*’, obstáculo garantido pela garantia da coisa julgada.

Nas palavras de Eugenio Pacelli de Oliveira:

Acontece que não nos parece possível distinguir uma decisão judicial, ou mais que isso, os seus efeitos, a partir unicamente da menor ou maior qualidade da atuação desenvolvida pelas partes na fase instrutória. Por que razão, então, permite-se a absolvição do réu, quando não houver prova de ter ele concorrido para a infração penal (art. 386, IV, CPP), pelo juiz singular em todos os demais procedimentos? Absolvição mesmo, e não mera improcedência da denúncia. Qual seria

8 A espada de Dâmocles simboliza a precariedade das situações humanas. “Dâmocles é uma figura participante de uma história moral que faz parte da cultura grega clássica. A personagem pertence mais propriamente a um mito que figurou na história perdida da Sicília, escrita por Timaeus de Tauromenium entre 356 e 260 anos antes de Cristo. Cícero pode tê-la lido no *Diodorus Siculus* e fez uso dela em suas *Tusculan Disputations* v.61 - 62. Conta-se pois que Dâmocles, era um cortesão bastante bajulador, na corte de Dionísio I de Siracusa – um tirano do século 4 a.C., na Sicília. Ele dizia que, como um grande homem de poder e autoridade, Dionísio era verdadeiramente afortunado. Então, Dionísio ofereceu-se para trocar de lugar com ele apenas por um dia, para que ele também pudesse sentir o gosto de toda esta sorte. Assim, à noite, um banquete foi realizado onde Dâmocles adorou ser servido como um rei e não se deu conta do que se passava por cima de si. Somente no fim da refeição ele olhou para cima e viu uma espada afiada suspensa por um único fio de rabo de cavalo, directamente sobre a sua cabeça. Imediatamente perdeu o interesse pela excelente comida e pelas belas mulheres ou eunucos que o rodeavam e abdicou de seu lugar dizendo que não queria mais ser tão afortunado. A espada de Dâmocles é assim uma alusão, frequentemente usada, para representar a insegurança daqueles com grande poder que podem perdê-lo de repente devido a qualquer contingência ou sentimento de dano iminente.” Disponível em: <http://www.novaera-advocacia.net/a_espada_de_damocles.htm>. Acesso em: 01 set. 2014.

a diferença, do ponto de vista ontológico (do ser da decisão), entre uma e outra? Por isso, estamos convencidos de que o parágrafo único do citado art. 409 [atualmente 414] configura verdadeira e inaceitável violação do princípio da vedação da 'revisão *pro societate*'." (OLIVEIRA, 2014, p. 562)

A vedação da dupla acusação ingressa no ordenamento através do Pacto de San José da Costa Rica em seu art. 8º, 4, representando portanto também garantia fundamental, violada pela decisão de impronúncia, a partir do momento em que se permite renovação da acusação pelo mesmo fato, condicionada a nova prova.

Eugênio Pacelli de Oliveira adverte que:

A razão de ser da vedação da revisão *pro societate* fundamenta-se na necessidade de se preservar o cidadão sob acusação de possíveis desacertos – escusáveis ou não –, encontráveis na atividade persecutória penal, atuando o princípio, também, como garantia de maior acuidade e zelo dos órgãos estatais no desempenho de suas funções administrativas, investigatórias, judiciárias e acusatórias. (OLIVEIRA, 2014, p. 49).

Vicente Greco Filho também adota postura sobre a inconstitucionalidade, da impronúncia, invocando violação ao princípio do "*ne bis in idem*" inserido no nosso ordenamento pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil em 25.09.92. Diz o autor referindo-se à impronúncia:

[...] entendemos que essa disposição é inconstitucional, por violar o princípio de liberdade de que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato. Porque nos crimes dolosos contra a vida alguém pode sofrer o constrangimento de um processo penal sem que isso extinga definitivamente a pretensão punitiva e nos demais crimes não? [...] Não existe mais razão social ou jurídica para que a impronúncia admita nova ação penal sobre o mesmo fato. (GRECO FILHO, 2012, p. 394)

Não se tem dúvida de que a submissão do indivíduo a novo processo, seja em que prazo for, fere de morte sua garantia de não ser submetido a dupla acusação. A afirmação que a impronúncia não tem carga decisória plena é inconvincente na medida em que o juiz declara a inexistência de provas contra o indivíduo, do contrário teria que pronunciar.

O argumento de que não caberia ao juiz singular subtrair a competência do Conselho de Sentença, já foi repetidamente refutada, restando, por fim, admitir que uma decisão desta natureza só se justifica em um Estado autoritário onde prevalece a presunção de culpa, restando ao indivíduo aguardar o Estado conseguir a prova que precisa para condenar. Esse sistema é incompatível com a ordem democrática que tem na dignidade da pessoa sua viga mestre.

4.4 A SISTEMÁTICA RECURSAL COMO INDICATIVA DE NOVA CONCEPÇÃO DA IMPRONÚNCIA

O legislador, por ocasião da reforma do Código de Processo em 2008, alterou a sistemática recursal, substituindo o recurso em sentido estrito pela apelação como meio impugnativo da decisão de impronúncia, consoante redação do art. 416 do CPP.

Tradicionalmente, a classificação da impronúncia por sua natureza, é de decisão interlocutória mista terminativa, eis que a mesma põe fim ao processo sem julgamento de mérito, não fazendo coisa julgada material.

Não havendo o juízo de certeza acerca da situação jurídica do acusado, nem culpado, nem inocente, a decisão terminativa de instância deveria ser atacada pelo recurso adequado como meio de impugnação à decisão interlocutória, mas o legislador assim não entendeu, criando outra distorção legislativa.

O texto do novo artigo 416 do Código de Processo Penal sinaliza, ao contemplar a apelação como recurso oponível e a considerar a sistemática recursal, opção pelo entendimento de tratar-se a impronúncia de sentença com força de definitiva, equiparando-a, ainda que por via oblíqua, à decisão absolutória.

Não se concebe apelação como recurso viável para impugnação de decisão interlocutória. Tanto é que restou mantido na reforma o recurso em sentido estrito como via impugnativa da pronúncia, decisão que encerra a primeira fase do rito do Júri.⁹

A opção legislativa, alterando a via impugnativa da decisão, ainda que indiretamente, foi erigida neste ponto à categoria de sentença com força de definitiva, como a decisão absolutória, razão pela qual também sob este viés, ser possível reconhecer um autêntico julgamento do caso penal na fase instrutória preliminar, a merecer a segurança jurídica da imutabilidade absoluta, coisa que vem se repetindo a impronúncia não faz.

4.5 O EMPREGO DA ANALOGIA E A ABSOLVIÇÃO PLENA

Se ao final da primeira fase do julgamento do rito do Tribunal do Júri não se desincumbiu o acusador de seu ônus probatório, estando o juiz em dúvida acerca da materialidade delitiva, ou se o acusado não é o au-

9 Contra a impronúncia não é mais cabível recurso em sentido estrito (ficando revogada a segunda parte do inciso IV, do art. 581, do CPP). Nos termos do art. 416, CPP (nova redação), para vergastar a impronúncia será cabível apelação, destacando-se sua natureza de sentença terminativa. O recurso de apelo não tem o chamado efeito regressivo (aquele que autoriza o juiz prolator da decisão se retratar e modificar o mérito do julgado). Se, de acordo com a disposição revogada, o magistrado que impronunciou o réu, ao receber o recurso em sentido estrito contra esta decisão, podia, antes de determinar o seu processamento, ou a sua remessa para o tribunal com competência para apreciá-lo, proferir juízo de retratação, com a conseguinte pronúncia do acusado primeiramente impronunciado. A partir da nova redação do art. 416, CPP, o cabimento de apelo afasta o efeito regressivo. Diferentemente, sendo o réu primeiramente pronunciado, contra essa decisão será cabível recurso em sentido estrito, podendo o juiz constatar seu equívoco e resolver por impronunciá-lo. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2010.)

tor do crime, a solução mais apropriada dentro de um processo de garantias é a decisão absolutória, e não a impronúncia.

Trata-se da aplicação do princípio do favor rei, pelo qual é ônus da acusação a prova da culpa, inobservância que determina a aplicação de decisão favorável ao acusado no processo.

O recurso da aplicação analógica, ante a ausência da impronúncia pelo reconhecimento da sua inconstitucionalidade, determina aplicação subsidiária de uma das hipóteses do artigo 386 do Código de Processo Penal nos moldes do permissivo contido no art. 3º do mesmo diploma legal, o qual elenca os fundamentos em que o juiz deverá absolver o indivíduo, culminando na imutabilidade da decisão.

Aos processualistas que não admitem a miscigenação de ritos, a solução seria a aplicabilidade da absolvição sumária, com aplicação genérica do artigo 415 do Código de Processo Penal. O que importa, por uma ou outra hipótese é que restaria assegurada ao indivíduo a segurança jurídica da coisa julgada da decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ponderou-se ao longo deste trabalho acerca da inconstitucionalidade da decisão de impronúncia, por constituir a decisão e seus efeitos instrumento inadequado colocado a disposição do Estado para punir, mantendo o indivíduo por longo período de espera aguardando um incerto e novo processo, mesmo submetido a julgamento, para então romper as amarras que os unem pelo fato/crime, em uma incerteza processual que beira o absurdo.

Revelou-se que a impronúncia não deveria transpor o sistema de filtragem constitucional em face de sua flagrante afronta a direitos fundamentais assegurados na Constituição. Ao manter o indivíduo em uma situação de incerteza, nem culpado e nem inocente, o Estado acaba por revelar a sua face mais odiosa, totalitária. Mantém o impronunciado a si vinculado, projetando uma intenção desvelada de que pretende achar provas para punir, mesmo diante de um estado de inocência declarado por norma constitucional.

O trabalho é pródigo de jurisprudências que reconheçam a alegada inconstitucionalidade, farta seria de decisões que reconhecem a impronúncia como necessária, sob o frágil argumento que o magistrado singular não pode dar definição outra em hipótese de dúvida, sob pena de estar invadindo a competência constitucional do Conselho de Sentença.

As decisões se reproduzem e se contaminam sob este argumento, confirmando a tese que se pretendeu demonstrar, de que não basta afirmar a vigência, é preciso desfrutar o sabor e a sensação de liberdade propiciados pela Constituição, dela se aculturar, rompendo com a herança inquisitiva que assola ainda hoje o processo que se pretende acusatório. De nada adianta mudar os métodos ou os instrumentos, se os torturadores continuarão os mesmos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Tomo I – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, L. G.; GRANDINETTI Castanho de. (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. Teoria, Crítica e Práxis. 5. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial e efetiva dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Canotilho**. São Paulo: RT, 2009. p. 372-400.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Processo e Hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. (referência não encontrada no corpo do texto)

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. **Tribunal do Júri: o novo rito interpretado**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.





A INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM ÂMBITO FEDERAL E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS

Natália Roberta Zorzo Rockembach¹
Rodrigo Simionato²

Resumo: O tema desenvolvido no presente estudo tem como finalidade demonstrar a importância da efetiva aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa no Processo Administrativo Disciplinar (PAD) em âmbito federal, demonstrando que a inobservância destes geram inúmeros prejuízos ao acusado, tendo como maior consequência a nulidade de todo o processo, bem como em quais momentos do PAD podem ocorrer a violação de tais princípios. Recorrendo às pesquisas bibliográfica e qualitativa, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que a não observância das prerrogativas dos agentes públicos resulta na lesão os seus principais direitos fundamentais, sob a égide da nossa Constituição Federal de 1988 e das Leis Federais nº 8.112/90 e nº 9.784/99.

Palavras-chave: Processo Administrativo. Princípios. Público federal. Nulidade. Devido processo legal.

Abstract: *The theme developed in the present study aims to demonstrate the importance of effective application of the principles of the contradictory and full defense in the Administrative Disciplinary Process (PAD) at the federal level, demonstrating that the failure of these generate numerous losses to the accused, with the largest consequence the nullity of the whole process. And in which PAD moments may occur violation of these principles. Resorting on bibliographic research and qualitative, the aim of this study is to demonstrate that the non compliance with the prerogatives of public officials results in injury to his main fundamental rights under the aegis of our Federal Constitution of 1988 and the federal law No 8.112/90 and No 9.784/99.*

Keywords: *Administrative Process. Principles. Federal Public. Nullity. Due legal process*

INTRODUÇÃO

O conceito de justiça, por mais amplo e abstrato que se possa despontar-se, tem como escopos principais a lei e o direito. Segundo Thomas Hobbes ambos não se confundem, sendo que este faz referência ao direito como sinônimo de liberdade, característica fundamental para a efetivação do justo social, ao passo que a lei é uma obrigatoriedade vinculada ao Estado

para a manutenção da ordem. Assim explica Hobbes, em sua obra *Leviatã*,

[...] embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir Jus e Lex, o direito e a lei, é necessário distingui-los um do outro. Pois o Direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a Lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade,

1 A Autora é Bacharel em Direito pela Faculdade Educacional de Ponta Grossa – União de Ensino UNOPAR LTDA. natalia.tcc@hotmail.com.

2 O Autor é Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, Advogado e Professor de Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. rodrigossimionato@hotmail.com.

as quais são incompatíveis quando se referem à mesma questão.¹

O convívio social é pautado por meio de acordos, pactos que realizam-se com o Poder Público, onde cada cidadão assume uma condição frente a uma prestação estatal. Tal relação é pautada na lei e no direito, na obrigatoriedade e na liberdade pertinente a cada sujeito deste vínculo, posto que nenhuma destas características seja irrestrita, o Estado não possui apenas a liberdade de gerar obrigações, pois há em contrapartida a este poder a também liberdade individual pertinente aos direitos de cada pessoa. Por conseguinte, estas relações possuem a finalidade da busca e manutenção do equilíbrio, da justiça social, ou seja, de difícil destino.

Quando o servidor público não cumpre com os deveres decorrentes de seu cargo e da correspondência destes com a Administração, quando há indícios de que houve qualquer ato que constitua falta grave no âmbito desta relação, o Poder Público possui o direito, porquanto não seja uma liberdade, de averiguar a verdade dos fatos e se houver necessidade de punir aqueles que contrariam os ditames funcionais. Como meio desta verificação o Estado possui vários procedimentos específicos que harmonizados compõem o chamado Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

O trabalho possui como objetivo principal demonstrar a obrigatoriedade da observância dos direitos do servidor que são inerentes ao PAD, particularmente o direito ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa e seus efeitos), garantia constitucional e prevista nas leis que norteiam este processo. Igualmente apresentar e fundamentar que a inobservância deste direito é causa de nulidade do PAD, porquanto fere a dialética processual, causando desequilíbrio na relação, desvirtuando da busca pela justiça.

CAPÍTULO I

1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Processo Administrativo Disciplinar, no âmbito federal fundamento da Constituição Federal/1980 e nas Leis Federais nº 9.784/99 e nº 8.112/90, é um meio de viabilizar a efetivação do Direito Administrativo Disciplinar, o qual é composto por uma sucessão de atos extrajudiciais praticados pelas partes no âmbito da administração interna de cada órgão, visando à conservação do interesse público e das funções administrativas.

O termo **processo** indica uma atividade para a frente, ou seja, uma atividade voltada a determinado objetivo. Trata-se de categoria jurídica caracterizada pelo fato de que o fim alvitrado resulta da relação jurídica existente entre os inte-

grantes do processo [...]. De fato, a ideia do processo reflete função dinâmica, em que os atos e comportamentos de seus integrantes se apresentam em sequência ordenada com sentido teleológico, vale dizer, perseguindo o objetivo a que se destina o processo.²

A Lei nº 8.112/90 dispõe, em seus Arts. 143 a 182 sobre a regulamentação do processo administrativo disciplinar, sendo que o Art. 143 define o processo administrativo disciplinar como “[...] 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 investido”.³

Extraí-se dessa norma que o principal objetivo do PAD é assegurar que o serviço público seja executado por agentes que observem em suas funções os preceitos éticos correlacionados diretamente com a moralidade, não somente administrativa, como também dos atos em sua vida privada que de alguma forma causem consequência ao Estado. Considerado também como um processo punitivo, pois quando da inobservância de tais preceitos, depois de devidamente apurada as condutas práticas, o servidor estará sujeito às penalidades definidas em lei.

1.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PAD

O PAD possui referência e amparo constitucional, tanto no que decorre dos princípios a ele inerentes, como já explanados anteriormente, quanto na previsibilidade de sua existência. O Art. 41 da CF, alterado pelo Art. 6º da Emenda Constitucional nº 19/98, do Texto Maior, trata da questão de estabilidade dos funcionários públicos, sendo que em seu § 1º dispõe sobre a perda do cargo público, *in verbis*:

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.⁴

Mediante a mesma Emenda Constitucional supramencionada foi incluído o Art. 247:

As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabeleceram critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.⁵

1 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 112.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 850. Grifo do autor.

3 BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. 3. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. p. 59.

4 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. op. cit. Grifo nosso.

5 Ibid.

Sendo que em seu parágrafo único ordena que a perda de cargo, na hipótese de insuficiência no desempenho, somente far-se-á após processo administrativo respeitado o devido processo legal. Cumpre salientar que anterior a Lei n.º 9.748/99 houve a criação do regime jurídico dos servidores públicos federais, Lei n.º 8.112/90.

1.1.1 Instauração

Primeiramente faz-se preciso indicar que as fases referentes ao PAD estão dispostas no Art. 151 da Lei n.º 8.112/90, quais sejam:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

- I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;
- II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa relatório;
- III - julgamento.⁶

Dito isso, passa-se à explicação da primeira fase em questão, a instauração. A instauração do processo administrativo disciplinar no rito ordinário é um ato exclusivo da autoridade competente para formalização do ato, pode ocorrer em virtude do princípio da oficialidade da administração ou mediante provocação do interessado, conforme estabelecido no Art. 5º da Lei n.º 9.784/99. A formalização da instauração ocorre através da Portaria Inaugural, tal documento deve conter, com referência ao Manual de Processo Administrativo Disciplinar - editado pela Controladoria Geral da União, os dados funcionais dos membros da comissão (três servidores efetivos estáveis), a indicação de qual deles exercerá a função de presidente, o processo que será objeto de análise e menção à possibilidade de a comissão apurar fatos conexos aos já contidos no processo principal.

Depois de formalizada a portaria, em rigor ao princípio da publicidade esta deverá ser publicada em boletins internos do próprio Órgão ou Entidade, não constituindo vício o fato da não ocorrência de publicação no Diário Oficial da União (DOU), porquanto entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que uma vez que seja publicada no boletim de serviço, o princípio constitucional da publicidade está garantido.⁷

É também a partir da publicação da Portaria que começa a contar o prazo para conclusão do PAD, que é de sessenta dias, podendo ser prorrogado por igual período somente se necessário, conforme dispõe o Art. 152 da Lei n.º 8.112/90.

1.1.2 Inquérito

Esta fase do PAD está prevista nos Arts. 153 a 166 da Lei 8.112/90, os quais dispõem sobre como os atos

6 BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. op. cit., p. 60.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 9.421**. Relator Ministro Paulo Gallotti, DF, 22 ago. 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8882696/mandado-de-seguranca-ms-9421-df-2003-0222784-3/relatorio-e-voto-13988666>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

neste procedimento devem ocorrer (prazos, inquirições, direitos...).

Este é o momento no qual a comissão designada realizará a apuração dos fatos e condutas praticadas, observado os princípios do contraditório e ampla defesa, produzirá provas a respeito da materialidade e autoria delitiva das irregularidades ou sobre a ausência destas. O inquérito administrativo é composto por três outras etapas, necessárias à persecução da finalidade a ser almejada por este procedimento, denominadas instrução, defesa e relatório. Conforme regulamenta o *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*:

Essas subfases correspondem, respectivamente e em apertada síntese, à produção de provas, apresentação de defesa escrita pelo servidor indiciado pela comissão como possível autor de condutas irregulares e manifestação da decisão final do colegiado disciplinar.⁸

A partir de uma Notificação Prévia, o servidor que tenha sua conduta investigada neste processo é convidado a participar e acompanhar os procedimentos dos trabalhos apuratórios que forem desenvolvidos.

1.1.3 Instrução

Esta fase é normatizada no Capítulo X da Lei nº 9.784/99 que regulamenta o PAD. Conforme dispõe o

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.⁹

Conforme o art. 156 da Lei n.º 8.112/90, é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador. Sobre esse viés por muito tempo houve discussão a respeito da presença obrigatória de advogado constituído como requisito de validade do PAD. Porquanto a Súmula nº 343 do STJ afirmava que tal prerrogativa era indispensável em todas as fases do processo, mas a fim de esclarecer tal dubiedade em maio de 2008 o Plenário do STF, após julgar o Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, editou, por unanimidade, a Súmula Vinculante nº 5, a qual delibera que “[...] a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.¹⁰

Somente a título de curiosidade, sem que haja valoração de mérito, resalto que tal decisão proferida

8 BRASIL. Presidência da República / Controladoria Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília: CGU, 2015. p. 78.

9 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. op. cit.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Precedentes da Súmula Vinculante nº 5, do STF**: Recurso Especial n.º 434059; do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 207197; no Agravo Regimental em sede de Recurso Especial n.º 244.027 e do Mandado de Segurança 24.961. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 8. jun. 2015.

pela Corte Suprema gerou para alguns um sentimento de retrocesso, alegando que tal entendimento, de aplicação obrigatória, seria contrário ao que assegura o artigo 5º da Carta Magna.

Para Carvalho Filho

A fase da instrução é na qual a Administração colige todos os elementos probatórios que possam respaldar a indicação de que a infração foi cometida pelo servidor. Para essa fase, deve a comissão responsável pela condução do processo providenciar a citação do servidor para acompanhar a prova, porque somente assim estará observando o princípio do contraditório e ampla defesa [...]. Aliás, convém anotar que as exigências probatórias da Administração devem ser o menos possível oneroso para o administrado. Na verdade, o intuito do processo reside na busca da verdade material.¹¹

Cumpra mencionar que este é o momento oportuno para produção de provas, bem como inquirições das testemunhas, as quais realizar-se-ão oralmente e será reduzido a termo, não sendo possível à testemunha trazê-lo por escrito, conforme Art. 158 da Lei n.º 8.122/90.

Após o encerramento da oitiva das testemunhas, a comissão fará o interrogatório do acusado, respeitando o direito constitucional de não produção de provas contra si mesmo, o que acarreta na prerrogativa de permanecer em silêncio, bem como o de não dizer a verdade.

1.1.4 Defesa

Concluída a instrução pela comissão disciplinar, ocorrerá a citação dos indiciados para que apresentem as respectivas defesas escritas. A citação far-se-á por meio de mandado, conforme previsto no § 1º do Art. 161 da Lei n.º 8.112/90, *in verbis*: “O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição”.¹² A citação do acusado gera dois efeitos jurídicos, quais sejam: o primeiro de tornar ciente o polo passivo da relação e quais os ilícitos administrativos que lhe estão sendo imputados; o segundo efeito é dar início ao prazo previsto para a apresentação da defesa.

Esta subfase do processo administrativo disciplinar possui relevância indispensável, porquanto que a comissão processante não poderá ser omissa quanto à qualidade da defesa escrita apresentada, inclusive havendo a possibilidade de informar de que a peça apresentada é inepta, solicitando que seja apresentada nova defesa, com o intuito de que posteriormente o PAD não seja objeto de ações judiciais que aleguem o não exercício do devido processo legal.

Assim assevera Antônio Carlos Palhares Moreira Reis:

Durante esse prazo, o indiciado tem o direito de formular, por escrito, a argumentação que tiver e couber e, eventualmente, apresentar contraprovas e requerer diligências complementares, como, por exemplo, oitiva de novas testemunhas, novos exames e vistorias, tudo com o objetivo de assegurar sua inocência. Ou, se não for para caracterizar a inocência, dar uma explicação convincente para a realização do fato, a fim de justificá-lo e minimizar a penalidade a ser eventualmente imposta. Cabe-lhe, ainda, se for o caso, levantar quaisquer preliminares, promover a arguição de qualquer nulidade no procedimento.¹³

Este é o momento processual de maior abrangência dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, pois, anteriormente, na instauração e instrução, por mais que nesta última haja a oportunidade do acusado acompanhar os atos que estão sendo praticados, bem como arrolar testemunhas, produzir provas e contraprovas, é na defesa que a parte poderá, como supracitado, demonstrar sua versão sobre os fatos, discordar das imputações e apresentar, se for o caso, a verdade real que poderá implicar na comprovação de sua inocência. Como abordado adiante, a falta de observação desta fase do procedimento será causa de nulidade de todo o processo administrativo disciplinar, por ofensa tanto à lei que regula o processo, quanto ao estatuto do servidor público federal, mas acima disto e mais profundamente, é uma afronta ao Texto Máximo e toda a proteção que emana de seus mandamentos fundamentais.

1.1.5 Relatório

Esta compreende a última fase do Inquérito, após efetuadas todas as diligências necessárias para formação do convencimento da comissão a respeito das condutas, esta deverá preparar e fundamentar o Relatório Final, não cabendo avaliações de juízo de valor dos fatos pelos membros da comissão, mas sim uma análise estritamente formal do fato praticado e norma vigente que rege a atuação do servidor, concluindo com proposta de absolvição e conseqüente arquivamento do processo ou aplicação de penalidade. Conforme o Art. 165 da Lei n.º 8.112/90:

Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1o. O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2o Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.¹⁴

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 902.

12 BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. op. cit., p. 62.

13 REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. **Processo disciplinar**. Brasília: Consulex, 1999. p. 156-157.

14 BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. op. cit., p. 62-63.

O Relatório Final tem natureza opinativa, não vinculando a decisão final do julgador, sem efeito para a Administração ou para os interessados no processo. Porquanto pode a autoridade julgadora divergir das conclusões e sugestões do relatório, sem qualquer ofensa ao interesse público ou ao direito das partes.

1.1.6 Julgamento

A partir do encerramento do relatório final e entrega dos autos à autoridade instauradora, a comissão encerra a sua participação no processo e conclui-se a segunda fase processual, o inquérito administrativo. Neste momento tem-se início a terceira e última fase do procedimento, o julgamento. Compreendido entre os Arts. 167 a 173 da Lei n.º 8.112/90, o julgamento é a última fase do processo administrativo disciplinar em que a autoridade competente vai julgar o processo à luz dos elementos do relatório e das demais generalidades que foram produzidas no decorrer das outras etapas do PAD. A autoridade deve rever os atos processuais a fim de verificar sua legalidade e se foram observados todos os princípios e direitos inerentes ao acusado.

Sobre este enfoque analisa Di Pietro

A autoridade julgadora deve fazer exame completo do processo para verificar a sua legalidade, podendo declarar a sua nulidade, determinar o saneamento do processo ou a realização de novas diligências que considere essenciais à prova, tudo com base no princípio da oficialidade.¹⁵

Este ato tem natureza discricionária, podendo a autoridade acolher ou não a sugestão da Comissão Processante proferida no relatório final, na primeira hipótese corresponderá à motivação, já se rejeitada terá que demonstrar adequadamente tal entendimento, baseando-se em elementos produzidos dentro do PAD, à luz do Art. 168 da lei em comento:

Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.¹⁶

De posse dos autos e quando já decidiu qual será a decisão final a ser proferida do PAD, a autoridade competente possui, conforme o Art. 167 da Lei n.º 8.112/90, o prazo de vinte dias, contados do recebimento do processo, para proferir sua decisão. Porém se julgado fora do prazo legal não implica na nulidade do processo administrativo (§1º, Art. 169), mas como consequência será acrescentado na contagem prescricional. Confere o *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*, “Para exarar essa decisão, a autoridade levará em conta todos os elementos contidos no proces-

so, o enquadramento dos fatos, a tipificação do ilícito, as provas testemunhais e documentais, entre outras, a defesa e o relatório”.¹⁷

CAPÍTULO II

2. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO PAD

Os princípios submetem as demais normas e as condutas aos valores que incorporam, pois determinam direções em que deveriam assentar-se. Cabe a eles, enquanto proposições fundamentais, qualificar as normas dentro de seus padrões. Asseveram Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo

Os princípios são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a eles um sentido lógico, harmônico e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa.¹⁸

Estes mandamentos cingem a prestação jurisdicional, impondo que siga seus comandos, que tomem por base os valores nela expressos para a interpretação e aplicação do Direito, estabelecendo uma determinada forma de agir dentro das possibilidades.

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é um ramo do Direito Público, norteador por princípios necessários à sua finalidade, pelo qual a administração regula responsabilidades dos agentes públicos por infrações praticadas no exercício de sua função. Possui fundamento na Carta Magna, bem como é normatizado no âmbito da União pelas Leis Federais n.º 8.112/90, a qual dispõe sobre o Estatuto do servidor público federal, e n.º 9.784/99, que regulamenta o Processo Administrativo Disciplinar no âmbito federal. Os princípios referentes ao PAD, que ora serão analisados à luz do Art. 2º, *caput* da Lei n.º 9.784/99, não são considerados como um rol taxativo, porquanto que os demais princípios norteadores da relação processual e do direito administrativo também serão objeto de tutela e aplicação pela Administração Pública em relação a todo ato por ela praticado durante a duração do processo. Ou seja, para a persecução da finalidade do processo administrativo disciplinar, a responsabilização, deve-se observância tanto aos princípios acautelados pela Constituição Federal quando aos demais considerados pelo legislador como essenciais a garantia dos direitos individuais e processuais. Reinaldo Couto ressalta

Não há princípios exclusivos do Processo Administrativo Disciplinar, pois todos os princípios

15 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit., p. 604.

16 BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. op. cit., p. 63.

17 BRASIL. Presidência da República/Controladoria Geral da União. op. cit., p. 62.

18 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 187.

gerais do Direito Administrativo e todos os princípios do processo administrativo geral da Lei 9.784/99 ser-lhe-ão aplicáveis.¹⁹

Os princípios inerentes ao PAD, quais sejam: da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, interesse público, eficácia, contraditório e ampla defesa, podem ser considerados como um modo de efetivar o controle dos atos da Administração frente ao poder de supremacia especial que esta possui, pois exerce prerrogativas em relação aos servidores públicos e particulares que com ela mantenham relação jurídica, subordinando-os ao seu comando no mesmo sentido em que os submete ao seu poder regulador com o intuito de assegurar a realização da vontade pública.

2.1 DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Os princípios do Contraditório e a Ampla Defesa estão profundamente interligados, portanto trataremos destes de maneira conjunta em um mesmo tópico. Em nossa Carta Magna os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa são tutelados em seu Art. 5º inciso LV, o qual afirma: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são garantidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.²⁰

Analisando primeiramente o princípio do Contraditório, pode-se afirmar que é a possibilidade das partes se contraporem àquilo que foi alegado pela outra, impondo a condução da dialética do processo (*par conditio*), ou seja, a reciprocidade de manifestação garantindo a igualdade processual, equiparando os direitos. Para exemplificar tal princípio basta lembrar que, quando proposta uma ação, deve-se citar o réu para oferecer sua defesa. Assevera Fernando Costa Tourinho Filho

Com substância na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte contrária.²¹

Dessarte o contraditório valora uma garantia de participação da convicção judicial, ou seja, não basta dar ciência às partes de cada ato praticado, é necessário que ambas tenham efetiva participação em todos os momentos no decorrer do processo. É irrefutável que o julgador ofereça oportunidades iguais de manifesta-

ção, gerando um efetivo desenvolvimento do processo dialético, esclarecendo os fatos, influenciando no resultado, na decisão justa do julgador. Tal princípio é intrínseco ao direito de defesa integrando regra essencial do processo, qualquer um que tiver alguma pretensão de direito material a ser inferido têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor. Com efeito, a participação nos procedimentos judiciais é um elemento indispensável para conferir legitimidade democrática à decisão final, desta forma devem-se oportunizar as partes de maneira que possam expor suas razões plenamente, afinal qualquer modo de disposição que se oponha ao referido princípio deve ser considerado inconstitucional. Sobre este enfoque afirma o ministro Gilmar Mendes

Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.²²

O mesmo doutrinador conclui que a obrigação de considerar os argumentos apresentados e defendidos pelas partes pode ser extraída de nossa Carta Magna em seu Art. 93, IX, que estabelece a obrigatoriedade de fundamentação das sentenças. Nesse sentido considera José Coelho Nunes:

[...] o contraditório possui um nexos com a garantia de fundamentação das decisões judiciais, uma vez que o juiz, ao enunciar os fundamentos da decisão, deve levar em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento com a indicação efetiva da participação dos interessados em todos os seus aspectos relevantes, sejam eles fáticos e/ou jurídicos.²³

O Princípio do Contraditório é o instrumento processual que possibilita a difusão da verdade, na busca mais aproximada possível dos fatos ocorridos, sendo pressuposto necessário para a efetivação de um processo justo; o conceito de contraditório assimila e compõe o conceito de processo, por isso um não existe sem o outro. Para tanto Junior Alexandre Pinto considera:

Ao se proceder a uma releitura da lei processual à luz do Texto Maior, a regra do contraditório merece a interpretação de que as partes devem ter asseguradas ao máximo sua participação e a possibilidade de influir no convencimento do juiz. No desenrolar do processo deve o julgador

19 COUTO, Reinaldo. **Curso prático de processo administrativo disciplinar e sindicância**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

20 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 58.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 105.298**. Relator Ministro Gilmar Mendes, PR, 31 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1233733>>. Acesso em: 15 jun. 2015. p. 5.

23 NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2007. p. 157.

promover uma justiça distributiva, mediante o tratamento paritário dos sujeitos processuais, outorgando-lhes as mesmas oportunidades de participação.²⁴

O contraditório também é a necessidade de abertura da interpretação da norma legal da Constituição à sociedade. A interpretação e aplicação do texto constitucional, que por diversos períodos esteve cingido a um modelo de uma sociedade obstruído de segurança jurídica, devem assegurar a todos aqueles que vivem sob as normas vigentes, e não apenas por aqueles intérpretes jurídicos dotados de um notável saber, a real prestabilidade do mandamento. Nas palavras de Peter Häberle:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.²⁵

Contudo o princípio da ampla defesa, o qual se encontra intimamente correlacionado com o princípio do contraditório possuindo fundamento legal neste, tem a característica de garantia que consolida uma verdadeira valorização do ser humano perante o preceito do *ius puniendi*, pois possibilita, quando aplicado de maneira efetiva, a proteção dos direitos, facultando a qualquer cidadão resistir ao que lhe é imputado. É no momento desta reação, da contestação, que a ampla defesa tem efeito, viabilizando o exercício do contraditório, auxiliando-o como suporte material. Tal poder, de se opor aos argumentos e provas, nada mais é do que a concordância jurisdicional de buscar por justiça.

A ampla defesa não se fundamenta em mera disposição mandamental ao Estado, de abstenção da prática de condutas nocivas relacionadas ao direito, mas sim na exigência de que o mesmo crie, ou disponibilize mecanismos, para condições fáticas ao seu exercício. Portanto se consolida no direito de trazer ao processo todos os elementos necessários ao esclarecimento da verdade, o direito de omitir-se, calar-se, produzir provas, recorrer de decisões, contraditar testemunhas, conhecer de todas as atitudes e documentos do processo, enfim, de praticar todo ato legalmente permitido que auxilie na aplicação e proteção persuasiva de suas prerrogativas.

À luz da Lei n.º 9.784/99, os princípios do contraditório e ampla defesa encontram-se amparados no

24 PINTO, Junior Alexandre. A Causa Petendi e o Contraditório. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007. p. 59-60.

25 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 15.

Art. 2º, *caput*, parágrafo único, X, o qual dispõe “[...] garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”.²⁶ Tais prerrogativas disponibilizam ao acusado a efetiva atividade durante todo o processo, sendo permitido a este realizar o amparo de seus direitos mediante os meios disponibilizados pelo sistema jurídico. Conforme determina o *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*

O princípio da ampla defesa significa permitir a qualquer pessoa acusada o direito de se utilizar de todos os meios de defesa admissíveis em direito. É imprescindível que ele seja adotado em todos os procedimentos que possam gerar qualquer tipo de prejuízo ao acusado. Portanto, deve ser adotado em todos os procedimentos que possam ensejar aplicação de qualquer tipo de penalidade ao investigado.²⁷

Ao contraditório se relaciona o direito de que o acusado poderá opor-se, apresentando sua versão, a interpretação jurídica diversa de todos os atos produzidos pela comissão julgadora. No decorrer da apuração dos fatos e após a notificação prévia, que comunica o servidor da decisão proferida pela comissão sobre a sua condição de acusado, deve haver citação de todos os atos processuais sujeitos ao seu acompanhamento.

CAPÍTULO III

3. DO ATO ADMINISTRATIVO

Perfaz-se necessário a abordagem deste conteúdo porquanto todo o processo administrativo disciplinar é realizado através de atos administrativos que impulsionam o decorrer dos procedimentos, bem como são objetos essenciais à persecução da finalidade a que se destina o PAD.

Para que o ato administrativo seja válido é necessário que honre com os elementos essenciais que o constituem, sem esses elementos não se sublima o ato e conseqüentemente não haverá eficácia na produção de efeitos. Não há unanimidade na doutrina quanto quais são estes elementos, no entanto para a melhor explanação e vinculação do presente trabalho a lei que regulamenta a Ação Popular (Lei nº 4.717/65) dispõe em seu Art. 2º sobre as hipóteses de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público, *in verbis*:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;

26 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. op. cit.

27 BRASIL. Presidência da República / Controladoria Geral da União. op. cit., p. 16.

- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.²⁸

Diante disso, subtraem-se na análise das hipóteses de nulidade, que os elementos que compõem o ato administrativo são os seguintes: sujeito (competência), forma, motivo, finalidade e objeto.

*Dentre as mais diversas classificações do ato administrativo adotamos como pertinente para o presente tema a diferenciação entre ato discricionário e vinculado, posto que este arranjo é necessário de caracterização em diversos momentos do PAD. Ato discricionários são aqueles em que a Administração possui uma margem de liberdade, em que pode se efetivar o elemento subjetivo do agente que pratica o ato, observando sempre os limites impostos pela legislação quanto ao seu conteúdo, oportunidade e conveniência administrativa. Neste caso o regramento não circunda todos os aspectos da atuação, de tal maneira a permitir a opção dentre várias soluções possíveis. Endossa Hely Lopes Meirelles

[...] a *discricionariade* é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. A discricionariade adquire relevância jurídica quando a Administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. É, então, a ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a prestação dos interesses sociais respondendo às necessidades de cada momento.²⁹

De outra face o ato vinculado se perfaz quando o agente administrativo está diretamente sujeito à vontade da lei, atos quando dotados do poder vinculado devem pautar-se aos parâmetros alvitados na legislação pátria vigente. Não há neste caso margem para liberdade na valoração de qual decisão será tomada, pois o legislador previamente designou a única forma de comportamento possível e obrigatório a ser adotado, ressaltando que ocorre sempre que configure situação descrita.

Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato.³⁰

Portanto não cabe apreciação sobre oportunidade e conveniência, características fundamentais do ato discricionário, ensejando as condições legais o ato tem que ser praticado, impreterivelmente.

28 BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 5 jun. 2015.

29 MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 145.

30 CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 123.

3.1 DA INVALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo permanecerá em vigor e produzindo efeitos no mundo jurídico até que se reconheça alguma situação que seja capaz de alterar sua validade. Depois de publicado, antes do reconhecimento das causas de invalidação, terá vigência e deverá ser cumprido pelos agentes da administração até que ocorra o formal desfazimento. Esta extinção dos atos administrativos pode ocorrer do reconhecimento da sua ilegitimidade, de vícios na sua formação ou a administração poderá concluir que o ato e seus efeitos não são mais necessários e pode declarar sua inconveniência. Assim afirma Carvalho Filho

O pressuposto de invalidação é exatamente a presença do vício de legalidade. O ato administrativo precisa observar seus requisitos de validade para que possa produzir normalmente os seus efeitos. Sem eles, o ato não poderá ter a eficácia desejada pelo administrador. Por isso é que para se processar a invalidação do ato é imprescindível que esteja ausente um desses requisitos.³¹

A modalidade de invalidação denominada nulidade é aquela em que o ato é estruturalmente nulo por omissão de prerrogativas ou de prevenção legal (elementos essenciais), se originam de vícios insanáveis que não possuem validade no mundo jurídico, segundo Plácio e Silva “jamais poderá adquirir força ou valor, a fim de surtir os efeitos desejados”³², operam-se os efeitos *ex tunc*. Assim define Hely Lopes

[...] ato nulo (ou inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação. Reconhecida e declarada a nulidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário, o pronunciamento de invalidade opera *ex tunc*.³³

No PAD ocorre o fenômeno da nulidade, causada por esta inobservância à lei ou ao direito, resultando em invalidade do processo administrativo disciplinar e sua consequente inaptidão para a produção de efeitos jurídicos.

Nesse aspecto, dependendo da gravidade do vício, a ilegalidade justifica a declaração de nulidade pela comissão ou superior hierárquico (autoridade julgadora) no próprio decorrer do PAD ou em momento posterior por autoridade que possua competência para isto (Poder Judiciário).

Cumprido ressaltar que o controle de legalidade não se limita à provocação do interessado, pois a própria Administração pode, a qualquer momento, rever seus próprios atos e quando da verificação que estes são eivados de vício deve invalidá-los, tal prerrogativa decorre do poder de autotutela inerente aos atos praticados pelo Estado.

Assim sendo, a Lei nº 8.112/90 em seu Art. 114 dispõe que “A administração deverá rever seus atos,

31 CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 141.

32 SILVA, de Plácio e. op. cit., p. 114.

33 MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 17.

a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade”.³⁴ Nesta continuidade a Súmula nº 473 do STF, *in verbis*

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.³⁵

Em linhas gerais, reconhecida e declarada a nulidade do ato pela Administração ou pelo Judiciário, a invalidade gera efeitos *ex tunc*, desfazendo todos os vínculos entre as partes e à reposição ao *status quo ante*. Porém quando se trata de terceiro de boa fé ocorre exceção da regra, porquanto amparados pela presunção de legitimidade pertinente aos atos decorrentes do poder público os efeitos serão *ex nunc*.

3.1.1 Dos principais efeitos decorrentes da inobservância dos princípios do contraditório e ampla defesa

O Processo Administrativo Disciplinar possui finalidade suprema na busca pela verdade dos fatos, com o intuito de resguardar a ordem jurídica vigente ao servidor que responde a este procedimento, deve-se observar e aplicar todos os meios de defesa a ele inerentes para o pleno exercício dos princípios informadores desta tutela, o contraditório e ampla defesa, os quais consagram a aplicabilidade do devido processo legal.

A exemplo o Julgamento do STF:

MANDADO DE SEGURANÇA – SANÇÃO DISCIPLINAR IMPOSTA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – DEMISSÃO QUALIFICADA ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR REJEITADA – PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA PLENITUDE DE DEFESA INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE ILEGALIDADE DO ATO PRESIDENCIAL – VALIDADE DO ATO DEMISSÓRIO – SEGURANÇA DENEGADA.

[...]

2. A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos.³⁶

34 BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. op. cit., p. 48.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473, do STF**: Sessão Planária de 3 dez. 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su mula_401_500>. Acesso em: 6 jun. 2015.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sanção Disciplinar. **Manda-**

Nesse sentido é compulsório a Administração que suas decisões proferidas no PAD sejam, conforme em todos os outros atos emanados do Poder Público, fundadas nos princípios peculiares ao procedimento em questão para assegurar aos administrados mecanismos de segurança jurídica contra as arbitrariedades do Estado. Contra qualquer tipo de ilegalidade e inobservância aos direitos e garantias cabe anulação dos atos praticados, com a fundamentação de que houve violação a vontade do legislador constituinte e, por consequência, prejuízo imediato na plenitude de defesa da parte, característica indissociável deste procedimento.

A fim de garantir-lhe pleno exercício do contraditório e ampla defesa, partindo dessa perspectiva, a análise da eventual nulidade no processo está diretamente ligada ao grau de cerceamento de defesa, conforme prescreve a Súmula nº 523 do STF: “No processo penal, a **falta de defesa constitui nulidade absoluta**, mas a sua deficiência só a anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.³⁷

No que se refere aos efeitos da nulidade no PAD, gerada pela inexistência da observação e aplicação do processo dialético, uma vez decretada há o comprometimento integral da validade de todos os atos, determinando que se refaça o processo desde a sua instauração, não sendo possível a convalidação qualquer prova ou peça anteriormente produzida.

Neste sentido a Advocacia Geral da União (AGU) no Parecer n.º GQ-25, o qual possui caráter normativo e vincula todos os órgãos e entidades da Administração Federal, afirma

Na hipótese em que o processo disciplinar esteja inquinado do **vício de cerceamento de defesa**, deve ser **declarada sua nulidade e designada nova comissão de inquérito para proceder à nova apuração dos fatos**, mas se não o converte em sindicância, dada a inadequação dessa medida com a situação apuratória dos fatos e a falta de previsão legal, para tanto.³⁸

Para que se configure a falta do devido processo legal no PAD, apesar de não haver obrigatoriedade de demonstração de prejuízo ao réu, por se tratar de uma presunção absoluta, é necessário que haja a não observação de alguns requisitos. Gilmar Mendes confere alguns aspectos gerais aplicáveis a todo e qualquer processo para garantia do devido processo legal:

do de Segurança nº 20.999. Relator Ministro Celso de Mello, DF, 25 mai. 1990. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752830/mandado-de-seguranca-ms-20999-df>>. Acesso em: 7 jun. 2015. Grifo nosso.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523, do STF**: Sessão Planária de 3 dez. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 07 jun. 2015. Grifo nosso.

38 BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº GQ-25**: de 9 ago. 1994. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/legislacao/7693/parecer-no-gq-25>>. Acesso: 7 jun. 2015. Grifo nosso.

Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- **direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.³⁹

Ainda no mesmo documento, conforme a Advocacia Geral da União: “Após a vigência da Lei nº 8.112, de 11/12/1990, torna-se necessário, ainda na fase instrutória, facultar vista dos autos ao acusado em processo administrativo disciplinar, para que possa requerer o que for de direito”.⁴⁰

Para melhor demonstração de que há de fato nulidade do PAD pela falta constatada do estrito cumprimento legal e constitucional, neste momento do presente estudo cabe demonstrar o que os tribunais vêm decidindo a respeito deste tema, bem como apresentar as principais Súmulas que perfilham sobre esta espécie de invalidez.

Referente à obrigatoriedade do devido processo legal afirma o Ministro Luiz Fux

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL DEMITIDA A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA.

1. Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório são de observância obrigatória no campo do procedimento administrativo disciplinar.⁴¹

Alusivo ao prejuízo causado ao servidor, entendeu a AGU, no Parecer nº GQ-100, que “É imprescindível

39 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 22.693**. Relator Ministro Gilmar Mendes, SP, 17 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617722>>. Acesso em: 7 jun. 2015. Grifo do autor.

40 BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº GQ-66** de 31 mar. 1995. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/93/1995/66.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

41 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Administrativo. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 783.368**. Relator Ministro Luiz Fux, MG, 15 set. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25264952/recurso-extraordinario-com-agravo-are-783368-mg-stf>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

declarar-se a nulidade de processo administrativo disciplinar, originária da inobservância do princípio do contraditório de que resulta prejuízo para a defesa”.⁴²

Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), *in verbis*

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DA APENADA E DO DEFENSOR NA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. MANUTENÇÃO DA ANULAÇÃO DO PAD.

1. **Aos litigantes em processo administrativo a Constituição Federal assegura o respeito ao contraditório e à ampla defesa** (art. 5º, inciso LV, CF). Tal disposição deve ser devidamente observada no Procedimento Administrativo Disciplinar que, no âmbito da execução da pena, apura a prática de falta grave pelo reeducando, mormente considerando os seus reflexos no cumprimento da pena.

2. A ausência da apenada na oitiva da testemunha ouvida no âmbito do PAD encerra violação ao contraditório e à ampla defesa, acarretando a nulidade do procedimento. **Manutenção da nulidade do PAD declarada pelo juízo a quo, não aplicados os efeitos do reconhecimento da falta disciplinar.** AGRAVO DESPROVIDO. POR MAIORIA.⁴³

A penalidade determinada ao servidor não será aplicada quando ocorrer a declaração da nulidade do PAD pelo poder Judiciário, porquanto todos os atos anteriormente praticados também serão nulos, ou seja, perfazendo o efeito *ex tunc*. Vejamos também no entendimento deste Egrégio Tribunal

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a **ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa torna nulo o ato de demissão de servidor público**, seja ele civil ou militar, estável ou não. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁴

42 BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº GQ-100**: de 16 fev. 1996. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:parecer:1996-02-16:gq-100>>. Acesso: 7 jun. 2015. Grifo nosso.

43 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Administrativo. **Agravo em execução nº 70.060.638.954**. Relator Jayme Weingartner Neto, RS, 1 out. 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150963268/agravo-agv-70060638954-rs>>. Acesso em: 7 jun. 2015. Grifo nosso.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 433.239**. Relator Ministro Roberto Barroso, SC, 10 set. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25263260/agreg-no-recurso-extraordinario-re-433239-sc-stf>>. Acesso em: 8 jun. 2015. Grifo nosso.

O Manual do PAD aponta alguns momentos do processo em que a da inércia da Administração ou a falta da prática de alguns atos dão ensejo à violação do contraditório e ampla defesa, como visto no início do presente capítulo. Cita o referido documento como uma das causas o “indeferimento de perícia técnica, oitiva de testemunhas e outras diligências, solicitadas pelo acusado, sem motivação”⁴⁵. Sob esse viés a decisão supramencionada bem como a abaixo tornaram nulo o PAD no mesmo fundamento analisado pela Controladoria Geral da União.

Abaixo o entendimento do STJ referente ao cerceamento do direito de defesa no PAD.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. OFÍCIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NOS AUTOS DO PAD. ROTULADO COMO SIGILOSO. DESQUALIFICAÇÃO DAS CONCLUSÕES DA COMISSÃO. AUSÊNCIA DE VISTA E DE POSSIBILIDADE DE CONTESTAÇÃO AO SERVIDOR. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

4. Ressai evidente que a ausência de oportunidade para contraditar o ofício sigiloso juntado violou o direito de defesa. O referido documento reavaliou o processo administrativo disciplinar, demandando providências da chefia da Corregedoria-Geral da Receita Federal no sentido de não observar o relatório da Comissão Processante, rotulado como equivocado e contraditório, e defendendo a demissão do impetrante como obrigatória.

5. A negativa de conhecimento ao indiciado do conteúdo de documento de pujante e evidente força simbólica contra si, determina que seja localizada a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

6. A segurança deve ser concedida em parte com o fim de anular a portaria demissional e para a devida reintegração do servidor, devendo ser mantido o ato de instauração do processo disciplinar, que deverá - novamente - prosseguir com a designação de nova comissão formada por membros que não participaram da anterior; deverá, ainda, expungido do processo o parecer sigiloso do Ministério Público Federal, ser proferido novo relatório final e nova deliberação da autoridade. Segurança concedida parcialmente.⁴⁶

No tocante aos atos praticados no PAD que tenha aplicado sanção ao servidor, eivado de vício ou nulidade decorrente da prática de procedimentos sem o devido respeito aos princípios ora abordados, entende o TJ-RS que estes não podem convalidados de nenhuma forma em sede judiciária. Conforme decisão

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). PORTE DE TELEFO-

45 BRASIL. Presidência da República / Controladoria Geral da União. op. cit., p. 326.

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 18.138**. Relator Ministro Humberto Martins, DF, 4 abr. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044478/mandado-de-seguranca-ms-18138-df-2012-0023413-6-stj>>. Acesso em: 8 jun. 2015. Grifo nosso.

NE CELULAR NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA GRAVE RECONHECIDA. ASSISTÊNCIA POR ADVOGADO DO SISTEMA PRISIONAL. NULIDADE. AFASTADA A FALTA GRAVE E SEUS CONSECUTÓRIOS LEGAIS. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRECEDENTES DO STF.

No procedimento administrativo disciplinar, assim como no processo judicial, é assegurado ao apenado o direito de defesa técnica, sob pena de nulidade. Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Os atos praticados no procedimento administrativo disciplinar, que não atende as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, contaminam todos os atos decorrentes, inclusive os praticados no âmbito judicial, por desrespeito ao devido processo legal.

O PAD que não atende ao devido processo legal não pode ser homologado e reconhecido na esfera judicial.

DECLARADA A NULIDADE DO PAD, TORNANDO SEM EFEITO A DECISÃO QUE RECONHECEU A FALTA GRAVE E SEUS EFEITOS, NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL.⁴⁷

Definido os apontamentos acima, de forma fundamentada no que entende o poder judiciário acerca da nulidade do PAD pela falta da relação processual regada pelo colóquio das partes. Podemos, opinião estritamente pessoal formada após o estudo realizado do tema, afirmar que quando houver a realização de atos impróprios, inválidos, sem referência e respeito aos ditames legais e constitucionais do devido processo legal, há nulidade absoluta de todos os procedimentos executados no PAD. Posto que o funcionário público federal, referenciado neste trabalho, é sujeito dotado de direitos pertinentes ao vínculo diferenciado que possui com o Estado, sendo inadmissível que o resultado dos atos praticados pela Administração no decorrer do Processo Administrativo Disciplinar lhe cause cerceamento de defesa e por consequente prejuízos pessoais, morais e funcionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a realização deste trabalho, buscou-se transparecer a fidelidade aos ditames legais e doutrinários, bem como as jurisprudências, pareceres e demais decisões apresentadas.

Com o fito de demonstrar faticamente o quão prejudicial e nulo torna-se o Processo Administrativo Disciplinar se não aplicados os princípios e direitos inerentes ao servidor. Da mesma forma que nos destinou enfatizar o quão frágil torna-se a relação dialética processual se o Estado não se reverenciar a tais prerrogativas, posto que a Administração Pública não pode

47 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Administrativo. **Agravo em execução nº 70.049.397.151**. Relatora Catarina Rita Krieger Martins, RS, 24 ago. 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22245580/agravo-agv-70049397151-rs-tjrs>>. Acesso em: 8 jun. 2015. Grifo nosso.

exercer indiscriminadamente seus poderes sem a devida observância obrigatória as suas limitações.

Adotou-se um viés principiológico, com base e fundamento na Carta Magna, para aprofundar os estudos nas causas de nulidades do PAD referente à inobservância dos princípios constitucionais do Contraditório e Ampla Defesa, causa de nulidade absoluta do processo. Foi demonstrado que o julgamento, o qual poderá acarretar em penalidades disciplinares expulsivas, quando eivado de vícios decorrente de decisões injustas (sem o devido processo legal) é completamente prejudicial ao acusado/indiciado. Portanto, por tais motivos, é inescusável que toda ação do Poder Público seja pautada no respeito a estas proteções conferidas ao servidor que responde ao processo.

As disposições legais e constitucionais não aborçam qual o momento do PAD, qual a conduta de ação ou omissão do Estado que prejudicam o servidor no que tange ao devido processo legal. Para tanto, com o intuito de afigurar quais as situações que dão conjuntura à precariedade do procedimento, foi usado os apontamentos editados pela Controladoria Geral da União no Manual do PAD, logo após indicando decisões judiciais que possuíam correlação com os aspectos gerais daquele documento relacionados ao direito de defesa.

Diante disso, verifica-se que o Processo Administrativo Disciplinar é um meio muito eficaz tanto para a punição das infrações praticadas pelos funcionários em âmbito público funcional, tanto como forma de coibir atos contrários aos deveres inerentes a todo aquele que serve ao Estado como servidor. Mas para que os meios sejam justos e eficazes e que realmente punam com seriedade é estritamente preciso que haja esse dialogo processual, que a Administração assuma sua posição de submissão frente aos direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais conferidas ao polo passivo da relação, principalmente e ora em voga o Contraditório e Ampla Defesa. Apenas desta forma então poderá dar ensejo a um julgamento que condize com a verdade dos fatos, com a forma moral e justa de punir.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº GQ-100**: de 16 fev. 1996. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:parecer:1996-02-16:gq-100>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº GQ-25**: de 9 ago. 1994. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/legislacao/7693/parecer-no-gq-25>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº GQ-66**: de 31 mar. 1995. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/93/1995/66.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 5 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. 3. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 1 jun. 2015.

BRASIL. Presidência da República/Controladoria Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília: CGU, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 9.421**. Relator Ministro Paulo Gallotti, DF, 22 ago. 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8882696/mandado-de-seguranca-ms-9421-df-2003-0222784-3/relatorio-e-voto-13988666>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 18.138**. Relator Ministro Humberto Martins, DF, 4 abr. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044478/mandado-de-seguranca-ms-18138-df-2012-0023413-6-stj>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 22.693**. Relator Ministro Gilmar Mendes, SP, 17 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617722>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Administrativo. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 783.368**. Relator Ministro Luiz Fux, MG, 15 set. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25264952/recurso-extraordinario-com-agravo-are-783368-mg-stf>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 433.239**. Relator Ministro Roberto Barroso, SC, 10 set. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25263260/agreg-no-recurso-extraordinario-re-433239-sc-stf>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 105.298**. Relator Ministro Gilmar Mendes, PR, 31 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1233733>>. Acesso em: 15 jun. 2015. p. 5.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Precedentes da Súmula Vinculante nº 5, do STF**: Recurso Especial n.º 434059; do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 207.197; no Agravo Regimental em sede de Recurso Especial n.º 244.027 e do Mandado de Segurança 24.961. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 8. jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sanção Disciplinar. **Mandado de Segurança nº 20.999**. Relator Ministro Celso de Mello, DF, 25 mai. 1990. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752830/mandado-de-seguranca-ms-20999-df>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473, do STF**: Sessão Planária de 3 dez. 1969. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 6 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523, do STF**: Sessão Planária de 3 dez. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Administrativo. **Agravo em execução nº 70.060.638.954**. Relator Jayme Weingartner Neto, RS, 1 out. 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150963268/agravo-agv-70060638954-rs>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Administrativo. **Agravo em execução nº 70.049.397.151**. Relatora Catarina Rita Krieger Martins, RS, 24 ago. 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22245580/agravo-agv-70049397151-rs-tjrs>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 15.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2007. p. 157.

PINTO, Junior Alexandre. A Causa Petendi e o Contraditório. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007. p. 59-60.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. **Processo disciplinar**. Brasília: Consulex, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.





A QUESTÃO DO ABORTO

José Leocadio da Cruz¹

RESUMO Apesar de ser praticado há quase cinco mil anos; de não ter sido incriminado pelo antigo Direito Romano que considerava o feto como sendo parte das vísceras da mulher; de ter sido defendido por Aristóteles e Platão por motivos demográficos; de ter sido admitido de maneira irrestrita na Grécia e na Roma antiga, sob às premissas de defesa do nascituro e da própria sociedade em seu direito de ter novos cidadãos, o aborto começou a ser condenado já na época da República Romana quando foi considerado ato imoral, e através da legislação mais tarde tipificado como crime, hoje é possível dizer que a grande maioria da população mundial repudia o aborto, o que é devido em grande parte à posição da religião predominante no mundo, a Católica, mas não só por essa razão, pois quando analisamos o aborto em termos de planeta, percebemos que ele está totalmente proibido em países que professam religiões diferentes, como também podemos perceber que em países com forte tradição católica como é o caso do Brasil, ele ainda assim é permitido, embora de forma bastante restrita.

Palavras-chave: aborto, anencefálico, dignidade, direitos humanos, nascituro.

Abstract: *Despite being practiced for about five thousand years; not been incriminated by the ancient Roman law, which considered the fetus as part of women's viscera; It is defended by Aristotle and Plato, for demographic reasons; being admitted unrestrictedly in Greece and ancient Rome, in the unborn child protection premises and society itself in your right to have new citizens, abortion began to be condemned already at the time of the Roman Republic when it was considered immoral act and through legislation, later considered a crime, it is now possible to say that the vast majority of the world repudiates abortion, which is due largely to the position of the predominant religion in the world, the Catholic, but not only for that reason, because when we look at abortion in terms of the planet, we realized that it is totally prohibited in countries professing different religions, but we can also see that countries with a strong Catholic tradition, as is the case of Brazil, it is still allowed, although quite narrowly.*

Keywords: *abortion anencephalic, dignity, human rights, unborn child.*

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana está presente em todo indivíduo pelo simples fato de ser humano, dele não podendo ser destacada, e, portanto, deve ser respeitada por todos e pelo próprio detentor, donde deriva o seu caráter de bem jurídico inalienável e irrenunciável. Em razão disso, está ela presente em todos os sistemas normativos, independentemente do seu reconhecimento constitucional.

Nessa abordagem inevitavelmente emerge a questão da dignidade da mulher que deve ser considerada em todos os seus parâmetros, inclusive na questão reprodutiva em sentido amplo, o que implica em considerar que para que essa dignidade seja preservada deve-se reconhecer, como um mínimo, o direito dessa mulher ao seu próprio corpo, e nesse ponto nos deparamos com a questão da interrupção da gestação.

Na atualidade é afirmação unânime inclusive no meio científico, que a vida humana se inicia na concep-

¹ Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa; Mestre em Ciências Sociais Aplicadas e Doutor em Direito pela Universidad Católica de Santa Fe – Argentina

ção, que por sua vez é palavra sinônima de fecundação, já que a concepção de uma nova pessoa humana é o resultado do processo de fecundação, que assinala, em se tratando de processo natural, o início da gravidez. Portanto, não poderíamos alterar o conceito de embrião, que é o produto resultante da fecundação, ou mais propriamente, da concepção. Nessa linha de raciocínio, a nidação no endométrio uterino deve obrigatoriamente ser entendido, apenas como uma fase do desenvolvimento embrionário e não a sua origem.

Por outro lado a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama a liberdade de reprodução em todos os aspectos. A partir desse diploma, a atual concepção dos direitos reprodutivos não se limita à simples proteção da reprodução, mas defende um conjunto de direitos individuais e sociais, que devem interagir em busca do pleno exercício da sexualidade e reprodução humana. Essa nova concepção tem como ponto de partida uma perspectiva de igualdade e equidade nas relações pessoais e sociais e a ampliação das obrigações do Estado quanto à implementação, promoção e efetivação desses direitos.

Há, neste contexto, de acordo com Gama (2003, p. 710) dois interesses tutelados e resguardados: o do casal que, no exercício dos direitos reprodutivos pretende procriar e, por isso, deseja ter filhos de maneira responsável e respeitando, desde já, sua futura individualidade; e o da futura pessoa, sendo que a despeito da diferença do conteúdo da saúde das pessoas envolvidas, ambos os interesses são tutelados de maneira simultânea, sob a perspectiva de que a responsabilidade na contemporaneidade não pode ser cogitada exclusivamente quanto ao momento presente, mas também quanto ao futuro da civilização humana.

Levar ou não essa gestação a termo tem de ser uma escolha da mulher. Esta é a sua tragédia pessoal, a sua dor. Cada pessoa, nessa vida, deve poder decidir como lidar com o próprio sofrimento. O Estado não tem o direito de querer tomar essa decisão pela mulher. Viola a dignidade da pessoa humana submetê-la a um sofrimento inútil e indesejado.

É nesse contexto que se insere o aborto, objeto deste trabalho.

VIDA HUMANA E PESSOA HUMANA

A conceituação do que seja a pessoa humana é de fundamental importância, pois é a partir dessa conceituação que poderemos atribuir a alguém os denominados “Direitos da Personalidade”, que segundo Miranda (2005, p. 42), são posições jurídicas fundamentais do homem, que ele tem pelo simples fato de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são direitos de exigir de outrem respeito pela sua própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica.

Entretanto, é muito difícil atribuir um conceito à essência da pessoa humana, em razão de que, se por

um lado ela pode ser sintonizada com perfeição no âmbito da bioética, isso, porém, não ocorre no âmbito da biologia. Lepargneur (1996, p. 35-54) nos apresenta um esclarecimento segundo a sua maneira de pensar, partindo da contextualização do desentendimento hoje reinante a respeito da correta conceituação da pessoa humana, tecendo considerações sobre a posição da igreja, a concepção jurídica, o entendimento da antropologia científica e algumas correntes doutrinárias. Como resultado da busca da realidade existente no confronto dessas ideias, conclui que atualmente não mais existe conflito entre a religião e a ciência quando desenvolvida e aplicada por pesquisadores honestos, e a controvérsia ainda existente está centrada nos dilemas relativos ao início e ao fim do ser humano, e nas questões relativas à manipulação da vida, incluindo-se aqui, inclusive, os transplantes de órgãos e a cessão de partes do corpo, que em última análise representam controvérsias a respeito da pessoa humana quanto à sua correta definição e quanto a ser ela merecedora da dignidade essencial que todos lhe atribuem.

A atual noção de pessoa humana, da singularidade de que a distingue de todos os demais seres pela sua completude, incomunicabilidade, especialidade e racionalidade é fruto do desenvolvimento do pensamento iniciado a partir do Cristianismo, principalmente das lições de São Tomás de Aquino, que veio a dar novas feições do pensamento pré-existente oriundo dos gregos, que se caracterizava pela ausência da universalidade da atribuição do conceito a todos os indivíduos da espécie humana, deixando à margem mulheres e escravos, tidos como seres intermediários entre os cidadãos gregos e os animais. De outro ângulo, Kant passou a diferenciar pessoa de indivíduo, este entendido como uma realidade mais pobre e mais restrita do que a da pessoa, que muito embora também seja um indivíduo, pois se constitui de um corpo e de uma estrutura psíquica, não se reduz totalmente a essa realidade, e dessa forma, para Kant, a pessoa se constitui em um fim em si mesma, porque é um centro de liberdades capaz de transcender-se e superar-se continuamente, o que não ocorre com o indivíduo.

De acordo com Xavier (2000, p. 217-225), dentro da conceituação religiosa, principalmente da Igreja Católica, a noção de pessoa está centrada no conceito de pessoa divina, oriunda do próprio ensinamento sobre a criação do homem por Deus à sua imagem e semelhança, e nesse contexto, a pessoa humana surge mesmo antes do seu nascimento, pois seu nome estava escrito no livro da vida, sendo que a fecundação é tida como mero ato biológico caracterizado pela união de gametas, marco inicial do surgimento tanto do ser ontológico, como do ser espiritual e imortal, que perdurarão até sua morte. Já no campo da conceituação jurídica, ainda de acordo com o autor citado, a noção de pessoa humana em parte converge e em parte se choca com a concepção da Igreja, pois para o Direito, se de um lado a pessoa é um ente susceptível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito, assim entendido como aquele que é sujeito de

um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, ou o indivíduo que pode exercer as prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe atribui, que tem o poder de fazer valer através dos meios legais disponíveis o cumprimento do dever jurídico, conceito que lhe atribui a supremacia antropológica pregada pela Igreja; de outro lado, não abrange o nascituro, pois o reconhece como titular de direitos, mas que permanecerão em estado potencial, e com seu exercício, como regra predominante, condicionado ao nascimento com vida, que se não ocorrer fará com que o nascituro seja tido como inexistente no mundo jurídico.

Em trabalho apresentado na Décima Sexta Jornada Nacional de Direito Civil, levada a efeito em Buenos Aires, em 1997, Andorno discorre sobre a atribuição da qualidade de pessoa, firmando-se na ideia de que a posição mais justa é a que atribui a qualificação de pessoa a todo ser humano, independentemente de suas qualidades, de sua idade e do seu estado de saúde, tanto físico como psíquico, e nessa perspectiva, pessoa é o indivíduo que pertence a uma natureza racional. Porém, explica que o fato de pertencer a uma natureza racional não supõe que o indivíduo em questão possa exercer atualmente e de fato suas funções racionais. Nesse enfoque, conclui que para ser pessoa basta que pertença a espécie humana, não lhe sendo exigido nenhum requisito adicional.

Uma lição importante sobre a pessoa humana como fonte de valor nos é dada por Pessini e Barchifontaine (2005, p. 1), quando afirmam ser importante que reconheçamos que o ser humano é um produto da natureza que amadurece como os outros seres naturais, e que essa maturidade é alcançada sobretudo no estágio ético, ou seja, na fase em que a pessoa como ser autônomo e livre, age segundo valores adequados ao seu modo de existir, valores esses que não se encontram nos genes e nem tampouco são produtos da genética, mas que são culturais e frutos de uma longa experiência e tradição humana, que se não nos legaram um código de valores éticos, nos deram a capacidade de adquiri-los. Por essa razão, afirmam, que a ciência nunca descobrirá ou isolará um valor ético em laboratório, pois este pode revelar tudo o que somos sob os prismas biofísico e bioquímico, mas nunca terá condições científicas de revelar o que seja uma pessoa ou um valor, pois esses conceitos foram lentamente construídos pelas tradições filosóficas, éticas, religiosas e jurídicas. Assim, pregam que a tradição simbólica dos valores não conflita com o saber científico, mas ambos se complementam mutuamente, pois em qualquer procedimento da medicina ou da ciência, estão presentes a habilidade e a experiência científica, em estrita obediência às normas legais garantidoras da lisura do procedimento, e tendo sempre em conta a cultura milenar sobre o conceito do ser humano, considerada desde as superstições, até a consideração do corpo como algo sagrado e destinado a um dia ressurgir pelo poder divino. Nenhuma dessas dimensões pode ser ignorada e nem pode ser reduzida umas às outras, mas todas devem convergir para explicar o mesmo ato.

PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

As ideias acerca do nascituro e da necessidade de se proteger o ser que estava por nascer remonta ao século IV antes de Cristo, quando Hipócrates, o célebre pai da medicina, se comprometeu em seu juramento igualmente célebre a não fornecer preçário abortivo a nenhuma mulher (VASCONCELOS, 2006, p. 66-72).

Entretanto, pensadores imortalizados, como Platão e Aristóteles defendiam as práticas abortivas por interesses demográficos e eugênicos. Além disso, Aristóteles pregava que o aborto só seria incriminado caso ocorresse após o feto ser dotado de alma, o que ocorria 40 dias após a fecundação para o homem e 3 meses para a mulher.

No Direito Romano o feto era tratado como uma mera porção das vísceras maternas, razão pela qual era considerado coisa.

No início da Idade Média, Santo Agostinho e São Jerônimo, mesmo sob a pesada influência do Cristianismo, afirmavam que a alma só entrava no feto após ele ter adquirido forma humana, o que legitimava o aborto antes disso.

Modernamente, o Código Civil Napoleônico, herdeiro das tradições romanas, adotou a tese de que o nascituro é um sujeito de direito, contanto que nasça com vida e vida viável. Para tanto, os franceses utilizavam-se de perícia médica e a criança, nascendo viva, adquiria personalidade jurídica, o que não ocorria se nascesse morta, embora tivesse tido vida intrauterina. Entretanto, com a evolução das descobertas ligadas às novas tecnologias reprodutivas, a jurisprudência francesa acabou por provocar mudança legislativa no sentido de se considerar o nascituro como se já tivesse nascido, sempre que o seu interesse o requerer.

A Holanda nega proteção jurídica ao nascituro, pois condiciona o início da personalidade jurídica ao nascimento com vida, aliado ao requisito da viabilidade. No mesmo sentido posicionam-se os Códigos da Itália, da Alemanha, de Portugal e da Suíça sem, entretanto, mencionar a viabilidade (VASCONCELOS, 2006, p. 66-72).

Enquanto que nos Estados Unidos, pelo menos 37 Estados e também o Distrito de Colúmbia, atribuem personalidade jurídica ao feto a partir da concepção, na Espanha, ela é atribuída a partir do nascimento com vida, condicionado ao fato de que o bebê apresente forma humana e tenha vivido pelo menos 24 horas completamente separado do ventre materno.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina não considera o pré-embrião como pessoa, afirmando que esse conjunto de apenas oito células sem desenvolvimento de placa neural não pode ser considerado um ser humano, representando apenas uma expectativa potencial de vida, da mesma forma que o são os gametas masculinos e femininos isoladamente. São partes que se completam para permitir, através de sua fusão, a mágica da vida, qual seja o ser humano (CFM, 2006). Porém, esse entendimento não está de acordo com o Código Civil Brasileiro de 2002, que da mesma forma

que o seu antecessor, o Código de 1916, assegura os direitos do nascituro desde a concepção, direitos esses apenas em potência, pois a personalidade jurídica, de acordo com a previsão do Código, só é adquirida a partir do nascimento com vida, e se esse evento não ocorrer, tais direitos extinguem-se ou não se consolidam.

De acordo com Minarê (2006), tendo o comando constitucional relativo ao direito à vida, estabelecido um princípio, qual seja, o princípio do direito à vida, torna-se imperioso que se estabeleça o entendimento sobre qual seria a intensidade da proteção necessária para garantir que esse princípio não seja violado pela legislação e também refletir sobre situações onde outros princípios constitucionais com ele concorrem. Se afirmarmos que para garantir a inviolabilidade do direito à vida seria necessária uma proteção absoluta e inflexível, inclusive para embriões congelados e inviáveis para a reprodução humana, sem dúvida seria difícil depois justificar a constitucionalidade do aborto em caso de gravidez oriunda de estupro, que é um procedimento garantido pelo Código Penal, o aborto no caso de anencefalia do feto, cuja licitude após a decisão do STF pela improcedência da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, concluindo em suma pela sua atipicidade, não pode mais ser questionada. Difícil seria até mesmo justificar os critérios utilizados para assegurar a preferência pela vida da gestante em casos onde a preservação da vida do feto e da gestante não são compatíveis. Tudo isso sem falar que a própria Constituição relativiza a garantia do direito à vida ao permitir que, em caso de guerra declarada, seja adotada a pena de morte.

A QUESTÃO DO ABORTO

A partir do Cristianismo, o aborto passou a ser visto sob uma nova ótica, qual seja, que sua prática implica na morte de um ser humano, o que motivou o repúdio da Igreja Católica que não o admite sob nenhum pretexto, em fiel coerência com o ensinamento de Paulo de Tarso: “Não se fará o mal para conseguir o bem”. Assim, condena o próprio aborto terapêutico, que é praticado para preservar a saúde ou a vida da mãe, chegando algumas vezes a excomungar pessoas envolvidas nesse tipo de interrupção da gravidez, como o que aconteceu no Brasil no dia 04 de março de 2009, quando o arcebispo de Olinda e Recife, Dom José Cardoso Sobrinho, excomungou da Igreja Católica os médicos e todas as pessoas envolvidas no aborto praticado em uma menina de nove anos, que se encontrava grávida em virtude de estupro praticado por seu padrasto. O arcebispo desconsiderou as ponderações dos médicos, de que se tratava de caso de aborto duplamente legal, posto que aplicado a caso de gravidez resultante de estupro, e que em decorrência da idade precoce a menina corria risco de vida: “A lei de Deus está acima de qualquer lei humana. Então, quando uma lei humana, quer dizer, uma lei promulgada pelos legisladores

humanos, é contrária à lei de Deus, essa lei humana não tem nenhum valor”.

Em termos conceituais, aborto é a interrupção da gravidez pela morte do feto ou embrião, junto com os anexos ovulares, podendo ocorrer de forma espontânea ou provocada, entendendo-se o primeiro, que também é conhecido como aborto involuntário ou ainda falso parto, no qual o embrião ou o feto são expulsos de forma natural em decorrência de anomalias do próprio feto ou do organismo materno, incapaz de retê-lo. O aborto provocado é aquele em que ocorre ou a expulsão ou a retirada do feto ou embrião pela ação mecânica ou medicamentosa perpetrada por terceiro ou pela própria gestante, mediante a utilização de métodos como a aspiração, a curetagem, a ingestão de drogas ou qualquer outra prática abortiva.

A partir daí, da análise da literatura médica, surgem quatro modalidades de aborto de acordo com o motivo que o determina e de acordo com a voluntariedade ou não do agente provocador:

- O aborto voluntário, que é o que ocorre por razões unicamente ligadas à vontade reprodutiva da gestante ou do casal que não mais desejam filhos, enquadrando-se nesse tipo tanto a interrupção voluntária da gravidez decorrente de relações sexuais voluntárias, como aquela permitida por diversas legislações, por ter a gravidez se originado de estupro;

- O aborto terapêutico, que é praticado tendo em vista a preservação da saúde ou da própria vida da gestante, que se considera em perigo em função da gravidez;

- O aborto eugênico, que é praticado em nome da perfeição e da pureza da raça, evitando assim que defeitos genéticos existentes no feto ou no embrião se propaguem às futuras gerações, e

- O aborto seletivo, no qual se interrompe a gravidez em razão de o feto ou embrião apresentar anomalias incompatíveis com a vida fora do útero materno, encontrando-se aqui todos os casos de aborto provocado em razão de doenças mentais ou físicas graves ou potencialmente graves e o denominado aborto anencefálico em que o feto apresenta o cérebro com desenvolvimento incompleto ou nenhum desenvolvimento.

ABORTO ANENCEFÁLICO

De acordo com a doutrina médica, a anencefalia consiste na ausência, no feto, dos dois hemisférios cerebrais – não podendo ser proclamada como idêntica à morte cerebral –, que se consubstancia na constatação da ausência funcional e definitiva do tronco cerebral, que se encontra presente nos fetos anencefálicos.

Sobre a necessidade de se adaptar as decisões judiciais aos tempos em que os fatos ocorrem e da maneira como ocorrem, Asúa (1949, tomo III, p. 139) nos ensinava que os juízes não podem ficar alheios às transformações sociais, jurídicas e científicas. Por isso, a vontade da lei não deve ser investigada somente em relação à época em que nasceu o preceito, mas sim

tendo em consideração o momento de sua aplicação.

Muito antes da histórica decisão do STF, Biten-court (2009) já defendia a postura do judiciário brasileiro na concessão de alvarás em casos de anencefalia, argumentando que, por vezes, surgem situações inusitadas e que reclamam aplicação das normas penais de outrora e, nessas ocasiões, não é permitido à ciência e ao cientista ignorarem os avanços culturais, técnicos, científicos e tecnológicos da sociedade em geral, e no caso, da medicina em particular, mesmo diante das mais profundas transformações que tantas décadas possam ter produzido, sejam éticas, culturais, médicas ou científicas. Dessa mesma forma deve ser enfrentada uma situação atualíssima como o aborto anencefálico, pois se em 1940, existisse toda a gama de conhecimento científico e tecnológico que hoje existe, capaz de conceituar com segurança as expressões “feto sem vida” ou “feto com morte cerebral”, o legislador do Código Penal Brasileiro, diante da absoluta certeza da inexistência de vida, também inseriria no texto legal mais essa excludente de punibilidade.

O ilustre penalista entende que não se pode falar em reprovabilidade social nem em censurabilidade da conduta de quem interrompe uma gravidez ante a inviabilidade de um feto anencefálico, que a ciência médica assegura, com cem por cento de certeza, a absoluta impossibilidade de vida extrauterina. Para ele, além de ser desumano exigir-se de uma gestante que suporte a gravidez até seu final, com todas as consequências e riscos, para que, no final, ao invés de comemorar o nascimento de um filho, pranteie o enterro de um feto disforme, acrescido do dissabor de ser obrigada a registrar o nascimento de um natimorto, representa inquestionavelmente uma forma brutal de submetê-la a odioso tratamento, em flagrante violação ao disposto no artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será submetido a tratamento desumano.

ABORTO TERAPÊUTICO

A doutrina médica reconhece que, graças aos avanços da medicina, são cada vez mais raras as situações patológicas em que se poderia concluir pela impossibilidade de evolução de gravidez até a viabilidade fetal.

Entretanto, torna-se necessário diferenciar o aborto terapêutico direto, praticado com o fim específico de salvar a vida da mãe, fazendo a opção de vida em favor dela, e o aborto decorrente do tratamento aplicado à mãe doente, que estando grávida é tratada pela medicina como se não estivesse, mesmo sabendo-se que tal tratamento colocaria em risco a vida do feto. No primeiro caso teríamos a aplicação do princípio de que “os fins não justificam os meios”, não sendo aceitável, perante o princípio da dignidade humana, tirar-se deliberadamente uma vida para salvar outra, já que ambas merecem o mesmo respeito.

Porém, no segundo caso, o feto morrerá em razão de complicações quanto ao tratamento da mãe, que se

não fosse feito, seria a causa eficiente da sua morte e, em consequência, do próprio feto, como pode ocorrer, por exemplo, no caso da necessidade urgente de um procedimento cirúrgico de alto risco, inclusive para a integridade do conceito, optando a medicina por realizá-lo apesar dos riscos, por entender que qualquer tentativa para salvar a mãe, que não envolva um atentado direto ao feto é legítima, e o aborto, se ocorrer, terá sido indireto, acidental e não desejado, embora os riscos da sua ocorrência fossem conhecidos.

A SITUAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Lopes (2007) escreve que, ao analisar a prática do aborto, quanto à legalização estatal, devemos fazê-lo levando em conta que, dependendo da visão de mundo existente nos diversos países, dependente, em grande parte, da religião predominante. Dentro desse contexto, segundo ela, podemos dividir as diversas legislações em três grupos principais:

- As que proíbem totalmente o aborto, inadmitindo inclusive o aborto terapêutico e o anencefálico, que estão presentes numa área geográfica muito pequena, habitada por apenas 0,5% (meio por cento) da população mundial, estando nessa categoria as legislações do Chile, a da Nicarágua e de Honduras;

- As que permitem o aborto de forma quase irrestrita, onde a decisão de abortar ou não abortar é prerrogativa quase que irrestrita da mulher, ressalvando-se apenas, a proibição relativa ao tempo de gestação, adotada hoje em uma extensão geográfica correspondente a 40% (quarenta por cento) da população mundial, envolvendo entre outros países, a Rússia, a China, a África do Sul, os Estados Unidos e o Canadá;

- As que permitem o aborto em situações excepcionais, presentes numa extensão territorial que alberga 59,5% da população do planeta. As excepcionalidades, que variam de país para país são representadas pelo aborto terapêutico para salvar a vida da mãe, ou para salvar a integridade física ou a saúde da mulher, ou para preservar a saúde mental da mulher; pelo aborto eugênico, em caso de má-formação fetal; pelo aborto praticado em situações em que a gestação decorreu de estupro; e por razões socioeconômicas. A predominância das regras permissivas encontra-se no aborto terapêutico, liberado praticamente em 100% dos países que integram esse grupo, estando em segundo lugar o aborto praticado para preservar a saúde da mulher, em terceiro o eugênico e o praticado em situações de estupro e por último o aborto permitido por razões meramente econômicas.

No Brasil, o direito à vida, qualquer que seja a sua forma ou estágio de desenvolvimento é protegido constitucionalmente, daí resultar que entre nós o aborto é de uma maneira irrestrita proibido, não podendo a legislação infraconstitucional liberar a sua prática, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, Código Penal Brasileiro, como regra geral, considera o aborto como crime:

No Art. 124, o legislador tipifica o auto aborto e o aborto consentido, em que a mulher permite que terceira pessoa o pratique:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

Penas – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Penas – reclusão, 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Penas – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, e a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Como se verifica, perante a lei brasileira o aborto é crime em qualquer das suas modalidades, seja qualquer a motivação, seja qual for o agente causador, não importando, se a própria mulher, se terceiro ou se oriundo da concorrência de ações de mais de uma pessoa. O Art. 124 tipifica o auto aborto, e o 126 o aborto consentido, que é o aborto praticado por terceira pessoa, com o consentimento da mulher, respondendo pelo crime tanto o terceiro, com as penas do artigo 126 aumentadas pelas regras do Art. 127, se for o caso, e a mulher com as penas do artigo 124. O crime do artigo 125 é o aborto forçado, praticado por terceiro na mulher que não o consentiu.

Entretanto, o código excepciona, por força do artigo 128, o aborto praticado por médico nas situações em que a mulher corre risco de vida ou o em que a gravidez tenha resultado de estupro, sem deixar de considerá-lo crime, mas abstendo-se de puni-lo, o primeiro, denominado aborto necessário ou terapêutico, entendido pela doutrina como estado de necessidade, que não exige a atualidade do perigo. A segunda excludente de ilicitude trata do aborto sentimental, ético ou humanitário, quando, havendo consentimento da gestante, também se autoriza a intervenção médica, se a gestação em curso foi resultado de estupro.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, do seu representante legal.

Da mesma forma que no Brasil, a Constituição Argentina² proclama o direito à vida desde a concepção, o que faz com que o aborto seja em geral proibido:

Art. 85. El que causare un aborto será reprimido:

1º. con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2º. con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Entretanto, da mesma forma que a legislação penal brasileira, a da Argentina declara não punível o aborto terapêutico e o praticado em casos de estupro³:

Art. 86. Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º. si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2º. si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Em análise comparativa, verifica-se que a legislação brasileira é mais rígida que a argentina no que diz respeito ao aborto necessário, pois enquanto que na Argentina ele não é punível nem nos casos de perigo de vida para a gestante, nem nas situações em que se objetiva apenas a preservação da saúde dessa gestante, no Brasil só ocorre a não punibilidade nos casos em que ele se torne necessário e indispensável para salvar a vida da gestante. Entretanto, quanto ao aborto sentimental, a lei argentina é mais rígida, pois enquanto que no Brasil não é incriminado o aborto praticado por médico em caso de gravidez resultante de estupro independentemente da condição mental da vítima, na Argentina ele só não é punível se for praticado em mulher idiota ou demente.

Quanto ao aborto eugênico, ele não é permitido por nenhuma das duas legislações, embora existam movimentos, principalmente no Brasil, em favor da sua legalização em casos de anomalias graves ou fatais, como nos casos de anencefalia ou acrania, havendo precedentes jurisprudenciais no sentido de que, uma vez provada a anomalia grave, que venha a comprometer seriamente a vida do futuro indivíduo, ou mesmo inviabilizá-lo, o aborto deverá ser autorizado. O anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal, se aprovado, tornará o aborto eugênico não punível em terras brasileiras, pois dito projeto insere em seu artigo 128, um terceiro inciso: “fundada probabilidade, atestada por outro médico, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais”.

2 Constituição Argentina. Disponível em: <<http://www.argentina.ar>>.

3 Idem.

Herrera e Jaramillo (1999, p. 267) criticam os partidários do aborto eugênico, que defendem a eliminação do feto malformado sob o pretexto de que se trata de uma ação preventiva, e que representa um mal menor e que ao praticá-lo está se evitando um mal maior, representado pelo sofrimento daquele que irá nascer e a carga que ele representará para os pais e para a sociedade. Para os autores, uma coisa é prevenir um defeito, ou seja, evitar que ele se manifeste, e outra coisa é eliminar o sujeito, e através do aborto eugênico não se está evitando que exista malformado, mas matando um ser já existente. Por outro lado, o mal maior é o aborto, já que pressupõe a extinção do ser humano e o mal menor é sem dúvidas que o ser defeituoso viva, pois seu defeito é um acidente, ao passo que a vida, que é seu mesmo ser, é substância.

Azúa (1949, p. 139) entende que a legislação penal deve acompanhar a evolução científica e adaptar-se às novas realidades, pois aquilo que não foi previsto ou excepcionado em uma época, pelo fato da inexistência da situação fática, poderia ter sido em época posterior, em que ela passou a fazer parte do ordinário das relações humanas:

Os juízes não podem ficar alheios às transformações sociais, jurídicas e científicas. Por isso, a vontade da lei não deve ser investigada somente em relação à época em que nasceu o preceito, mas sim tendo em consideração o momento de sua aplicação. O magistrado adapta o texto da lei às evoluções sofridas pela vida, da qual, em última consideração, o Direito é forma. Decore daí o dever de ajustá-la a situações que não foram imaginadas na remota hora de seu nascimento. Assim têm podido viver velhos textos como o Código Penal francês, que tem mais de século e meio de existência.

Já Hungria (1958, p. 3140), um dos maiores penalistas brasileiros, se posicionava a favor do diploma penal brasileiro de 1940, atacando o aborto praticado em nome da eugenia à qual se contrapõe denominando-a de “pretenciosa charlatanice”, e afirmando que essa ciência não passa de um amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica e incapaz, portanto, de fornecer prova irrefutável no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Com respeito à previsão de anomalias que o feto possa vir a ter em função da paternidade, afirma que inexistente doença, quer da mãe, quer do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação ser sacrificado, pois mesmo os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ter descendentes inteiramente sãos e de alta espiritualidade.

Algumas legislações, de acordo com a evolução da ciência e da medicina, aceitam o fato da existência da morte cerebral, que põe termo à vida humana. Dentro desse rol se encontra a legislação brasileira, pelo menos a partir de 1997, pela força normativa da Lei n.º

9.434/97, denominada “lei de transplantes de órgãos”, que autoriza a remoção de órgãos ainda vivos por ser essa a condição de seu aproveitamento, pela simples constatação da morte cerebral do doador.

O fato de que a morte cerebral deixou de ser apenas um conceito médico para adentrar na esfera jurídica, implicou em se admitir que não haverá crime de homicídio no caso de se realizar transplantes com a utilização de órgãos ainda vivos, bastando que o corpo que os encerra esteja com cérebro inativo e sem nenhuma condição de voltar a funcionar.

Para que se possa dizer que existiu aborto provocado é necessário que constatemos a gravidez, a vida do feto e que a sua expulsão antecipada não tenha ocorrido de maneira espontânea, mas provocada. Assim, ao aceitar a existência da morte cerebral, o legislador da Lei 9.434/97 e os defensores do aborto anencefálico passaram a invocar, de forma analógica, não propriamente a premissa da morte cerebral, mas a da inexistência de cérebro algum ou da sua existência incompleta, para afirmar que se não há cérebro em atividade, então não há vida, nem mesmo em potência e, portanto, não se pode matar o que já está morto.

Como é de conhecimento amplo devido a sua repercussão, o Supremo Tribunal Federal, em princípio pela decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio de Mello, considerou ser direito da gestante submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, e concedeu liminar autorizando a interrupção da gravidez em casos de fetos com anencefalia, defeito de formação do sistema nervoso que se torna manifesto entre o 23º e o 26º dia de gestação e que apresenta, como consequência, nascimentos de bebês sem a maior parte do cérebro ou com cérebro inexistente e, por isso, incapazes de vida extrauterina por mais de algumas horas.

O Ministro não considera a intervenção cirúrgica como um aborto, já que inexistente possibilidade de vida fora do ventre materno. Justificou a sua decisão, dizendo que “a gestante com feto anencefálico convive diuturnamente com a triste realidade e com a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo”.

Como se sabe, essa decisão foi posteriormente acompanhada pela maioria dos ministros do STF e a partir dela deve-se admitir que o aborto de feto anencefálico, assim entendido aquele que por possuir má-formação do cérebro ou ausência dele, de acordo com a ciência médica tem a vida totalmente inviabilizada, não é crime. Isso porque, apesar de não se encontrar listado no artigo 128 do Código Penal, a sua licitude deriva da absoluta atipicidade da conduta, posto que não se trata aí de feto com vida, e inexistindo esta, inexistente o objeto do delito.

Na União Europeia, a política em relação ao aborto varia de acordo com o Estado-Membro de que se trate. Este fato constitui uma explicação para a existência de mulheres que viajam de um Estado Membro para outro, a fim de realizar um aborto. A política mais

restritiva é a da Irlanda, onde o aborto só é permitido para salvar a vida de uma mulher; em Portugal e na Espanha, o aborto legal só é possível nos casos de mutilação fetal e violação, ou para proteger a saúde física e mental das mulheres, mas na realidade a prática de abortos extrapola esses casos. Outros países permitem a realização de abortos por razões de caráter médico e socioeconômico. Em muitos países, o limite do tempo de gestação para a realização de um aborto situa-se nas doze semanas. Depois desse limite, o aborto continua a ser possível em alguns países, mas só em circunstâncias especiais. Há países em que as gestantes menores necessitam obter o consentimento dos pais para realizar o aborto. Quanto ao custo da interrupção voluntária da gravidez ele também varia, existindo muitos governos que incluem o aborto nos seguros dos sistemas nacionais de saúde, enquanto outros apenas incluem o aborto realizado por razões de caráter médico. Enquanto que na Polônia, o aborto foi declarado ilegal depois de mais de quatro décadas em que foi permitido e amplamente acessível; que Chipre pratica uma política restritiva em matéria de aborto, permitindo-o somente em caso de violação, mutilação fetal e proteção da saúde física e mental da mulher; na Turquia, é apenas necessário obter o consentimento do cônjuge (PARLAMENTO EUROPEU, 2002).

As taxas oficiais de realização de abortos legais menos elevadas dentro da União Europeia são as da Bélgica, da Holanda e da Alemanha, em que o número é de cerca de 7 em cada mil gestações; a meio da tabela estão a Finlândia, a França e a Itália, que realizam 11 abortos legais em cada mil gestações; as taxas mais elevadas são as da Suécia, do Reino Unido e da Dinamarca, com 17 abortos legais para cada grupo de mil gestações, tendo a Suécia a mais elevada de todas, com 18 abortos em cada mil gestações. Nos países integrantes mais recentes ou candidatos à adesão, as taxas de recurso ao aborto são muito mais elevadas, sendo que nesses países, os menores níveis oficiais encontram-se na República Checa, com um índice de 17 abortos para cada mil gestações; na Lituânia, na Eslováquia e na Eslovênia ocorrem 21 abortos em cada grupo de mil; na Bulgária, na Letônia, na Estônia e na Hungria aproximadamente 40 por mil, sendo que a mais alta taxa é encontrada na Romênia, onde em cada grupo de mil gestações ocorrem 40 abortos legais (PARLAMENTO EUROPEU, 2002).

No Brasil, considerando o período 2005/2013 houve uma redução substancial no número de abortos, que caiu de 1 milhão em 2005 para 860 mil em 2013, redução essa que se torna mais importante considerando que em 2005 a população brasileira era de 186.1 milhões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na legislação supranacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 ao afirmar que

“todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos”, e que “todo ser humano tem direito ao reconhecimento de sua personalidade perante a lei”, e, principalmente, “que todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer discriminação a igual proteção”, não vincula a aquisição da personalidade a nenhuma condição ou termo, pelo que se deduz que não se pode discriminar seres nascidos dos não nascidos.

Na mesma linha, o Pacto de São José da Costa Rica proclama em seu artigo 2.º, que “pessoa é todo ser humano”; no artigo 3.º, “que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”; e arremata no artigo 4.º, § 1.º, “que toda pessoa tem direito ao respeito pela vida, a qual deverá ser protegida, em geral, desde o momento da concepção”. Realçando esse espírito protetivo destinado ao embrião, o § 5.º do mesmo artigo proíbe a pena de morte nos estados onde ela ainda não foi abolida às mulheres que se encontrem em estado de gravidez.

No Brasil, a Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida, e como bem lembra Maria Garcia, não há possibilidade de existir o processo vital senão a partir do óvulo fecundado, pois todo fim deve ter um início, tratando-se, portanto, de um continuum com fases antecedentes e consequentes, todas igualmente necessárias ao desenvolvimento de um determinado ser. Além disso, a Constituição refere-se unicamente ao bem jurídico “vida”, e atribuiu dignidade própria à qualidade de “humano”, sem especificar se embrião, se criança ou se adulto e atribuiu dignidade própria à qualidade de “humano” (GARCIA, 2008).

Verifica-se que a proteção que se assegura é à vida humana sem considerar o estágio de desenvolvimento vital em que ela se encontra, abrangendo, portanto, a proteção da vida humana nascente, ou seja, da vida embrionária e fetal.

Tal entendimento, entretanto, não se aplica aos casos de interrupção da gravidez pelas excludentes legais do artigo 128 do Código Penal que envolve o aborto legal quando a gestação decorre de estupro e o chamado aborto terapêutico, que é autorizado nos casos em que a medicina especializada atesta haver risco de vida à gestante ao se insistir em levar a gestação a termo.

O mesmo se diga em relação ao aborto anencefálico, pois nesse caso não se pode questionar a assertiva da decisão da mais alta corte de justiça nacional ao torná-lo legal pelo simples fato de que, em se tratando de feto anencefálico, inexistente a viabilidade de vida extrauterina e, portanto, não se trata de um ser vivo, posto que ausente a atividade cerebral, não se podendo falar em crime pela absoluta ausência de objeto material, configurando, portanto, um fato atípico. Dessa forma, a partir da decisão do STF, ninguém poderá ser processado pela interrupção de gravidez de feto comprovadamente anencefálico, Além das ações penais que estavam em andamento à época da decisão poderiam ser objeto de trancamento os inquéritos policiais em curso. O cumprimento da pena poderia ser cessada.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 97.
- ANDORNO, Roberto. **¿Todos los seres humanos son personas?** Décima Sexta Jornada Nacional de Derecho Civil. Buenos Aires. Argentina, 1997. Disponível em: <<http://www.jornadas-civil.org>>. Acesso em: 3 ago. 2015.
- ASÚA, Luiz Gimenez de. **El criminalista**. Buenos Aires: TEA, 1949, tomo III.
- BITENCOURT, César Roberto. **Atipicidade do aborto anencefálico: respeito à dignidade humana da gestante**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15279/14843>>. Acesso em: 3 ago. 2015.
- Constituição Argentina. Disponível em: <<http://www.argentina.ar>>. Acesso em: 3 ago. 2015.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GARCIA, Maria. Ainda sobre as pesquisas com célula tronco humanas. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 16, n. 190, set. 2008.
- HERRERA, Francisco Jose; JARAMILLO, Francisco Jose Herrera. **El derecho a la vida y el aborto**. Rosario: Universidad del Rosario, 1999.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- LEPARGNEUR, François Hubert. **Bioética, novo conceito: a caminho do consenso**. Porto Alegre: Edições Loyola, 1996.
- LOPES, Adriana Dias. Aborto: A realidade dos consultórios. **Revista Veja**, Ed. 2007, ano 42, n. 4. 18 jan. 2009.
- MINARÉ, Reginaldo. **Art. 5.º, da Lei n.º 11.105, de 2005 não é inconstitucional**. Disponível em: <www.Genoma.ib.usp.br>. Acesso em: 30 set. 2006.
- MIRANDA, Jorge, apud ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- Parecer nº 23/96, do Conselho Federal de Medicina, de 11/09/1996. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica>. Acesso em: 3 ago. 2015.
- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- RELATÓRIO da Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade de Oportunidades do Parlamento Europeu sobre direitos em matéria de saúde sexual e reprodutiva de 06/06/2002, Disponível em: <<http://www.portal.juventudesocialista.org>>. Acesso em: 3 ago. 2015.
- VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.
- XAVIER, Elton Dias. Bioética e o conceito de pessoa: A re-sificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Revista Bioética**, 2000 v. 8, n. 2.





CONSTITUIÇÃO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ESTUDO DE CASOS A PARTIR DA TEORIA DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA DE RICHARD POSNER

Alexandre Almeida Rocha¹
Leonardo Ariosi de Sousa²
Maria Heloisa Chiaverini de Melo³

Resumo: O artigo aborda como tema a Análise Econômica do Direito (AED) e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Valendo-se da principal teoria acerca do tema, a maximização da riqueza de Richard Posner, e outras doutrinas relacionadas com o princípio da eficiência, o artigo busca responder a problemática que envolve a possibilidade de a Constituição de 1988 ser interpretada a partir da AED e, por conseguinte, se aplicar o direito a partir de tal teoria. Dessa forma, entre os objetivos gerais que se propôs a buscar encontram-se a aplicação da teoria da maximização da riqueza e o princípio da eficiência constitucional aos casos concretos abordados no artigo, a fim de averiguar se tais casos encaixam-se nas vertentes propostas pela Análise Econômica do Direito, assim como, observar a própria eficiência das normas programáticas e se estas se enquadram na realidade e na perspectiva social e econômica que o Estado se encontra. Como objetivos específicos estão inseridos a busca por casos concretos através dos julgados do Supremo Tribunal Federal e o conceito teórico das classificações normativas inseridas na Carta Magna. A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica de vertentes doutrinárias pertinentes ao tema e pesquisa jurisprudencial, em que o método utilizado foi o dedutivo, visto que houve a aplicação e o entendimento da teoria nos julgados analisados, objetivando chegar a uma conclusão da relação de pertinência entre eles. A importância da temática se dá devido à questão principiológica da eficiência já que se refere a melhor administração de um Estado democrático, visto que no contexto analisado, o brasileiro, há uma necessidade de maior eficácia quando do implemento de políticas sociais relacionadas com os componentes econômicos existentes e a adequada administração do Estado em todos os elementos de seus Poderes.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Maximização da Riqueza; Eficiência.

Abstract: *The article discusses the theme The Economic Analysis of Law (EAL) and its application in the Brazilian legal system. Drawing on the main theory on the subject, wealth maximization Richard Posner, and other doctrines relating to the principle of efficiency, the article seeks to answer the problem that involves the possibility of the 1988 Constitution be interpreted from the EAL and therefore apply the right from the theory. Thus, among the general objectives that the article proposed to seek are the application of theory of wealth maximization and the principle of constitutional efficiency to the specific cases discussed in the article, in order to ascertain whether such cases fall on the slopes proposals by the economic Analysis of Law, as well as observe the very efficiency of program standards and whether they fit the reality and social and economic perspective that the state is. The specific objectives are*

1 Doutorando no Programa de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) e Professor Assistente no Departamento de Direito do Estado na mesma instituição.

2 Graduando de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

3 Graduanda de Bacharelado em Direito, integra o Programa Voluntário de Iniciação Científica (PROVIC) na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

entered to search for specific cases through the trial of the Supreme Court and the theoretical concept of normative ratings inserted in the Constitution. The methodology used was the bibliographical analysis of doctrinal relevant aspects to the topic and jurisprudential research, the method used was deductive, as was the application and understanding of the theory in the trial analyzed, aiming to reach a conclusion on the relevance of the relationship between them. The importance of this topic is due to the principled question of efficiency that it provides for the better administration of a democratic state, since the analyzed context, Brazil, there is a need for greater efficiency when the implement social policies related components existing economic and proper administration of the State in all the elements of their powers.

Keywords: Economic Analysis of Law; Wealth Maximization; Efficiency.

1. INTRODUÇÃO

As discussões que atualmente suscitam os maiores debates estão relacionadas a efetividade das normas constitucionais, em especial, das normas constitucionais que são enunciadoras de direitos fundamentais. Dentre as diversas possibilidades que se apresentam para enfrentar o tema, a análise econômica do direito pode ser tida como um referencial teórico adequado para se analisar se há uma “adequada” aplicação do direito, já que aproxima as discussões do direito e da economia.

Levando-se em consideração que o direito como um todo objetiva, através da sistematização das normas, a coação e a sanção; a efetividade de suas premissas através da conduta dos indivíduos; e a Economia estuda o comportamento e as reações das pessoas em meio ao movimento do mercado e dos sistemas em geral, tem-se que as duas ciências complementam-se entre si, pois com a Análise Econômica do Direito há a possibilidade de se observar a eficiência que as normas jurídicas têm sobre os indivíduos e a sociedade, e ao mesmo tempo suas reações perante o sistema.

Desse modo, Direito e Economia, sob o prisma do princípio constitucional da eficiência, almejam a concreta realização das normas de caráter norteador que balizam nosso ordenamento, fazendo, portanto, que os anseios sociais saiam do aspecto unicamente do juridicamente exigível e sejam eficazmente alcançados no meio social. Assim, passa-se a abordagem da formação do que se denominou Análise Econômica do Direito, em especial, se faz referência a posição defendida por Richard Posner, para posteriormente se analisar casos concretos que formam objetos de julgamento em nossos Tribunais.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E TEORIAS CLÁSSICAS

Em meados de 1970, nos EUA, ocorreu um grande crescimento da interação entre economistas e juristas, isso surgiu graças à inserção de matérias econômicas na grade curricular dos cursos tradicionais de direito e conseqüentemente surgiu um aumento

de produções acadêmicas de artigos voltados a AED. (POSNER, 1975)

Segundo explica Richard A. Posner, a AED não é complexa em si, mas o que é controverso é a variedade de problemáticas desenhadas nesse campo. Em 1960, a gênese da Análise Econômica do Direito surge na aplicação da economia na lei antitruste, essa serviu para o conhecimento e acesso a informações de práticas empresariais e negócios, em que os economistas a utilizaram para a análise das consequências dessa prática, ou seja, a lei antitruste beneficiou a ciência econômica como análise dos comportamentos empresariais e reações a ela. (POSNER, 1975)

Ao longo do tempo houve a prosperidade desse campo de estudo e a sobreposição dessas pesquisas originou novas áreas de produções da AED. Assim, através de métodos empíricos e o surgimento de novas teorias emergiram-se os estudos das instituições do sistema jurídicos que incluíram desde a *Common Law* até a administração judicial. E diferente do antigo método de estudo da AED, esse novo não se importava com os limites impostos entre o Direito e a Economia.

Dentre os pioneiros de estudo da Análise Econômica do Direito incluem-se Guido Calabresi's e Ronald Coase's, que foram os primeiros a aplicar a análise econômica nos sistemas jurídicos e entender que aqueles sistemas não estavam voltados a uma aplicação econômica. Coase's observou a estrutura da atribuição de direitos de propriedade e a responsabilidade econômica do termo, sugerindo que o direito de propriedade inglês está implícito na lógica econômica. Outro cientista, Gary Becker, insistiu na relevância da economia no alcance dos estudos de comportamentos, que contribuiu para a AED na análise do crime, discriminação racial e relações interpessoais entre as famílias, entre outras.

2.1 ASPECTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM RICHARD POSNER

Entre teorias que versam sobre a Análise Econômica do Direito, uma das mais relevantes e que contribuiu grandemente para crescimento da AED é a de Richard Posner, que explica que a base da análise está na suposição de que as pessoas submetidas ao sistema jurídico agem de acordo com a maximização racional de suas satisfações. Desse modo, como argumenta Posner, todas as pessoas, com algumas exceções voltadas a idade

e capacidade mental, implicam suas decisões por esse raciocínio, desde os litigantes que decidem se vão ou não entrar em acordo, o criminoso que vai decidir se vai cometer o crime e se submeter às suas consequências, aos negociantes e consumidores que decidem sobre compras e negócios. Todas essas situações, bem como suas reações aos sistemas jurídicos são relevantes para a AED. (POSNER, 2007).

Assim, em meio a questionamentos das reações alheias, Posner indaga o que faz as partes litigantes resolverem entrar em acordo e cessar a lide, e responde com a palavra-chave “incerteza”. Imagine-se que uma pessoa ao atravessar uma rua dirigindo um automóvel, passa pelo sinal de pare sem olhar se havia outro carro em trânsito e por revés colide seu carro, que é um popular, com um de alto padrão e suponha-se que nenhum dos dois tem seguro, sabe-se que o responsável pela colisão, o motorista do carro popular, tem a responsabilidade do reparo do outro carro e num possível acordo oferece pagar o concerto em pequenas parcelas de 50 reais, sendo essa a única possibilidade que esse dispõe por não possuir uma renda alta e nem bens para responderem ao estrago numa possível lide judicial, segundo a lógica da teoria, em meio as incertezas de sucesso no processo judiciário e os gastos que esse pode causar, o outro motorista racionalmente optaria pelo acordo e não pela lide.

Nesse raciocínio, a base relevante dessa teoria é que os tomadores de decisões maximizam racionalmente suas escolhas, quando estão sob incertezas. Essa teoria pode facilmente ser aplicada no contexto dos litígios para previsões de rendimentos a respeito de possíveis acordos e resoluções da lide, nesse aspecto conclui-se que os litígios são maiores e mais frequentes quando os sujeitos estão impostos a incertezas de acordos e resoluções rápidas da lide. Posner explica que comparando os casos concretos tem-se que o modelo econômico é de fato frutífero quando aplicado nos comportamentos gerados pela norma e o litígio, e também hábil para explicar o atual comportamento observado. (POSNER, 1975)

Outro exemplo que o autor dá sobre a reação maximizada racionalmente é a dos legisladores, que, segundo ele, reagem iguais a outras pessoas, ou seja, respondem seus interesses de acordo com suas satisfações e não motivados pelo interesse público, nessa lógica, querem continuar no poder sendo eleitos e reeleitos várias vezes e submetem-se a uma campanha eficaz, no entanto, para isso precisam de investimento e dinheiro, que normalmente é financiado por grupos bem organizados que têm interesses econômicos voltados a uma legislação favorável a eles, como bancos ou grandes empresas agrícolas. Dessa forma, ao ganharem suas eleições, os legisladores cumprirão com o acordo e legislarão a favor dessa massa econômica que os apoiou financeiramente em suas campanhas. Assim, segundo essa lógica, uma lei na verdade é uma negociação.

No entanto, sabe-se que a legislação não é plenamente desenvolvida somente com a promulgação

do ato legislativo, faz-se mister, assim, a necessidade da aplicação e interpretação da lei no caso concreto, sendo essa competência a do poder judiciário, que em seus tribunais aplica as sentenças; nesse aspecto, o judiciário é o agente da legislatura. Assim, na perspectiva da teoria da maximização da riqueza, Posner explica que, como as legislações são na verdade negociações, a durabilidade e credibilidade das mesmas se dão justamente quando os tribunais se dispõem ao controle das vontades dos legisladores atuais, para que esses não legislem opondo-se as negociações anteriores, criando assim, obstáculos para as revogações das leis precedentes, isso facilita as negociações com os grupos de interesse. Desse modo, quando o judiciário se torna mais independente, se forma uma maior dificuldade ao legislador atual, transformando os juízes em agentes imperfeitos do poder legislativo. (POSNER, 2007)

3. MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quanto à análise da maximização da riqueza no contexto do ordenamento jurídico brasileiro e da Constituição Federal de 1988, observa-se que o poder constituinte originário organizou a atual Carta Magna com o intuito de deixar ao legislador ordinário posterior, o dever de redigir normas infraconstitucionais que contemplem princípios abarcados pela Lei Fundamental. Têm-se na Constituição normas doutrinariamente classificadas por José Afonso da Silva como de eficácia limitada, versando sobre a temática, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2015, p. 54-56) apontam que, para a classificação do ilustre jurista, a divisão de tais normas de eficácia limitada é feita em “normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais de princípio programático”, em que aquela refere-se a princípios organizativos de entidades do Estado, enquanto estas, normas programáticas, por sua vez, aludem acerca dos princípios que necessitam ser observados pelos órgãos estatais, que devem programar atividades visando atingir os fins sociais estabelecidos pela Constituição da República para o Estado.

Assim, considerando os aspectos anteriores, observam-se normas de eficácia limitada de conteúdo programático que dispõem sobre criações e regulamentações de medidas socioeconômicas voltadas ao crescimento social, incluindo saúde, educação, programas habitacionais, assistência social, entre outras. Medidas essas, que necessitam de legislação posterior para serem efetivamente impostas ao poder executivo, entretanto, algumas dessas atividades não foram abordadas por falta de legislação vigente ou eficiência nas já existentes, por vários motivos e omissão do legislador, que segundo a teoria de Posner, legisla de acordo com os seus próprios interesses e satisfações. Nesse sentido se não convém ao legislador à feitura dessas normas, esse não o faz por não irem de encontro com seus objetivos e interesses.

4. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A AED

O princípio da eficiência, um dos preceitos que regem a Administração Pública estatal, foi introduzido em nossa atual Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, que alterando o art. 37 da CF/88 expôs que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Assim, algo que já estava implícito dentro da seara constitucional no tocante a Administração do Estado, desde a promulgação da Carta Magna, veio a tornar-se expresso pela EC n. 19. Ainda sobre o tema, valemo-nos pelas palavras de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr. (2015, p. 421), que ao versarem sobre o princípio da eficiência expõem:

O princípio da eficiência tem partes com as normas de “boa administração”, indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado. Deve sopesar relação de custo-benefício, buscar a otimização de recursos; em suma, tem por obrigação dotar da maior eficácia possível todas as ações do Estado.

Ao analisar-se o princípio da eficiência em sua relação intrínseca com a Análise Econômica do Direito, devemos concebê-lo não apenas como gerador de potencialização de lucros, mas também, fator que visa à efetivação dos anseios sociais abarcados pelo sistema jurídico, como bem observa Alexandre Santos de Aragão (2009, p. 31-32):

A eficiência [...] não deve ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

Desse modo, o desempenho efetivo por parte do Estado dos objetivos abarcados por nosso ordenamento jurídico com finalidades sociais e assistenciais, ao passar sob o prisma da AED, depara-se com a necessidade de ser eficiente, prático e levar o mínimo de perdas econômicas ao Estado.

Nesse diapasão, a associação entre direito e economia é vista como binômio inseparável para a efetiva realização de políticas públicas, previstas constitucionalmente, voltadas ao estado de bem-estar social, visto que se por um lado temos previsão em nossa Carta Magna de tais direitos que visam beneficiar a sociedade, do outro há a barreira, ou melhor, o limitador inevitável que é a possibilidade econômica estatal e também individual para o implemento eficaz de tais

políticas. Versando sobre o tema, expõe Alexandre S. de Aragão (2009, p. 33) que:

Não se trata propriamente de sobrepujança da Economia sobre o Direito, mas sim de inevitável – em razão do aumento do poder efetivo dos capitais globalizados – valorização do elemento econômico na interpretação jurídica, elemento este que não era muito considerado pela hermenêutica jurídica. Essa valorização revela o aumento da intercomunicação entre o Direito e a Economia, e a tomada de consciência por parte dos operadores daquele de que, levando em conta as pautas desta, terão mais chances de realizar na prática os objetivos jurídicos, evitando inclusive efeitos colaterais adversos ou, como diria a Teoria Econômica, externalidades negativas.

Nesse sentido, passa-se à observância das interpretações dos preceitos normativos como sendo estes dotados de objetivos aptos a serem alcançados quando da viabilidade econômico-social. Pois, como bem observa Maria Helena Diniz (2014, p. 451), “Ao se interpretar a norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir”, mas não apenas isso, deve-se levar em conta, objetivando sua implementação eficiente, ou seja, gerando resultados, a capacidade econômica da sociedade e também do Estado. Nas palavras de Aragão (2009, p. 34) “Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos não pode ser considerada como a interpretação mais correta”.

Dessa maneira, ao ser abarcado o princípio da eficiência sob os aspectos da Análise Econômica do Direito, quando da implementação de políticas sociais visando o bem-estar dos indivíduos pelo Estado, tais normas deverão ser interpretadas de modo a conseguir atingir os objetivos trazidos por nosso ordenamento jurídico analisando a díade: objetivo social trazido pela norma e capacidade econômica para sua eficaz implementação, a fim de que possam, de fato, gerar resultados concretos no meio social, impedindo, por conseguinte, de tornarem-se meras normas programáticas juridicamente exigíveis, mas, faticamente inviáveis.

5. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUAS EXTERNALIDADES

Dentro da seara econômica, entendem-se as externalidades como consequenciais, advindas de ações realizadas por um agente, capazes de gerar provento ou custo a um terceiro afetado, ou seja, não interessam de maneira interna somente ao agente causador, mas sim, a um sujeito fora da ação causadora da externalidade. Dessa forma, versam Antônio José Maristrello Porto e Guilherme Mello Graça (2013, p. 26), que:

[...] Qualquer decisão e consequente ação acarretam custos e benefícios. Quando os custos ou benefícios decorrentes da decisão incidem ape-

nas sobre o agente decisor, são chamados de custos ou benefícios internos. Se incidirem também, parcial ou totalmente, sobre outras pessoas que não o agente decisor, geram as chamadas externalidades positivas ou negativas. O benefício que uma decisão trouxer para outras pessoas é chamado de benefício externo ou externalidade positiva; o custo sobre outras pessoas é chamado custo externo ou externalidade negativa.

Nesse diapasão, observam-se as externalidades serem classificadas em duas vertentes: a positiva e a negativa; cada qual com seus aspectos geradores de consequências sobre um terceiro, aqui podendo ser entendido como o ente coletivo (sociedade), que, ao ser atingido por tais efeitos, se posta de maneira a tentar mantê-los (externalidade positiva), ou retirá-los (externalidade negativa) do meio social, preservando, dessa forma, seus interesses.

5.1 EXTERNALIDADE POSITIVA

Segundo os autores Antônio J. Maristrello Porto e Guilherme M. Graça (2013, p. 27) “[...] as externalidades positivas ocorrem toda vez que o valor social é superior ao valor privado, tendo como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável.”. Dessa maneira, estaríamos falando de externalidades positivas quando nos referimos a ações que, embora realizadas no âmbito privado, geram impactos profícuos para a sociedade, motivando, por conseguinte, um incentivo para que tais atos se propaguem dentro do meio social.

Dessa forma, exemplifica o autor supracitado (2013, p. 29):

O morador de uma cidade que mantém a fachada de sua residência em bom estado está realizando uma ação em benefício próprio, qual seja a boa conservação de sua propriedade privada. Adicionalmente, sua conduta está sendo benéfica aos demais moradores daquela cidade, uma vez que contribui para a sensação de limpeza e boa conservação do ambiente urbano, logo, para o bem-estar de sua população. À medida que há utilidade para outras pessoas que não o morador que empreendeu a ação, esse benefício pode ser considerado uma externalidade positiva.

Assim, nítido é o caráter benéfico em relação à sociedade quando da implementação de uma atividade de cunho privado que ao mesmo tempo se estende ao bem geral.

5.2 EXTERNALIDADE NEGATIVA

Nas palavras de Maristrello Porto e Mello Graça (2013, p. 27) “Quando temos uma externalidade de produção negativa, o custo de produção é maior para a sociedade que para o produtor, fazendo com que este último produza uma quantidade acima da desejada pela sociedade”. Assim, podem-se observar atos que, ao serem realizados com um viés privado, não atingem somente seu agente executor, mas também a socieda-

de como um todo, ou seja, os efeitos gerados por tais ações trazem danos ao ente coletivo.

Nesse sentido, os autores tomam como exemplo um indivíduo que, buscando um conforto e benefícios privados, vale-se de um veículo automotor para ir de sua casa ao trabalho, contudo tal ação provoca efeitos negativos ao ambiente, conseqüentemente, àqueles que vivem no mesmo, ou seja, sua ação interna ao se propagar externamente provoca uma reação negativa à convivência e bem-estar social.

A partir destes conceitos operacionais básicos que, por óbvio, não dão conta da complexidade da teorização proposta por Posner, passa-se, num exercício de interpretação, a realizar a análise de decisões em que se vislumbra a aplicação da análise econômica do direito.

6. CASOS CONCRETOS E JURISPRUDÊNCIA

6.1 ESTUDO DE CASO (1)

Conforme anteriormente aludido, faz-se necessário uma inter-relação entre Direito e Economia para se ver concretizados os objetivos que foram traçados pelo Constituinte Originário. Desse modo, podemos abarcar o princípio da eficiência, um dos princípios norteadores da AED, quando observamos a ADIN 1.950, julgada em 2005 pelo Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Eros Grau.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi requerida pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), a qual pleiteava a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo, que contempla o seguinte teor:

Art. 1º - Fica assegurado aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de primeiro, segundo e terceiro graus, existentes no Estado de São Paulo, o pagamento de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em casas de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo, na conformidade da presente lei.

O requerente sustentava a tese de que a intervenção na economia é devida somente, e em casos excepcionais, à União. O que foi rebatido pela Assembleia Legislativa alegando competência concorrente dos estados-membros com a União no tocante à seara de direito econômico, alegação amparada pelo art. 24, I, da CF/88. Nesse diapasão, segue as profícuas palavras do relator:

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples ins-

trumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Dessa maneira, nítida é a defesa que se faz das normas de caráter programático instituídas pela Constituição Federal, em especial a do art. 215 da CF/88 que resguarda o direito ao acesso à cultura. Assim, ao ser julgada improcedente uma ação que visava, a título econômico, descaracterizar um direito social à cultura, notamos o Poder Judiciário, representado neste caso pelo Supremo Tribunal Federal, preservar a eficácia e os benefícios da externalidade positiva da norma da Lei Estadual e, por conseguinte, da própria Lei Fundamental ao dar primazia a um direito social, frente a um de cunho econômico.

No tocante ao caso exposto, observamos uma peculiar relação entre o direito e economia, visto que, no caso em comento, a economia não estava ligada a investimentos por parte do Estado para implementar a eficácia da norma exposta na Lei Fundamental, mas sim, possuía um caráter de dar possibilidade ao indivíduo, nesse caso o estudante, de ter acesso aos meios culturais. Fazendo com que haja uma maior amplitude de tal preceito normativo em todas as camadas sociais, protege, portanto, as parcelas menos favorecidas da sociedade, dando uma chance maior desses indivíduos a entrarem em contato com os meios culturais presentes na sociedade, concretizando de fato a norma programática.

Ademais, pode-se perceber que o caso apresenta uma consequência normativa que garante a externalidade positiva à sociedade, uma vez que o benefício geral que a lei traz conduz uma qualidade de vida que aumenta a expectativa cultural, sobretudo a dos jovens em questão.

6.2 ESTUDO DE CASO (2)

Pode-se averiguar mais uma vez a articulação entre o Direito e a seara econômica ao visualizar-se o julgamento da ADIN 2.649, julgada em 2008 pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relatora a Ministra

Cármen Lúcia. Nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade, percebemos a ênfase dada ao caráter de eficácia social que o constituinte originário quis alcançar quando da elaboração de normas com tais objetivos.

A ADIN foi requerida pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI) que tentou sustentar o caráter inconstitucional da Lei n. 8.899/94, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual, alegando ser esta de cunho assistencialista e, portanto, haver a necessidade de constar indicação de fonte de custeio, além de, segundo o requerente, ser contrária aos princípios da ordem econômica, da isonomia, entre outras.

O Congresso Nacional, entre suas contestações, alegou, segundo a Ministra Relatora, que o art. 170, *caput*, da Constituição “dispõe ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa para o fim de assegurar a todos existência digna, ‘conforme os ditames da justiça social’”. Nesse aspecto, expôs a Ministra Cármen Lúcia:

[...] 3. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

Dessa forma, nosso Egrégio STF reconhece e reafirma a eficácia de um dos pilares mais importantes de nossa República, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Visto que, além de reforçar a eficiência de um dos princípios presentes na Carta Magna, também ratificou a força da norma de imperativo internacional que foi a assinatura da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. Além disso, nota-se o efeito benéfico abarcado pela decisão, a qual se pode relacionar com uma externalidade positiva, pois tutela uma parte da população que, para ter maior qualidade de vida, precisa de tal garantia.

6.3 ESTUDO DE CASO (3)

Percebe-se a aplicação da maximização da riqueza, conforme a teoria de Richard Posner, no Mandado de Injunção n. 695, julgado pelo STF, no ano de 2007, com relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que o impetrante almejava à regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição, alegando que mesmo tendo trabalhado por mais de 20 anos no Banco do Brasil, seu aviso prévio não foi proporcional ao tempo de serviço trabalhado, contrariando, portanto, o contido no inciso

supracitado da CF. Ademais, requereu que, além da notificação ao Banco do Brasil, seja comunicado ao órgão competente para imediata regulamentação da norma constitucional.

Desse modo, conforme parecer do Ministério Público que expressou a possibilidade de regulamentação desse artigo pelo Poder Judiciário, e que este declarasse a mora legislativa do Congresso Nacional quanto a referida regulamentação normativa.

Seguindo orientação do MP, o Ministro relator em partes de seu voto alega que “O Congresso Nacional parece obstinado na inércia legislativa a respeito”, e ao final julga que “[...] julgo procedente o mandado de injunção para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra: é o meu voto”. O que seguiu o Tribunal, de maneira unânime, os termos abarcados pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto.

Entende-se nesse contexto, que a revelia do Poder Legislativo prejudicou o cidadão comum ao não regulamentar a referida norma constitucional, visto que, ao não fazer parte de um grupo de interesse do legislativo, o trabalhador ordinário tem em seus direitos a inércia do legislador, que negocia conforme os seus interesses. Averiguando os possíveis motivos da mora legislativa que foi repetidamente alegada pelo STF, não seguindo as notificações anteriores, permanecendo omissos redigindo meramente o projeto de lei que constava, até o momento do julgamento supracitado, como não promulgado, mostrando que mesmo quando é notificado por um Poder de igual equiparação, se não houver o devido interesse ou negociação anterior, o legislativo não exercerá sua função adequadamente, que é, conforme previsto na CF e no Estado de Direito, tutelar os anseios da sociedade conforme os princípios normativos.

Essa mora legislativa, além de prejudicar o indivíduo e o seu direito no caso concreto, traz uma externalidade negativa para a sociedade, uma vez que, além de o atraso em aprovar legislação coerente mostrar um sentimento de insegurança aos cidadãos, pode provocar uma instabilidade financeira, uma vez que o Estado brasileiro tem sua base econômica no consumidor e estando este desempregado e também sem os seus direitos trabalhistas garantidos, o cidadão não será um potente consumidor e produtor de lucro, gerando assim um possível desgaste na economia brasileira.

6.4. ESTUDO DE CASO (4)

Mais uma vez, sobre a teoria da maximização da riqueza, especificamente no enunciado que explica que o judiciário é um agente da legislatura, abarcando também que a sua independência transforma-o num agente imperfeito, observamos o Mandado de Injunção n. 232, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 1991, tendo como relator o Ministro Moreira Alves.

O MI requeria que fosse regulamentado o disposto no §7º, do artigo 195, da CF que contempla a isenção de contribuição para seguridade social por parte de entidades beneficentes de assistência social, e pedido

de declaração de mora do Congresso Nacional acerca da regulamentação de tal disposto. O acórdão do STF contemplou:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acórdão os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente [...] No mérito, por maioria de votos, em conhecer em parte do mandado de injunção e nessa parte o deferir para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, §7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida [...]

Percebe-se nesse caso, a peculiaridade da diferença ao caso três apresentado anteriormente, pois nesse, além de impugnar a mora do legislativo, o judiciário estipula um prazo para o cumprimento da regulamentação normativa, além de formalizar uma pré-decisão caso o disposto não for aderido pelos legisladores. Aplicando ao caso brasileiro a teoria da maximização da riqueza de Posner, mostra-se o juiz, em sua independência, um agente imperfeito do Poder Legislativo que, nesse caso, abrange o seu papel de aplicador da lei para, no caso concreto, formar uma norma particular quando da imunidade para a entidade requerente em questão.

Ainda na teoria de Posner, tem-se que quando o judiciário é independente ocorre a maior efetivação da resolução de litígios, assim como a liberdade de ação e outras atividades valorizadas pela atividade, trazendo vantagens às políticas sociais requeridas pela sociedade (POSNER, 2007). No caso brasileiro, a CF/88 estabelece princípios de bem-estar social e, no caso supracitado, o judiciário na sua independência e ponderando os princípios constitucionais concretiza os anseios do requerente e, por conseguinte, os sociais, ao resolver a lide. Nesse sentido, entende-se a exterioridade negativa à sociedade que a mora legislativa acarreta e, nesse caso, deixando lacuna na lei, o juiz precisa tomar papel de legislador no caso concreto, podendo, mais uma vez, gerar instabilidade social.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto à possibilidade da Constituição Federal de 1988 ser interpretada a partir da teoria da Análise Econômica do Direito, essa interpretação favoreceria a implementação de normas programáticas, ou seja, aquelas que são dotadas de eficácia limitada, de maneira eficiente no contexto social. Desse modo, a AED age como elemento norteador para a concretização de lei posterior que melhor viabilize as políticas socioeconômicas almejadas pelo Poder Constituinte.

Também se percebe na realidade brasileira a aplicação da teoria de Richard Posner sobre a racionalização maximizada das satisfações individuais do legislador ordinário, principalmente quanto à omissão legislativa e a legislação conforme os seus interesses e negociações pré-estabelecidas com grupos de interesse. Especificamente na análise dos casos concretos supracitados, observa-se a procrastinação legislativa quanto ao estabelecimento de leis de interesse social e subsidiário que dependem do trabalho desse Poder.

Essa realidade do legislativo vai diretamente de encontro com a eficácia social das normas, principalmente se analisado as normas de eficácia limitada, que precisam de regulamentação posterior. Nesse sentido, observando-se a finalidade do direito e o aspecto da eficiência que a ciência econômica nos traz, a omissão legislativa causa um enorme prejuízo a sociedade e aos princípios ligados a eficiência normativa de aplicação socioeconômica. Por isso, faz-se mister a conclusão de Posner que busca um judiciário mais ativo quanto a eficiência do sistema e da jurisdição, conduzindo a uma melhor eficiência da aplicação das normas ao fato social.

Desse modo, além da relação pertinente entre os casos concretos abarcados nas disposições do artigo e as teorias mencionadas, afere-se que, no contexto da seara do poder judiciário, quando da sua ponderação interpretativa, entre beneficiar a ordem econômica e os direitos sociais, percebe-se que a jurisprudência, ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro, opta por dar ênfase e primazia para as normas programáticas de princípios fundamentais da Constituição Federal que dispõem sobre os direitos sociais.

Nesse diapasão, diante de todo o exposto, a interpretação da Constituição Federal de 1988 sobre o prisma da análise econômica do direito não só é possível, como deve ser esse o caminho adotado pela administração pública do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: Anvisa, 2009. cap. 1. p. 29-52.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 maio 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994**. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8899.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.950 – São Paulo. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado no DJ de 02-06-2006. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649 – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Publicado no DJ de 17-10-2008. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 232 – Rio de Janeiro. Relator: Moreira Alves. Publicado no DJ de 27-03-1992. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 695 – Maranhão. Relator: Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 20-04-2007. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439240>>. Acesso em: 12 maio 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica**. Norma jurídica e aplicação do direito. São Paulo: Saraiva, 2014.

PORTO, Antônio José Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. 2013. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

POSNER, Richard A. **Problemas da filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **The Economic Approach to Law**. Texas Law Review, v. 53, n. 4, 1975. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2881&context=journal_articles>. Acesso em: 03 maio 2016.

SÃO PAULO. **Lei Estadual n. 7.844, de 13 de maio de 1992**. Assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7844-13.05.1992.html>>. Acesso em: 12 maio 2016.



CRIME FORMAL NÃO EXCLUI A APURAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO AGENTE: REFLETINDO SOBRE O ART. 244B, LEI 8069/1990.

Suzane Maria Carvalho do Prado¹

Resumo: Incomodada sobremaneira com o trato destinado ao crime de corrupção de menores, inserto no ECA com a Lei 12015, de 07 de agosto de 2009 (artigo 244b da Lei 8069/90), mas vigente desde 01 de julho de 1954, o *caput*, com a Lei 2.252/54, por ser o mesmo *presença obrigatória* em todas as peças processuais nas quais tenha havido a participação de pessoa menor de 18 anos na prática de delito em companhia de imputável, sem que se apure, de forma segura, a presença de todos os elementos do tipo, estas linhas são escritas para levantar a questão: não estamos a fazer com este tipo penal uma verdadeira responsabilização objetiva? À discussão.

Palavras-chave: Crime. Corrupção de Menores. Prova. Dolo.

Abstract: *Greatly annoyed by the treatment for the minor corruption offense, insert in the ECA (Child and Adolescent Statute) through the law 12015, of August 7th, 2009 (article 244b, from the law 80690/90), but in effect since July 1st, 1954 – the caput – with law 2,252 / 54. Being necessary its presence in all pleadings when there has been participation of a person under 18 years-old in the practice of crime in chargeable company without safely knowing that all the legal devices elements are there. These lines aim to raise the issue: Are we doing with this legal device a real objective accountability? To the discussion.*

Keywords: *Crime. Minor Corruption. Proof. Deceit.*

Já se disse que o Direito Penal, dentre os ramos do direito, é particularmente destacado no cenário jurídico por seu caráter sancionador e garantidor. Ao passo que prevê sanções para o caso de violação de suas normas, garante o cidadão contra o arbítrio do Estado. Sua interpretação dá-se fincada em cânones pré-estabelecidos (literal, histórico, sistemático, teleológico) e a decisão há de ser racional e fundamentada se observadas as regras de argumentação.

Art. 93. Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as

decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Num necessário diálogo da teoria com a prática, a análise de decisões de Tribunais Superiores e, em especial, do Superior do Tribunal de Justiça – quando não mais se discute matéria de fato – mostra que, neste crime em particular, a fundamentação para condenar tem-se resumido à natureza do crime, reconhecido como formal. Daí para diante, presente um menor de

¹ Promotora de Justiça – titular da 9a P. J. de Ponta Grossa

18 anos na prática do crime, condena-se o coautor imputável nas sanções do (agora) artigo 244b, *caput*, do ECA, sem questionar a prévia condição do sujeito passivo, ou mesmo a intenção do agente quanto ao caráter de seu companheiro de cena, ainda inimputável.

Uma breve passada na teoria do tipo faz lembrar que não se trata de mera subsunção do comportamento externado pelo agente com a descrição da conduta na lei penal, que faz ser crime o ato praticado. No dizer de Toledo (1999, p. 138), “para ser agente de um crime não basta, pois, figurar fisicamente na cadeia causal como natureza morta. É preciso contribuir para o resultado como pessoa humana, dotada de vontade, mal utilizada (nos crimes de ação)”. É preciso ter a intenção de preencher a descrição típica, a fim de que se possa dizer que tenha havido um crime.

A afirmação anterior nada mais é do que o reconhecimento dos elementos do tipo legal de crime. No artigo 244b da lei 8.069/90, a parte objetiva trata-se da norma incriminadora, esta composta, segundo Marques (1997, p. 157-158) de “dois momentos ou dois preceitos: o denominado *preceptum juris*, ou comando principal, no qual vem descrita a conduta ilícita e o *precepto secundário*, ou *sanctio juris*, no qual vem explícita a penalidade que resulta da prática do ato penalmente ilícito (...) contém uma ordem ou norma de conduta, e a respectiva sanção, como garantia para seu cumprimento e eficácia”.

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1o Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2o As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Vale dizer, sendo a descrição positiva “corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal ou induzindo a praticá-la”, o imperativo legal é a proibição deste fazer. Para manter-se nos limites da licitude, “não se deve corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos; não se deve praticar infração penal em companhia de menor de 18 anos, nem induzi-los a praticar este tipo de ação”, sob pena de 01 a 04 anos de reclusão.

Pari passu com a descrição objetiva do delito tipificado em lei, está o elemento subjetivo do tipo. Superada a teoria causal da ação, que tinha a conduta causadora do resultado típico analisada sob o prisma naturalístico, sem valorar a intenção do sujeito, “o finalismo... crendo que a conduta deve ser valorada, porque se trata de um juízo de realidade, e não ficti-

cio, deslocou o dolo e a culpa da culpabilidade para o fato típico. Assim, a conduta sob o prisma finalístico, é a ação ou omissão voluntária e consciente, que se volta a uma finalidade” (NUCCI, 2008, p. 120).

Nos exatos termos do artigo 18, I, do CP, tem-se preenchido o elemento subjetivo do artigo 244b da Lei 8.069/90, quando o agente *quiser corromper* ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, *ou assumir o risco* de fazê-lo.

Segue a construção deste tipo, é preciso que a *corrupção ou facilitação da corrupção* [do caráter] do menor de 18 anos se dê através da prática conjunta de infração penal ou de induzimento para fazê-lo.

Fechou – em tese.

O que se tem visto na jurisprudência, notadamente a partir de 2008, o artigo 244b da Lei 8.069/90 passou a ser considerado como um todo – o corromper e o facilitar a corrupção – um crime formal (sem necessidade de prova da corrupção anterior), no qual a simples presença de menor de 18 anos como coautor implica na condenação pelo crime previsto no ECA (praticamente uma responsabilização objetiva). Não se questiona se as condutas proibidas têm natureza e exigência de resultado, no mundo naturalístico, diferentes (corromper vai além de facilitar a corrupção) e muito menos se o agente tinha a intenção de *corromper ou facilitar a corrupção* de seu colega de empreitada criminosa. Assim é que foi editada a Súmula 500 do STJ, em 23.10.2013: “a configuração do crime do art. 244b do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por tratar-se de delito material”.

Não se vai aqui ater-se aos cânones interpretativos do artigo de lei, para concluir pela natureza de cada qual das ações. Corromper, exigindo o resultado naturalístico e prova dele; e o facilitar a corrupção sem necessidade de tanto. Ou ainda, o questionamento, em caso de menor de 18 anos já corrompido, com extensa lista de antecedentes de ato infracional, da possibilidade de ser sujeito passivo deste delito, seja numa ou noutra modalidade de ação.

A grande preocupação dos Tribunais para dar por preenchido o tipo penal é a prova da idade do sujeito passivo. Nesse sentido, a 1a Turma do Supremo Tribunal Federal, No HC 123779/MG, Relatora: Min Rosa Weber, julgamento em 03.03.2015, DJU 043, de 19.03.2015 e também a 2a Turma, no HC 132204, Relator: Min Teori Zavascki, julgamento em 24.06.2016, DJU 094, de 11.05.2016:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 244-B DA LEI 8.069/1990. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE. ART. 155, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PROVA ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. 1. Para efeitos penais, a comprovação da idade, como as outras situações quanto ao estado das pessoas, há de ser realizada mediante prova documental hábil, de acordo com as restrições estabelecidas na lei civil. Inteligência do parágrafo único do art. 155 do CPP. Precedentes. 2. No caso, os pacientes foram condenados por corromper menor de 18

anos (art. 244-B da Lei 8.069/1990), cuja idade, no entanto, derivou de declarações prestadas perante a Delegacia da Criança e do Adolescente, desacompanhadas de qualquer documento civil de identificação. 3. Assim, por se tratar de circunstância elementar do tipo, a ausência de base probatória idônea impede o juízo condenatório, que deve sempre estar calcado em elementos de certeza e em consonância com as regras processuais próprias. 4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória.

(HC 132204, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016)

Depois deste quesito – prova da idade – está a prova da infração penal praticada em conjunto com o inimputável penalmente como indispensável. Afinal, a corrupção de menores é dependente da existência do crime anterior.

APELAÇÃO. FURTO. CORRUPÇÃO DE MENORES, ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA. A versão verossímil dos acusados se sobrepõe a prova duvidosa da autoria e encaminha à absolvição. Absolvidos do delito principal, não podem os acusados serem responsabilizados pelo delito de corrupção de menores em face do mesmo fato. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70035661768, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 09/06/2010)

Mas, afora isto – a prova da idade e da existência do crime praticado em concurso com o menor de 18 anos ou do crime que este foi induzido a praticar – não se permite outro questionamento sobre o tipo. Aparece na denúncia descrita a conduta do artigo 244 da Lei 8.069/90, passa a integrar a condenação e, em sede recursal, a manutenção das decisões se dá com base na tese de ser um crime formal.

Dos Tribunais Estaduais, pode-se destacar:

(1) Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: EMENTA: APELAÇÃO CRIME - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - RÉU CONFESSO - APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DOS AGENTES - PLEITO ABSOLUTÓRIO DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B, DA LEI Nº 8.069/90) - INVIABILIDADE - CRIME FORMAL - APLICAÇÃO DA SÚMULA 500, STJ - COMPROVADA A PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE NA PRÁTICA DE CRIME EM CONJUNTO COM AGENTES MAIORES DE 18 ANOS, RECAI SOBRE ELES A RESPONSABILIDADE PENAL POR CONSTRANGER O ADOLESCENTE A NOVA PRÁTICA DELITUOSA DE FORMA A CONFIGURAR O CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES - CONDENAÇÕES MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Apelação Crime nº 1.349.837-2 fls. 2/14 1) Sólido o conjunto probatório, bem como presente a confissão do apelante da prática delitiva, escorreita a condenação pelo crime de roubo majorado. 2) Consoante o disposto na Súmula

nº 500, do Superior Tribunal de Justiça, “a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”. “(TJPR - 3ª C. Criminal - AC - 1291909-4 - Curitiba - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 26.02.2015).”

No corpo do Acórdão está a justificativa de ser este um crime formal, mas não se atenta para a direção volitiva do agir (se para atingir o patrimônio alheio tão somente; ou se, com desígnio autônomo, colocar em risco a integridade do adolescente). Vejamos: “Outrossim, diversamente do sustentado pela Defesa, o apelante agiu em união de desígnios e acordo de vontades com os demais agentes na prática da subtração, em perfeita divisão de tarefas, sendo a figura no condutor responsável por levar a res furtiva e dar fuga a um dos agentes do roubo, de grande importância para o êxito da empreitada criminosa. (...) No que tange ao pedido de absolvição quanto ao crime de corrupção de menores, melhor sorte não assiste ao apelante. O argumento de não ter ficado comprovado que o envolvimento do menor na ação delitiva o tenha corrompido de tal forma que pudesse alterar suas características morais, ou seja, que o adolescente não foi corrompido pelo apelante não merece prosperar (...) o delito de corrupção de menores tem natureza formal, ou seja, prescinde da demonstração de efetiva e posterior corrupção. Nesse sentido é o teor da Súmula nº 500 do egrégio Superior Tribunal de Justiça: (...). O delito de corrupção de menores tampouco pode ser excluído se antes dos fatos o adolescente já era corrompido, na medida em que tanto a contribuição à marginalização do adolescente quanto à prévia inocência moral deste são circunstâncias que devem ser presumidas. É suficiente que a prática delitiva tenha sido realizada juntamente com um adolescente, de maneira que não se pode exigir qualquer pressuposto adicional para sua tipificação. Vale dizer, o crime de corrupção de menores é de perigo presumido, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Como se depreende da análise do tipo penal, o que busca a lei é evitar a inserção ou mesmo a manutenção do adolescente ou da criança no mundo da criminalidade, coibindo a associação entre o adulto e o adolescente que gere a corrupção deste último. Em função de ter o apelante praticado ato criminoso, em concurso com o adolescente, isso demonstra o ingresso do jovem em ambiente danoso ao seu desenvolvimento sadio ou, ao menos, sua manutenção neste universo prejudicial.”

(2) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no mesmo sentido, questionando somente o dolo do crime principal: “APELAÇÃO-CRIME. ART. 180, CAPUT, DO CP. ART. 14, DA LEI 10.826/03. ART. 244-B, CAPUT, DA LEI Nº 8.069/90. RECEPÇÃO ARMA DE FOGO. CONSUMÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR AFRONTA AO ART. 212, DO CPP. AFASTAMENTO. PROTEÇÃO À VIDA NÃO MACULADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONDUTA TÍPICA. CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA POR TODOS OS FATOS. I - (...).

V - Tratando-se a receptação dolosa de crime que exige o dolo direto, impõe-se a demonstração de que o agente, ao praticar o ato, sabia da origem ilícita do bem. O réu estava em poder de veículo automotor que constava de situação de roubo e, embora alegasse a sua boa-fé, deixou de trazer qualquer prova de tê-lo adquirido regularmente, ou que realmente estava apenas de carona com os dois menores que encontravam-se junto no momento dos fatos. VI - Materialidade e autoria delitiva do porte ilegal de arma de fogo restaram substanciadas no registro de ocorrência, auto de apreensão, laudo pericial, bem como na prova oral coligida aos autos. VII - O Superior Tribunal de Justiça consolidou posição de que o delito de corrupção de menores tem natureza formal (Súmula n. 500, do STJ, decorrente do recurso especial representativo de controvérsia 1.127.954/DF, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, de 01.02.2012). (...). (Apelação Crime Nº 70069314102, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Evely Vieira de Borba, Julgado em 30/06/2016)". Também: "A corrupção de menores é crime formal, sendo desnecessária a demonstração de que os menores tenham sido corrompidos (Súmula nº 500 do STJ). Os menores se encontravam no local onde estava o réu, juntamente com drogas e balanças de precisão. Condenação pelo crime do artigo 244-B do ECA, sendo aplicada a pena em seu patamar mínimo. APELO DEFENSIVO IMPROVIDO. APELO MINISTERIAL PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70068952076, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 14/07/2016)".

Tomando a ação conjunta do adolescente para o êxito do crime, como fundamento bastante para a condenação, com análise somente do dolo do crime anterior: "ROUBO E RECEPTAÇÃO. Prova amplamente incriminatória. (...). Relatos das vítimas e testemunhas que se mostraram uníssimos em apontar os réus como sendo os autores do roubo e as mesmas pessoas perseguidas pelos agentes públicos, inclusive com troca de disparos de arma de fogo, e presas em flagrante. Dolo de receptação de difícil comprovação, justamente por se tratar de elemento subjetivo do tipo, de difícil percepção. Circunstâncias da prisão, indicadoras da ciência da origem espúria do veículo, seja porque os imputados não possuíam a documentação pertinente, seja porque estavam utilizando o veículo para praticar outro roubo. Prova sega CORRUPÇÃO DE MENORES. Sumulado entendimento, no âmbito do E. STJ (Súmula 500) no sentido de que o crime de corrupção de menores, porque delito formal, prescinde da prova da efetiva corrupção do menor, bastando que tenha participado da prática delitiva, o que em consonância com o entendimento proclamado pelo E. STF. Hipótese em que demonstrado, à saciedade, que a conduta delitiva teve o envolvimento de adolescente, o qual foi reconhecido pelas vítimas como autor do roubo, em consonância com a confissão que ele fez, em procedimento para apuração de ato infracional. Condenação mantida.(...) PRELIMINARES REJEITADAS. IMPROVIDOS OS APELOS, NO MÉRITO. (Apelação Crime Nº 70067735795, Oitava

Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 29/06/2016)".

(3) Tribunal de Justiça de São Paulo: "FURTO QUALIFICADO, DANO QUALIFICADO e CORRUPÇÃO DE MENORES – Autoria e materialidade comprovados nos autos – Qualificadora do furto escorreitamente reconhecida – Corrupção de menores – Crime formal e autônomo – Penas e regime escorreitamente fixados, substituída a corporal por duas restritivas de direitos – Recurso improvido".

Do corpo do Acórdão, sequer o desconhecimento da idade do menor foi considerado: "Não há dúvidas, portanto, a respeito da subtração levada cabo por IGOR, que contou com a participação do adolescente Andrei (...) o reconhecimento da autoria dos crimes, nesse contexto, era mesmo de rigor (...) A corrupção de menores efetivamente se operou, e foi corretamente reconhecido o concurso material entre esse crime e os de dano qualificado e furto qualificado, eis que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em apreço é a formação da personalidade e o desenvolvimento moral das crianças e dos adolescentes; e o ato de praticar crimes com menor repercute na estruturação ainda incompleta da personalidade do jovem. O caso está em concorrer para que este passe a ter o cometimento de crimes como parte do horizonte normal de suas ações – corrompendo-o por este modo. Esse bem jurídico é absolutamente diverso daqueles ofendidos pelos demais delitos praticados, e enquanto o furto resulta de ação praticada pelo maior e pelo menor, em coautoria, a corrupção tem no jovem a sua vítima – processando-se em ação de exclusiva responsabilidade do réu, no âmbito psíquico do jovem, concluída antes dos atos exteriores tendentes à prática do crime material (...) para a caracterização do crime de corrupção de menores é indiferente que o crime material dela tributário atinja a consumação; a rigor, a possibilidade de se tratar o crime de corrupção como **formal**, endossada pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula nº 500, deriva da percepção que esse resultado é **inevitável**, sobretudo quando se trata de caráter cujas disposições ainda não estão completamente definidas: a prática de um crime **nunca** deixa de influir nessas disposições; e concorrer para distorcê-las, participando dessa prática, ainda que alegue o corruptor desconhecer a sua idade, já é corromper o menor"

Do Superior Tribunal de Justiça, assim como do Supremo Tribunal Federal, não se pode esperar a análise da situação fática – se o menor aparentava ser menor; de quem partiu a iniciativa da ação criminosa: se o imputável ganhou a adesão voluntária do menor de 18 anos, aliciou-o ou foi por ele convidado para o crime; a vida pregressa do adolescente, etc. Cinge-se à prova dos elementos objetivos do tipo (aqui, em especial, da idade do menor de 18 anos).

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (CP, ART. 155, § 4º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 1º LEI N. 2.252/54, ART. 1º). DOLO. REEXAME DE

FATOS. CRIME FORMAL, NÃO SE EXIGINDO, PARA SUA CONFIGURAÇÃO, A ANTERIOR CONDIÇÃO DE CORROMPIDO DO MENOR. PRECEDENTES. 1. O elemento subjetivo do tipo, in casu, é o dolo e sua eventual ausência não pode ser examinada na via estreita do writ. Consectariamente, não há como concluir-se sobre se os menores foram, ou não, induzidos à prática do crime de furto pelo paciente sem o aprofundado reexame de fatos e provas, no afã de aferir-se a tipificação do fato ao crime de corrupção de menores. 2. (...). 3. A mens legis da norma insculpida no art. 1º da Lei n. 2.252/54 é a integridade moral do menor de dezoito anos e a preservação dos padrões éticos da sociedade. O argumento simplista de que o crime não se consuma caso o menor já se encontre corrompido, por ter praticado algum crime, não pode prosperar, sob pena de desvirtuamento dos escopos consubstanciadores do direito penal na recuperação e na reinserção do infrator na sociedade do menor de dezoito anos, cuja integridade moral é bem jurídico tutelado pelo artigo 1º da Lei n. 2.252/54. 4. A configuração do crime de corrupção de menores prescinde de prévia condição de corrompido do menor, uma vez que o anseio social é a sua recuperação. 5. O crime de corrupção de menores é formal, bastando, para sua configuração, que o maior pratique com o menor a infração penal ou o induza a praticá-la. Precedentes: HC 92.014/SP, Rel. originário Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes de Direito, Primeira Turma, DJe de 21/11/2008 e HC 97.197/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 04/12/2009. (RHC 103354, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-152 DIVULG 08-08-2011 PUBLIC 09-08-2011 EMENT VOL-02562-01 PP-00118)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. DELITO DE NATUREZA FORMAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.127.954/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze (DJe 1º/2/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal uniformizou o entendimento de que, para a configuração do crime de corrupção de menores, basta que haja evidências da participação de menor de 18 anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de o adolescente já estar corrompido, porquanto se trata de delito de natureza formal.

2. Tendo sido comprovado que os recorridos (um deles, o ora agravante), quando do cometimento do delito de roubo, agiram em unidade de desígnios com o adolescente C. H. L. D., mostra-se inviável a sua absolvição em relação ao crime descrito no art. 244-B do ECA.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1491069/MG, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015)

Tudo bem que não se vai aprofundar a discussão para a natureza do crime tendo em conta o verbo praticado – se formal (facilitar a corrupção) ou material

(corromper) – mas é preciso questionar, tomando por ponto de partida este último julgado transcrito: qual o desígnio que moveu o recorrido? Se foi em unidade de desígnio com o adolescente, decerto que se está afirmando quanto à violação do bem jurídico do crime principal. Mas, e em relação à corrupção de menores, havia, se não a intenção de corromper ou facilitar a corrupção, ao menos a assunção do risco de fazê-lo?

Concordo que é possível, sempre que o imputável atrai o menor de 18 anos para a prática do crime, seja em concurso, seja induzindo-o a fazê-lo sozinho, *assumir o risco* de facilitar sua corrupção, se corrupto ainda não é (pode-se tratar adiante, como no caso em que a iniciativa da prática delitiva parte do menor). Mas, esta categoria de dolo deve estar descrita na inicial para que se permita uma condenação nesse sentido (princípio da congruência, ou correlação, da sentença) e também o pleno exercício da defesa.

O exercício da pretensão acusatória (com todos seus elementos) é a acusação, fundamental para se aferir se é a sentença (in)congruente no processo penal, pois é ela quem demarca os limites da decisão jurisdicional.

O objeto do processo penal é a pretensão acusatória, vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz através de uma pena ou medida de segurança (...).

A compreensão da complexa estrutura do objeto do processo penal é fundamental para o estudo do princípio ou da regra de correlação, como também o é para a compreensão dos limites do sistema acusatório. Também demarca o campo de incidência da coisa julgada e da litispendência. (...) o objeto da sentença tem de ser o mesmo objeto da imputação. Assim, a sentença não pode levar em consideração algo diverso ou que não faça parte da imputação.

(...) o juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido (...). Não há mais razão, no marco do processo penal constitucional, para aceitar-se a exclusão das questões de direito do princípio da correlação (...). Até porque, esta lógica binária de questão de fato – questão de direito, na complexidade contemporânea, não é nada clara, ou seja, as questões se misturam e coexistem, não se excluem, sendo reducionismo operar-se na lógica binária. A distinção é tênue, senão inexistente. (LOPES, 2012, p. 1087/1088)

Uma luz no final do túnel encontra-se em julgado de relatoria do Min. Félix Fischer sobre este delito, no corpo do Acórdão, ao afirmar que a situação de corrupção ou não do menor é uma presunção *juris tantum*. Todavia, não deixa de decidir com a maioria.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º DA LEI Nº 2.252/54. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME DE PERIGO. I - O crime previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é de perigo, sendo despicinda a demonstração de efetiva e posterior corrupção penal do menor (Precedentes).

II - A norma inculpada no art. 1º da Lei nº 2.252/54, uma dentre tantas que se destinam à proteção da infância e da juventude, tem por objetivo que os maiores não pratiquem, em concurso com menores, infrações penais e que, também, não os induzam a tanto. Exigências adicionais para a tipificação são extra-legais e até esbarram no velho brocardo *commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat* (“Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade”).

Sobre a inocência moral do menor anterior à prática do delito, segundo o Ministro, “esta se presume *iuris tantum* (e aí, não *iuris et de iure*) como pressuposto fático do tipo. Quem já foi corrompido, por óbvio, não pode ser vítima do delito sob exame. Todavia, é de difícil aceitação que o réu, adulto, tenha a seu favor a presunção de inocência e o menor envolvido tenha contra si uma presunção oposta”. Continua, a falar do elemento subjetivo do tipo, mas sem exigir a sua análise no caso concreto: “por outro lado, o tipo inculpado no art 1º da Lei 22.52/54 deixa nítida sua condição de congruente (...) ou de congruente simétrico (...) esgotando-se o tipo subjetivo no dolo e sendo prescindível qualquer outro elemento subjetivo (...)”. Arremata trazendo à baila a *firme orientação* do Tribunal, de que basta a participação de menor de 18 anos na infração penal para que se tenha o tipo perfectibilizado.

No fundamento de outro acórdão, de relatoria do mesmo Ministro (REsp 822977/RJ, 5ª T, DJU 30.10.2006), também se evolui para questionar a prova para condenação pelo crime do artigo 244b da Lei 8.069/90 (ainda assim a prova de elemento objetivo do tipo): “*in casu*, restou cabalmente demonstrado, através de documentos, conforme reconhecido na sentença condenatória quanto no v. acórdão guerreado, que os menores que participaram da conduta delituosa já contavam com diversas passagens pelo Juízo da Infância e da Juventude pela prática de atos infracionais graves, inclusive com a aplicação de várias medidas sócio-educativas (...) não se verifica a prática do delito previsto no artigo 1º da Lei 2.252/54”.

Por fim, é de se questionar em termos processuais penais a necessidade de repetição do depoimento do menor de 18 anos envolvido no crime principal apurado no Juízo Comum. Sabido que a prática de ato infracional gera procedimento próprio, que no processo penal o menor de 18 anos é vítima, dois são os argumentos que permitiriam o traslado da prova produzida na Vara da Infância e da Juventude para o processo penal. Primeiro, a não (re)vitimização do menor de 18 anos – destaque-se que se está a caminhar para inserção do “depoimento sem dano”, como consta do anteprojeto do cpp em trâmite; depois, por ter sido produzido sob o crivo do contraditório na Vara Especial, a cópia do depoimento juntado no processo penal, se não contestado pelas partes, passa a fazer parte integrante do processo como *documento* e assim será considerado para fins de fundamentação da sentença (não

se está a falar em *prova emprestada pura*). Também, pode-se invocar economia processual (uma intimação a menos, um ato processual a menos, porque a prova já foi produzida no outro Juízo), o que não impede de, se fundamentado o pedido de repetição no Juízo Comum, este vir a acontecer.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA. Não há falar em ofensa ao contraditório com a juntada do depoimento prestado perante o Juizado da Infância e da Juventude pelo menor participante do roubo. De salientar que este documento não teve valor fundamental para o decreto condenatório, tratando-se de prova complementar, de sorte que não há falar sequer em prejuízo ao condenado. Também não se verifica vício quanto ao princípio da ampla defesa, ante o indeferimento do arrolamento intempestivo de testemunha. Situação em que a defesa deixou de arrolar a prova na resposta à acusação, conforme preceitua o art. 396-A do Código de Processo Penal, não justificou o pedido extemporâneo e levantou a questão somente em sede recursal. Preliminar de nulidade afastada. (...) PRELIMINAR AFASTADA. APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70041144387, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 17/03/2011)

CONCLUSÃO

(a) o crime de corrupção de menores é autônomo e dependente da infração praticada em concurso com o menor de 18 anos;

(b) há necessidade da prova documental comprobatória da condição de menor de 18 anos do coautor do crime principal;

(c) na descrição do crime de corrupção de menores na denúncia é preciso descrever se a prática se deu por dolo direto (de forma consciente e deliberada) ou dolo eventual (assumiu o risco de produzir o resultado) e em qual modalidade de conduta (corromper ou facilitar a corrupção);

(d) a instrução processual deve perquirir se o imputável tinha ciência da condição do menor e se laborou no sentido de, ao menos, correr o risco de corrompê-lo ou facilitar sua corrupção;

(e) é aconselhável trasladar o depoimento do menor de 18 anos da Vara da Infância e da Juventude para o processo no Juízo Comum, que passa a integrar o processo como documento, evitando a revitimização deste, que aqui figura como ofendido;

(e) da forma como se tem posicionado a jurisprudência, a prática de crime em concurso com menor de 18 anos está praticamente a gerar responsabilidade objetiva.

REFERÊNCIAS

LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1087/1088.

MARQUES, José F. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Book-seller, 1997, v. 1. p. 157-58.

NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 120.

TOLEDO, Francisco de A. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Art 93, IX.

BRASIL. **Lei 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL, **Lei 2.252, de 1 de julho de 1954**. Dispõe sobre a corrupção de menores. Artigo 1º.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Súmula 500, decorrente do recurso especial representativo de controvérsia 1.127.954/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 01 de fevereiro de 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1491069/MG, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14 de abril de 2015, DJe, de 23 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=crime+e+corrup%E7%E3o+e+menores+e+absolvi%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Provido 1043849/PR, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 26 de junho de 2008, DJe de 29 de setembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=3964184&num_registro=200800656434&data=20080929&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** (Terceira Câmara Criminal). Apelação Crime 1291909-4. Curitiba. Relator: Rogério Kanayama (unânime), julgado em 26 de fevereiro, de 2015. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 18 jul. 2016 - sem grifo no original.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** (Quinta Câmara Criminal). Apelação Crime 70035661768. Relator: Aramis Nassif, julgado em 09 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=crime+corrup%C3%A7%C3%A3o+e+menores+e+depoimento+e+inf%C3%A2ncia&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=crime+corrup%C3%A7%C3%A3o+e+menores+e+absolvi%C3%A7%C3%A3o&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 18 jul. 2016 – sem grifo no original.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** (Quarta Câmara Criminal). Apelação Crime Nº 70069314102. Relator: Mauro Evely Vieira de Borba, julgado em 30 de junho de 2016. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 18 jul. 2016 – sem grifo no original.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** (Sétima Câmara Criminal). Apelação Crime Nº 70041144387, Relatora: Naele Ochoa Piazzeta, julgado em 17 de março de 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=crime+corrup%C3%A7%C3%A3o+e+menores+e+depoimento+e+inf%C3%A2ncia&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=crime+corrup%C3%A7%C3%A3o+e+menores+e+absolvi%C3%A7%C3%A3o&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 19 jul. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (1ª. Turma). No HC 123779/MG. Relatora: Min Rosa Weber, julgado em 03 de março de 2015. DJU 043, de 19. De março de 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (2a Turma). No HC 132204. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 24 de junho de 2016, DJU 094, de 11 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28crime+e+corrup%E7%E3o+e+menores%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jmok42o>>. Acesso em: 18 jul. 2016 – sem grifo no original.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Precedentes: HC 92.014/SP, Relator originário: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Menezes de Direito, Primeira Turma, DJe, de 21 de novembro de 2008 e HC 97.197/PR, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 04 de dezembro de 2009. RHC 103354, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21 de junho de 2011, DJE-152 DIVULG 08-08-2011 PUBLIC 09-08-2011 EMENT VOL-02562-01 PP-00118. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28crime+e+corrup%E7%E3o+e+menores+e+dolo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j88ee7d>>. Acesso em: 18 jul. 2016 – sem grifo no original.





FUNÇÃO SOCIAL DA MICROEMPRESA

Consuelo Guasque¹

Resumo: As pequenas empresas possuem estrondosa importância econômica e social, sendo responsáveis por mais da metade dos postos de trabalho no Brasil. Entretanto, é notória a dificuldade que esse segmento encontra para se firmar na economia frente a forte concorrência das grandes empresas que produzem em larga escala. A dificuldade é tanta, que a própria Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê a necessidade da concessão de um tratamento jurídico diferenciado ao setor. Devido ao fenômeno da globalização e a integração dos países, ocorreu a relativização das fronteiras nacionais e a formação de parcerias de forma regionalizada, dando surgimento aos chamados 'blocos econômicos' – inclusive o MERCOSUL. Nesse viés, surge uma grande oportunidade de expansão de mercado para as pequenas empresas brasileiras, na medida em que o País formou relações privilegiadas com os países membros e associados do respectivo Bloco Econômico. Ocorre que, passados mais de 20 anos da sua formação, não se verificou grande melhoria no setor, especialmente em relação às exportações. Em razão disso, e também pela União Europeia contar com uma participação muito maior das pequenas empresas em sua economia interna e externa, buscou-se realizar um comparativo entre ambos os Blocos Econômicos no tocante às legislações vigentes, nas medidas governamentais adotadas e no tratamento diferenciado dispensado ao setor. Desta maneira, aferir-se-á possíveis melhorias passíveis de implementação pelo Brasil e pelo MERCOSUL para a melhor integração das pequenas empresas em âmbito internacional.

Palavras-chave: Microempresa; Empresa de Pequeno Porte; Pequenas Empresas; MERCOSUL.

Abstract: *Small businesses have booming economic and social importance, accounting for more than half the jobs in Brazil. However, it is notoriously difficult that this segment is to steady the economy facing strong competition from large companies that produce on a large scale. The difficulty is such that the 1988 Brazil Federal Constitution itself provides the need for granting a different legal status to the sector. Due to the phenomenon of globalization and the integration of countries, it was the relativization of national borders and the formation of partnerships by region, giving rise to so-called 'economic blocs' - including MERCOSUR. In this bias comes a great market expansion opportunity for small Brazilian companies, to the extent that the country has formed a special relationship with member and associate countries of the respective Economic Bloc. It happens that, after more than 20 years of its formation, there was great improvement in the sector, especially in relation to exports. For this reason, and also by the European Union to have a greater participation of small businesses in their internal and external economy, sought to carry out a comparison between both Economic Blocs in relation to current legislation, the adopted government measures and differential treatment given to the sector. In this way, it will be assessing possible improvements subject to implementation by Brazil and Mercosur for better integration of small business internationally.*

Keywords: *unconstitutionality, employment link, political parties, campaign workers, principles.*

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Pós-graduada em Direito Tributário e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (Brasil). Professora na Universidade UNOPAR Ponta Grossa e Advogada na empresa Guasque & Advogados Associados. E-mail: consuelo@guasque.adv.br. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/0919276048505350>.

INTRODUÇÃO

A pequena empresa² é um dos maiores pilares da economia de qualquer país, primordialmente em países que visam um crescente desenvolvimento social, uma vez que o investimento maciço nesse setor, o tratamento legal diferenciado e os benefícios governamentais são fundamentais para a redução dos índices de desemprego e para distribuir a renda de forma mais equânime.

Esse setor é um efetivo motor na geração de empregos, sendo responsável direto por pelo menos metade das vagas de empregos formais no Brasil. Além disso, responde por 20% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, o que significa um número relativamente baixo se levado em consideração que mais de 99% das empresas brasileiras se enquadram neste perfil, conforme dados do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE).

O ingresso do fenômeno da globalização e a consequente formação dos blocos econômicos oportunizaram as pequenas empresas a fruírem os benefícios derivados dessa integração que uniu mercados nacionais, reduziu as barreiras alfandegárias e disponibilizou grande fluxo de capitais e informações.

Nessa conjuntura, aparecem algumas perspectivas de progresso para as pequenas empresas brasileiras com a formação do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), no sentido de expandirem seus negócios a nível internacional, melhorarem a qualidade dos produtos, diminuir o custo da sua produção, além de aumentarem seu lucro e solidificarem-se no mercado mundial.

O objetivo deste trabalho é realizar uma reflexão sobre a legislação nacional específica acerca das pequenas empresas; a importância em conceder um tratamento diferenciado ao setor; as oportunidades que surgem com a integralização dos países e a formação do MERCOSUL. Por fim, busca-se fazer um paralelo com a União Europeia (UE) para aferir as melhorias que podem ser implementadas com base nas experiências de economias mais desenvolvidas e igualitárias.

No tocante ao método, utiliza-se a metodologia dialética, numa tentativa de realizar uma reflexão sobre a inserção das pequenas empresas no MERCOSUL, buscando soluções lógicas para incentivar o setor no

processo de integração dos países com base nas tentativas exitosas obtidas pela União Europeia.

A seção 1 inicia-se dispondo sobre a conceituação da pequena empresa, o histórico da legislação específica no Brasil e a subdivisão que é realizada, que desdobra o setor em microempresas e empresas de pequeno porte. Em seguida, aborda-se a questão do tratamento diferenciado dispensado pela legislação nacional e pelos órgãos governamentais, e, ainda, discorre-se sobre a importância que o setor possui frente ao aspecto econômico e social. Esse capítulo tem como base as obras de Elisabete Vido – Manual de Direito Empresarial; Rubens Requião – Curso de Direito Comercial; e Steven Solomon – A Grande Importância da Pequena Empresa: A Pequena Empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo.

Na seção 2 aborda-se a importância do aspecto social das Pequenas Empresas.

Na seção 3 analisa-se o aspecto econômico das Pequenas Empresas.

A seção 4 trata da integração dos países com o fenômeno da globalização, do surgimento dos Blocos Econômicos e as barreiras comerciais, especialmente quanto ao MERCOSUL, fazendo uma alusão a sua formação histórica, aos principais tratados homologados pelos países membros e suas respectivas entradas no Bloco Econômico, aos objetivos pretendidos, a estrutura atual que possui e a sua economia. Tem como base as obras de Eduardo Biacchi Gomes – Blocos Econômicos: Soluções e Controversas; e Paulo Roberto de Almeida – MERCOSUL: Fundamentos e Perspectivas.

1. AS PEQUENAS EMPRESAS

1.1 FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A realidade societária brasileira revela dois lados: uma economia moderna, porém, do outro lado, milhões de pessoas excluídas de seus direitos, bem como dos serviços proporcionados pelo Estado aos seus “cidadãos”.

Tal diferença é a consequência dos processos de exclusão operados pelo sistema, pelos quais setores antes incluídos foram expulsos e marginalizados por processos de mudança social, econômica ou política, ou, ainda, de processos de inclusão limitada, em que o acesso ao emprego, renda e benefícios de desenvolvimento econômico ficam restritos a determinados segmentos da sociedade, e da dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positividade em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais³.

2 Esse termo possui diversas definições, muitas vezes baseadas em números de funcionários, vendas ou ativos. No presente trabalho adota-se esse termo para definir MPE utilizando-se o critério da receita bruta, definindo a microempresa como sociedade empresária, sociedade simples, empresa individual de responsabilidade ilimitada e o empresário, devidamente registrados nos órgãos competentes, que aufera em cada ano calendário a receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); se a receita bruta anual for superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), a sociedade será enquadrada como empresa de pequeno porte, valores esses referentes às receitas obtidas no mercado nacional. A empresa de pequeno porte não perderá o seu enquadramento se obter adicionais de receita de exportação, até o limite de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) – fonte SEBRAE – 04/2016.

3 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Di-*

Por isso, a Função Social do Estado Contemporâneo requer ações que, devido ao dever que tem com a Sociedade, o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o cidadão e realizando os seus objetivos, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do cidadão, nesse caso um Estado Fraternal.

A atenção à Fraternidade como Princípio do Universalismo Político na Modernidade-mundo transpassa as fronteiras dos Estados assistencialistas e protetores para dar ênfase aos direitos sociais como uma pré-condição da democracia, fazendo com que os Estados nacionais atuem em favor de uma redistribuição social e do cumprimento das possíveis formas de controle dos poderes econômicos globais pela gestão de bens da vida, retirando, assim, as lógicas proprietárias e de interpretação nacional-nacionalista⁴.

O incentivo às microempresas enaltece o cumprimento da função social, além do que, nos momentos de crise em que vários trabalhadores se veem sem trabalho, à saída muitas vezes está sendo investir em um negócio próprio; as micro e pequenas empresas estão abrindo espaço e preenchendo o mercado de possibilidades.

O potencial de transformação de lucro em vagas de emprego é muito grande nas microempresas, para o microempreendedorismo individual a burocracia também é menor se comparada as grandes empresas.

1.2 CONCEITO

As pequenas empresas são empresas com dimensões limitadas e os seus conceitos podem sofrer diversas mutações conforme o interesse e o objetivo visado com o seu enquadramento, podendo ser construído através do aspecto da estrutura organizacional, pelo volume monetário e econômico da empresa ou até mesmo pelo número de empregados que possui.

O Código de Comércio alemão foi o primeiro a distinguir os comerciantes plenos dos pequenos comerciantes, com o fim de declarar que não se aplicavam, quanto a estes, as disposições mais complexas que regiam acerca dos registros comerciais, livros de comércio e mandatos mercantis.⁵

Porém, segundo Fernanda Kellner de Oliveira, foi o direito italiano que melhor disciplinou sobre o regime da pequena empresa:⁶

[...] Foi o direito italiano que melhor sistematizou o capítulo da empresa e mais perfeitamente disciplinou o regime da pequena empresa. A primeira pesquisa no direito italiano visa a esclarecer se a pequena empresa é um conceito meramente de ordem quantitativa, hipótese em que ela só diferirá da empresa normal pelo volume de negócios e de relações jurídicas, ou se a pequena empresa é qualitativamente distinta das demais, conclusão que faria da "*piccola impresa*" uma nova entidade, com regramento próprio e pouca referência à empresa normal.

Foi árdua a discussão entre os juristas peninsulares, trazendo os partidários de uma e outra corrente os melhores argumentos, quer de Direito, quer de Economia. A conclusão dominante a que a doutrina chegou, foi no sentido de sufragar a opinião, segundo a qual a relação entre os artigos 2.082 e 2.083 do Código Civil italiano (de 1942), é de gênero para espécie, pois o conceito de empresa acolhido no Código foi o de atividade, e o termo se presta tanto para caracterizar as relações de uma empresa normal, como de uma empresa média ou pequena.

Tem-se como conclusão que são aplicáveis à pequena empresa todas as leis e normas que regulam a atividade das demais empresas, salvo, é lógico, as que tragam uma derrogação implícita ou explícita.

No Brasil, são admitidas diversas definições para as pequenas empresas, variando conforme a consideração do órgão governamental ou da legislação. A classificação mais utilizada é dada pelo artigo 3º, da Lei Complementar 123 de 2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Anexo I), que teve seu texto alterado pela Lei Complementar 139 de 2011, onde se passou a adotar o conceito de microempresa para empresas com faturamento anual bruto de até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), e, de empresa de pequeno porte para a empresa com faturamento anual bruto superior ao limite estabelecido para as microempresas, até o limite máximo de R\$ 3.600.000,00 (três milhões seiscentos mil reais).⁷

Oportuno salientar que na legislação específica, apesar de na nomenclatura da lei constar apenas “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”, ela atinge tanto a sociedade empresária

propulsoras do desenvolvimento econômico e social. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2735/as-micro-e-pequenas-empresas-como-propulsoras-do-desenvolvimento-economico-e-social>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

7 Artigo 3º, da Lei 139 de 2011. Para os efeitos desta Lei complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

reito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 35.

4 SILVA, Ildete Regina Vale da Silva e BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade:** o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015. p. 43.

5 PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **Microempresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2735/as-micro-e-pequenas-empresas-como-propulsoras-do-desenvolvimento-economico-e-social>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

6 PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **Microempresas como**

e o empresário individual como a sociedade simples, apesar desta última não exercer atividade empresária.⁸

No âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é adotado o conceito descrito acima, especialmente quanto à apuração e recolhimentos de impostos e contribuições mediante regime único de arrecadação; ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias; e, ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão nos termos do artigo 1º da Lei 123 de dezembro de 2006.⁹

Já o SEBRAE utiliza também como critério o número de empregados, sendo que a entidade limita o conceito de microempresa como empresa empregadora de até nove pessoas, no caso do comércio e serviços, ou, até 19, no caso dos setores industriais ou de construção. Limita também o conceito de empresa de pequeno porte como empresa empregadora de 10 a 49 pessoas, no caso de comércio e serviços, e, de 20 a 99 pessoas, no caso de indústria e empresas de construção.¹⁰

Outros órgãos federais, como o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, podem utilizar um aspecto diferenciado do Estatuto para concessão de créditos e outros benefícios, sendo que para este órgão específico, a microempresa deve ter receita bruta anual de até R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) e as empresas de pequeno porte de até R\$ 10.500.000,00 (dez milhões e quinhentos mil reais).¹¹

Na legislação brasileira, que adota como critério a receita bruta anual da empresa, o enquadramento é automático, como bem salienta Elisabete Vido. Portanto, se num exercício, a atividade da empresa tiver uma receita bruta anual maior do que o previsto em lei, a microempresa pode se enquadrar automaticamente como empresa de pequeno porte, por exemplo. Também, pode sofrer o desenquadramento au-

tomático quanto à aplicação da lei se ultrapassado o teto legal.¹²

1.3 TRATAMENTO DIFERENCIADO

A legislação brasileira prevê alguns benefícios para as microempresas e as empresas de pequeno porte, que acabam recebendo um tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, atendendo a determinação prevista na Constituição de 1988, que, em seu artigo 170, inciso IX, adotou como um dos princípios da ordem econômica e financeira do país o tratamento favorecido para as empresas com esse perfil que possuem sua sede e administração no País.¹³

Em seu Manual de Direito Comercial, o Professor Doutor Fábio Ulhoa Coelho faz uma síntese sobre os benefícios que as microempresas e as empresas de pequeno porte possuem frente à legislação instituída:¹⁴

O tratamento diferenciado da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte resume-se à eliminação de exigências burocráticas no campo trabalhista e previdenciário e direito a condições favorecidas no acesso ao crédito bancário. Além disso, o Estatuto prevê que o Poder Executivo deve estabelecer mecanismos de incentivos fiscais e financeiros, de forma simplificada e descentralizada, para proporcionar o desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte.

Na legislação infraconstitucional, como já salientado no tópico anterior, foram estabelecidas normas gerais quanto ao tratamento diferenciado a ser dispensado a este segmento. No aspecto tributário, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte instituiu um Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos de Contribuições, mais conhecido como Simples Nacional ou Supersimples, visando à substituição de oito tributos pela aplicação da uma alíquota global sobre a receita bruta anual da pequena empresa, facilitando para as empresas atenderem o disposto na legislação, com a consequente melhoria no adimplemento dos tributos e regularização em seus cadastros.¹⁵

Quanto à Administração Pública, o mesmo Estatuto garantiu alguns benefícios ao setor, fazendo constar expressamente sobre a possibilidade da concessão de

8 VIDO, Elisabete. **Manual de Direito Empresarial**. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 123.

9 **Artigo 1º, da Lei 123 de 2006**. Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

10 INDRUNAS, Luis. **Como funcionam as micro e pequenas empresas**. Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/micro-e-pequenas-empresas-no-brasil1.htm>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

11 INDRUNAS, Luis. **Como funcionam as micro e pequenas empresas**. Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/micro-e-pequenas-empresas-no-brasil1.htm>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

12 VIDO, Elisabete. **Manual de Direito Empresarial**. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 123.

13 **Artigo 170, Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País.

14 COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

15 ANDRADE, Juliana dos Santos. **Vantagens e Desvantagens do Simples Nacional**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/25729/000751600.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

tratamento diferenciado e simplificado para as empresas enquadradas no perfil de microempresa ou empresa de pequeno porte, concedendo ainda, preferência em relação ao processo licitatório em disputa com as empresas de maior porte.¹⁶

No âmbito trabalhista, a relação de trabalho foi simplificada, como se pode observar nas dispensas de requisitos previstas no artigo 51 do Estatuto, como, por exemplo, a dispensa na afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências e na comunicação ao Ministério do Trabalho e Emprego acerca da concessão de férias coletivas.¹⁷

O princípio da busca do pleno emprego, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito social ao trabalho¹⁸.

Existem ainda, outros benefícios específicos expressos no Estatuto, como, por exemplo, no que se refere ao protesto de títulos e também no campo econômico. Em atenção a esses últimos, são concedidos estímulos ao crédito e à capitalização da pequena empresa, com linhas de créditos específicas para esse setor, com objetivo de implicar efetivos ganhos de qualidade e produtividade, resultando maior competitividade no mercado.

2 ASPECTO SOCIAL DAS PEQUENAS EMPRESAS

Apesar de as microempresas e as empresas de pequeno porte serem vistas por diversas vezes com certo desprestígio aos olhos de muitos, que são levados ao equívoco que a nomenclatura lhes propicia cometerem, e, que acaba por aparentar um baixo significado no setor econômico, essa modalidade de empresa tem um papel fundamental e imprescindível para o desenvolvimento socioeconômico de um país e, também, devido à globalização que, como nos ensina José Luiz Bonzan:

16 **Artigo 47, Lei 134 de 2006.** Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

17 **Artigo 51, Lei 134 de 2006.** As microempresas e as empresas de pequeno porte são dispensadas: I - da afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências; II - da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro; III - de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem; IV - da posse do livro intitulado "Inspeção do Trabalho"; e V - de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

18 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. Especificamente da p. 59 a 350.

A globalização leva à mudança de perfil da soberania. Esta, antes era concebida como monopólio da força e da política sobre um determinado território, habitado por uma população. Atualmente, devido a novas realidades, houve uma interdependência entre os Estados-Nação, o que acarretou um entrelaçamento na ideia de soberania. Outrossim, ocorreu uma nova concepção da cidadania, baseada não mais no laço que liga o indivíduo ao Estado, mas sim por um conjunto de valores e práticas socioeconômicos, regulados por instituições supranacionais¹⁹.

Tal importância se consubstancia principalmente quando se analisa a indispensável contribuição que essas empresas possuem na região específica onde desempenham suas atividades, exercendo diretamente sua função social e contribuindo amplamente com o desenvolvimento local, que muitas vezes dependem exclusivamente desse tipo de empresa.

Ao contrário das macroempresas que estão instaladas predominantemente nas regiões Sudeste e Sul, as microempresas e as empresas de pequeno porte se encontram amplamente distribuídas pelo País inteiro, e, por derradeiro, acabam por contribuir imensamente para amenização das desigualdades regionais.

Como bem salientado em sua obra, o economista Steven Solomon destaca que a pequena empresa proporciona uma energia vital para a reestruturação econômica, já que, na medida em que não dispõe de capital para aquisição de maquinaria que possibilita às grandes empresas produção em massa de produtos padronizados, acaba por concentrar em atividades intensivas de mão de obra e de baixos custos de instalação, tais como o comércio varejista e os serviços.²⁰

Desta forma, insta salientar sobre o que vem a ser a função social da empresa. Como Lucas H. Devitto informa em sua obra, "[...] com o advento do Código Civil de 2002, arraigou-se a ideia de que a empresa, além de visar ao lucro, possui eminente papel socioeconômico frente à sociedade".²¹

Nesse contexto a empresa não deve focar somente sobre o fator capitalista, que a priori se pretende com a abertura de qualquer negócio, mas também no aspecto social que possui frente toda a sociedade, abrangendo um aspecto muito mais amplo e complexo.

Ao auferir o lucro, o empresário não deve prejudicar o interesse maior da coletividade, devendo paralelamente atingir a função social da empresa imantando a solidariedade, a justiça social, a livre iniciativa, a busca de emprego pleno, a redução das desigualdades sociais, o valor social do trabalho, a dignidade da pes-

19 MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania**: Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

20 SOLOMON, Steven. **A Grande Importância da Pequena Empresa**: A Pequena Empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo. Rio de Janeiro: Nórdica. 1986. p. 44.

21 DEVITTO, Lucas Hercules. **A microempresa e sua função social**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090220160425830&mode=print>. Acesso em: 07 jul. 2016.

soa humana, a preservação do meio ambiente, entre outros princípios.²²

O mercado – além de lugar e princípio de organização social – é instituição jurídica (=institucionalizado e conformado pelo Direito posto pelo Estado). Sua consistência é função de segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico.²³

Com essa visão, o legislador prescreveu dispositivos constitucionais nos artigos 170, IX e 179 da Constituição de 1988, que já foram mencionados no tópico 1.3 deste trabalho, onde determinou-se a concessão de tratamento diferenciado para as pequenas empresas, tendo como finalidade impulsionar não somente o aspecto econômico, mas também em uma conjuntura muito mais ampla, englobando diversos fatores, como o trabalhista e fiscal, alterando toda a dinâmica social do país.

Interessante fazer um paralelo com o dispositivo constitucional previsto no artigo 5o, inciso XXIII, que dispõe sobre a função social da propriedade. *In verbis*:

Art. 5. 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 seguintes termos:

[...]

XXIII – a propriedade atenderá sua função social.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, salienta que, “o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, ou quem detenha o controle da empresa, o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não apenas de não o exercer em prejuízo de outrem.”²⁴

Já Fábio Konder Comparato demonstra possuir uma visão muito digna e inteligente acerca do tema:²⁵

[...] a empresa atua para atender não somente os interesses dos sócios, mas também os da coletividade, e que função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em

função social ou coletiva. [...] em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

Desta forma, as microempresas e as empresas de pequeno porte, ao exercerem a sua função social, se tornam uma das principais frentes para reduzir a desigualdade social e aumentar a desconcentração de renda. Isso porque, acaba por diferenciar-se do atual cenário mundial de produção em larga escala, onde a mão de obra se torna muito mais seleta em decorrência do implemento da tecnologia e a necessidade de determinadas exigências para a admissão, ocasionando uma massa de desemprego em progressão geométrica.

As empresas de grande porte, até pelo seu perfil de produção em massa, acabam por concentrar a renda. Por sua vez, a criação de um número elevado de empregos pelas pequenas empresas ajuda a manter níveis adequados para proporcionar maior poder aquisitivo da população, auxiliando no processo de estabilidade econômica.

Uma das características mais marcantes das pequenas empresas é justamente a utilização da mão de obra não qualificada ou sem experiência disponível no mercado, o que acaba contribuindo para uma redução no índice de desemprego e conseqüentemente uma melhora no panorama social. No mesmo contexto, se verifica que a pequena empresa também concretiza sua função social quando realiza admissão de pessoas que adentraram recentemente no mercado de trabalho, propiciando experiência e treinamento das funções básicas²⁶.

A empresa de pequeno porte também abriga grande parte dos empregados em regime de tempo parcial que ajudam no orçamento familiar, englobando nessa conta, os aposentados que procuram se manter em atividade.

É nesse sentido que se verifica o objetivo do legislador em dar determinadas prioridades e incentivos para esse setor, sempre visando atingir os objetivos fundamentais da constituição que, dentre outros, se inclui o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Fica bem ilustrada essa temática no trecho da obra de Gladson Mamede:²⁷

[...] Atende-se assim, não apenas ao comando constitucional específico, como também as normas basilares; em fato, o pequeno empresário, as microempresas e as empresas de pequeno porte, por sua inserção social, realizam com mais

22 DEVITTO, Lucas Hercules. **A microempresa e sua função social**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090220160425830&mode=print>. Acesso em: 07 jul. 2016.

23 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 257/258.

24 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 252.

25 COMPARATO *apud* CAPEL FILHO, Hélio. **A Função Social da Empresa: adequação às exigências do mercado ou filantropia?** Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos911/a-funcao-social/a-funcao-social2.shtml>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

26 SOLOMON, Steven. **A Grande Importância da Pequena Empresa: A Pequena Empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo**. Rio de Janeiro: Nórdica. 1986. p. 99.

27 MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 100.

eficácia os fundamentos da República de respeito à dignidade humana e de valorização do trabalho e da livre iniciativa; justamente por isso, tem condição privilegiada de permitir a realização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, cujo registro é sempre pertinente: construir uma sociedade livre, justa, solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Resta, portanto, evidenciada a importância que esse segmento tem no desenvolvimento do país, e é ponto fundamental na medida em que se possa planejar em uma redistribuição de renda e uma redução da desigualdade social e desenvolvimento sustentável.

3 ASPECTO ECONÔMICO DAS PEQUENAS EMPRESAS

As pequenas empresas possuem importante participação na economia, sendo as grandes responsáveis pela admissão de mais da metade dos empregadores registrados, como já salientado. No tocante ao número de empresas economicamente ativas, deixa as empresas de grande e médio porte com porcentagem menor que 1%.

Além disso, as empresas de pequeno porte possuem vital importância perante os números para a produção da economia nacional.

4 A PEQUENA EMPRESA NO MERCOSUL

A formação do MERCOSUL no início dos anos 90 se deu num momento em que vigorava uma política econômica voltada completamente a favor dos interesses das grandes empresas, que através da expansão do mercado e da produção em larga escala, poderiam gerar renda necessária para pagamento da dívida externa e corroborar num equilíbrio econômico.

O Brasil e a Argentina vinham de uma grave crise econômica, havendo necessidade de equilibrarem suas contas e aumentarem o número de suas exportações. E assim fizeram, com a atração de grandes empresas multinacionais que se instalaram nos países sul-americanos com diversos incentivos governamentais. Tal medida acabou por gerar avanços tecnológicos e um grande aumento na qualidade e quantidade das suas exportações.

Economicamente falando, essa visão política foi de suma importância para o desenvolvimento dos países do MERCOSUL, que se tornaram competitivos no mercado internacional e fortaleceram suas economias. O Brasil conseguiu diminuir de maneira drástica sua dívida externa, suas indústrias passaram a adotar tecnologias de última geração, se tornando uma das maiores potências econômicas do mundo.

Entretanto, o MERCOSUL deixou de lado a participação das pequenas empresas nesse momento por estas não conseguirem grande força de representatividade no firmamento dos acordos comerciais, apesar da importância que possuem frente o aspecto sociolaboral, já que são responsáveis pela absorção da grande maioria dos postos de trabalho.

Assim, como bem salienta Rafael de Mello Vidal, a ausência das pequenas empresas na consolidação dos acordos, acaba por limitar o potencial do MERCOSUL:²⁸

Embora possa trazer benefícios para alguns setores produtivos e contribuir para o crescimento econômico do País, por meio do ingresso de receitas exportadoras e da geração de empregos setoriais, a negociação no MERCOSUL tem sido feita em detrimento de metas de crescimento mais distributivas de renda e geradoras de emprego, com a ausência de participação mais ativa das pequenas e médias empresas no processo decisório, o que deixa de levar em conta seu papel fundamental na geração de empregos, particularmente no Brasil, bem como sua fortaleza econômica, sua capacidade de inovação e o estímulo que gera para o espírito empreendedor, limitando, assim, o potencial do MERCOSUL como instrumento efetivo de desenvolvimento econômico e social, a serviço das grandes massas.

Segundo o professor Paulo Feldmann, as pequenas empresas correspondem ao simbólico número de 2% das exportações brasileiras, ao contrário de outros países como a Itália, onde o setor possui a participação de 45% das exportações.²⁹

Em razão de diversos fatores, como a alta carga tributária, o excesso de burocracias legais, a falta de concessão de linhas de créditos especiais, a falta de informação, planejamento e experiência na administração, quase 30% das pequenas empresas brasileiras quebram ainda no primeiro ano, e, o que causa ainda maior espanto, é que quase 96% encerram as atividades nos cinco anos iniciais, segundo informações do SEBRAE.³⁰

As empresas de pequeno porte argentinas, também conhecidas por *pymes*³¹, não ficam muito distantes dos números brasileiros, sendo que 80% encerram

28 VIDAL, Rafael de Mello. *A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul*. Brasília: FUNAG, 2011. p. 109.

29 FELDMANN, Paulo. *Pequena empresa não ganha eleição*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/20953-pequena-empresa-nao-ganha-eleicao.shtml>>. Acesso em: 05 jul. 2016. FELDMANN, Paulo. *Pequena empresa não ganha eleição*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/20953-pequena-empresa-nao-ganha-eleicao.shtml>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

30 Portal SEBRAE. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/estudos_pesquisas/taxa-de-sobrevivencia-das-empresas-no-brasildestaque15,01e9f925817b3410VgnVCM200003c74010aRCRD>. Acesso em: 05 jul. 2016.

31 Abreviação de *Pequeña y Mediana Empresas*. O enquadramento nesse setor é definido na Argentina pela Secretaria de Pequena e Média Empresa e Desenvolvimento Regional – SEPYMEDR, que realiza o enquadramento conforme a renda anual e o setor produtivo envolvido pela empresa.

suas atividades antes dos cinco anos, e 90% não chegam aos dez anos de atividade.³²

Percebe-se que muito pouco se produziu para o incentivo das pequenas empresas no MERCOSUL, que continuam possuindo muita dificuldade para ampliar seus números frente às exportações, pois acabam por ficarem carentes quanto a obtenção de informações que possibilitem acesso ao financiamento e planejamento adequados de longo prazo.

Tão somente em 2008 é que o MERCOSUL demonstrou certa preocupação com as pequenas empresas ao criar o 'Fundo MERCOSUL de Apoio a Pequenas e Médias Empresas', através da Decisão 22/07 do CMC³³, destinado ao incentivo do setor com o objetivo de garantir operações de crédito às empresas de menor porte que participem de projetos de integração produtiva. Porém, ainda não se pode contar com uma estrutura institucional consistente, pois a microeconomia continua alheia às políticas adotadas no Bloco Econômico.

Desta forma, é importante realizar uma análise das normas que regulamentam o setor em conjunto com o desenvolvimento econômico mundial para somente então aferir a razão de números tão devastadores e as medidas que podem ser tomadas para melhorar essas condições.

Ao contrário da União Europeia, o empreendedorismo continua não sendo muito incentivado pelo MERCOSUL, como bem ilustra Rafael de Mello Vidal:³⁴

O empreendedorismo está na gênese da criação de empresas. Cumpre uma função social e, naturalmente, está associado às micro, pequenas e médias empresas. Seu estímulo é foco de atenção em vários países, mas não tem merecido trata-

mento diferenciado na esfera decisória e institucional do MERCOSUL. O crescimento do empreendedorismo na última década reflete-se na adoção de iniciativas políticas que colocam o tema no centro das estratégias de vários governos.

Ainda, o mesmo autor ao comentar em sua obra uma entrevista concedida por Gonzáles Capriles, Diretor do Programa IBERPYMES (*Programa Iberoamericano de Cooperación para el Desarrollo de la Pequeña y Mediana Empresa*), do Sistema Econômico Latino-Americano, cita que, pelo seu entendimento, a América Latina é carente de política para as pequenas empresas em esfera regional, mesmo sendo estas essenciais para promoção do setor. Desta forma, há ainda, uma grande necessidade do desenvolvimento de mais medidas governamentais de cooperação internacional e nacional, como a realizada pelo SEBRAE, por exemplo.³⁵

Como salienta Capriles, pouco ou quase nada se fez com as pequenas e médias empresas no MERCOSUL desde a aprovação do Tratado de Assunção, sendo que somente 17 anos depois da assinatura, é que se começou a dispensar alguma atenção por meio da aprovação do Programa de Integração Produtiva e do Grupo de Integração Produtiva do MERCOSUL, ainda de reduzido impacto para o segmento.³⁶

O que se observa é que até então, houve uma grande utilização dos benefícios do Bloco Econômico pelas grandes empresas, bem como, o atendimento de seus interesses nas negociações e decisões, já que geram a maior parcela de capital. Todavia, as pequenas empresas, que são as maiores geradoras de empregos e exercem plenamente sua função social, ainda não podem contar com grandes estruturas institucionais para atender suas necessidades.

De acordo com a nota de divulgação, o Fundo aspira estimular a produtividade conjunta no MERCOSUL, contribuindo para a competitividade dos setores econômicos de países participantes do Bloco. Segundo a nota, serão consideradas pelo fundo as empresas que possuem sede em território de países participantes do MERCOSUL e que participem de atividades de produção integrada. Ainda, foi informado que em caso de uso indevido dos recursos, o benefício será cortado de forma plena e imediata, sendo que o Fundo poderá tomar as medidas que achar necessárias para punir a empresa.³⁷

É uma grande inovação para o MERCOSUL, que até então não demonstrava preocupação no incentivo do pequeno empresariado. O Bloco Econômico ainda está longe de possuir uma estrutura adequada para atender a necessidade do setor, até porque o número

32 Portal GESTIOPOLIS. Disponível em: <<http://www.gestiopolis.com/canales5/emp/ochentapy.htm>>. Acesso em: 22 set. 2012.

33 **Decisão CMC 22/07.** TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto e a Decisão Nº. 34/06 do Conselho do Mercado Comum. CONSIDERANDO: Que o MERCOSUL deve constituir uma via para o desenvolvimento econômico e social dos Estados Partes. Que o aprofundamento do processo de integração regional e o tratamento das assimetrias compreende as iniciativas de integração das cadeias produtivas dos Estados Partes, mediante aprofundamento da cooperação e interdependência entre os setores econômicos dos sócios. Que seria benéfica para o processo de integração a criação de instrumentos para estímulo e promoção dos investimentos no setor produtivo, em complementação às iniciativas financiadas ao amparo do Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL – FOCEM. Que se faz necessário estudar a constituição de mecanismo de financiamento de apoio a pequenas e médias empresas dos Estados Partes, envolvidos nos projetos de integração de cadeias produtivas no plano regional. O CONSELHO DO MERCADO COMUM DECIDE: **Art. 1** - Encomendar ao Grupo Mercado Comum que proponha, na XXXIV Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, alternativas para a constituição de um Fundo MERCOSUL de Apoio a Pequenas e Médias Empresas envolvidas em iniciativas de integração produtiva. **Art. 2** - A presente Decisão não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados Partes, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL.

34 CAPRILES *apud* Rafael de Mello. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul.** Brasília: FUNAG, 2011. p. 35.

35 CAPRILES *apud* Rafael de Mello. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul.** Brasília: FUNAG, 2011. p. 36.

36 CAPRILES *apud* Rafael de Mello. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul.** Brasília: FUNAG, 2011. p. 36.

37 Portal Terra. Disponível em: <http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspx?idNoticia=20_1206292335_TRR_81359668>. Acesso em: 05 jul. 2016.

das exportações das pequenas empresas continua simbólico, mas que poderão ter oportunidade de alterar o cenário com a adoção de medidas inovadoras pelos governos, como por exemplo, a recente criação do Fundo de Garantias.

José Renato Martins, professor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana, ressalta as inovações políticas do MERCOSUL quanto a integração social:³⁸

As mudanças operadas nesse período estão apontando para o surgimento de um Mercosul socialmente mais integrado, com demandas próprias e políticas específicas destinadas a atender às imensas carências sociais da região. Essa agenda recente está intimamente associada à emergência do Mercosul social e participativo como novo elemento da governança regional, reconhecendo o papel das organizações da sociedade civil, não só como beneficiárias das políticas sociais, mas como sujeitos atuantes.

Contudo, o apoio ao empreendedorismo continua muito frágil no MERCOSUL, que é fator chave para auxiliar no planejamento das empresas e na formação de uma cultura empreendedora, que estimula coragem para o empresário assumir riscos e criar novos empreendimentos. Porém, se o MERCOSUL seguir essa tendência de dispensar maior atenção ao setor possibilitará um maior desenvolvimento da microeconomia, que é de extrema importância para atingir os objetivos da Carta Magna, fundamentalmente a erradicação da pobreza, marginalização e a redução das desigualdades sociais.

No MERCOSUL não existe uma estruturação que permita passar essas informações técnicas aos pequenos empresários, e estes dificilmente possuem formação necessária para conseguir administrar uma empresa de forma correta, quanto mais inserir seus produtos no comércio exterior. O que se verifica são ações locais realizadas pelo SEBRAE e pelo *SEPYME*, mas que acabam não tendo grande força para tomada de medidas em conjunto com todos os países membros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema escolhido para elaboração deste trabalho é de ampla complexidade, englobando uma vasta gama de assuntos nas mais variadas áreas de estudo, indo desde os primeiros conceitos do direito empresarial até a múltipla rede de comércio internacional, de forma que, não se pretendeu de maneira alguma esgotar o tema, mas tão somente trazer à tona a relevância que as pequenas empresas possuem no cenário econômico e social.

Como demonstrado amiúde, além do aspecto que as pequenas empresas exercem frente à economia, a

razão essencial do tratamento diferenciado dispensado ao setor, é o caráter social que possui em qualquer Estado na medida em que é o principal responsável pela criação de postos de trabalho.

Desta forma, o incentivo ao setor se torna uma das principais políticas para defrontar a desigualdade na distribuição de renda e a miserabilidade. Tanto é assim, que a Constituição Federal de 1988 consagra expressamente o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte como um dos princípios da ordem econômica.

Apesar da notável evolução desde quando surgiram as primeiras legislações específicas, em meados dos anos 80, com o efetivo reconhecimento da necessidade do tratamento especial para as pequenas empresas, o setor ainda está muito aquém de atingir uma desenvoltura adequada, pois existe um ambiente desfavorável para sua progressão, haja vista que os tributos ainda continuam elevados, as burocracias continuam exacerbadas e existe grande carência no acesso à inovação tecnológica.

A formação do MERCOSUL continua sendo uma grande oportunidade de desenvolvimento para as pequenas empresas brasileiras. Porém, se observa que as pequenas empresas dos países-membros encontram grandes dificuldades em relação ao acesso às informações, as traves comerciais, aos financiamentos e a formação de seus profissionais, motivo pelo qual, a integração não surtiu grande impacto para a microeconomia, que atualmente resulta em baixo percentual na participação das exportações e, no caso do Brasil, frente à própria economia nacional.

O MERCOSUL se desenvolveu sob uma ótica em que as grandes empresas sempre predominaram nas negociações do bloco, com a ausência de políticas defensoras das pequenas empresas. Desta forma, a política adotada sempre foi maior no sentido de multiplicar as exportações em larga escala ao invés de incentivar a pequena empresa que é propulsora da redução na desigualdade social.

A legislação do Bloco sempre foi extremamente pobre em relação ao microempreendedorismo, prevendo políticas de apoio às pequenas empresas sem metas efetivas ou prazos para cumprimento. Somente nas decisões mais recentes do Bloco Econômico é que se verificou alguma atenção para com o setor.

Os números ainda não tiveram grande impacto, até porque, as inovações citadas são recentíssimas, surgindo então a necessidade de trazer à tona a importância que o setor possui frente ao progresso social e econômico, possibilitando a realização de debates assíduos sobre o tema, deixando evidente aos governos que não haverá reestruturação social se não concedida a atenção e os incentivos necessários às pequenas empresas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana dos Santos. **Vantagens e Desvantagens do Simples Nacional**. Disponível em: <<http://www.lume.>

38 MARTINS *apud* LIGI, Luciano. **Mercosul - 20 anos**. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2598:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 05 jul. 2016.

ufrgs.br/bitstream/handle/10183/25729/000751600.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 jul. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAPEL FILHO, Hélio. **A Função Social da Empresa**: adequação às exigências do mercado ou filantropia? Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos911/a-funcao-social/a-funcao-social2.shtml>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DEVITTO, Lucas Hercules. **A microempresa e sua função social**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090220160425830&mode=print>. Acesso em: 07 jul. 2016.

FELDMANN, Paulo. **Pequena empresa não ganha eleição**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opinia/20953-pequena-empresa-nao-ganha-eleicao.shtml>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

INDRIUNAS, Luis. **Como funcionam as micro e pequenas empresas**. Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/micro-e-pequenas-empresas-no-brasil1.htm>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

LIGI, Luciano. **Mercosul - 20 anos**. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2598:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 05 jul. 2016

LUCENA apud Anal do 2º Congresso UFSC de Controladoria e Finança. Disponível em: <<http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/anais/2CCF/20080718093058.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

MAZZI, Carolina. Barreiras da Argentina são reflexo de política fracassada do MERCOSUL. **Jornal do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/economia/noticias/2012/06/25/barreiras-da-argentina-sao-reflexo-de-politica-fracassada-do-mercosul/>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **Microempresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2735/as-micro-e-pequenas-empresas-como-propulsoras-do-desenvolvimento-economico-e-social>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

SILVA, Ildete Regina Vale da Silva; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade**: o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015.

SOLOMON, Steven. **A Grande Importância da Pequena Empresa**: A Pequena Empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo. Rio de Janeiro: Nórdica. 1986.

VIDAL, Rafael de Mello. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul**. Brasília: FUNAG, 2011.

VIDO, Elisabete. **Manual de Direito Empresarial**. Salvador: Jus Podivm, 2012.



HALBWACHS E BERGSON: DA MEMÓRIA COLETIVA ÀS ONTOLOGIAS DA MEMÓRIA

Murilo Duarte Costa Corrêa¹

Resumo: O presente ensaio visa analisar as relações de proximidade e distância entre os conceitos de memória coletiva, de Maurice Halbwachs, e uma ontologia da memória, tal como desenvolvida por Henri Bergson. Da descrição das formas psicológicas pelas quais Halbwachs se apropria criticamente da experiência da duração bergsoniana, reconstrói-se, em um primeiro plano, a dimensão coletiva de seu conceito de memória. Em um segundo momento, o conceito de Halbwachs é confrontado com a concepção ontológica e diferencial da memória bergsoniana, estruturada a partir de um registro ontológico virtual, a fim de melhor compreender sua realidade.

Palavras-chave: Memória. Memória Coletiva. Duração. Ontologia.

HALBWACHS AND BERGSON: FROM COLLECTIVE MEMORY TOWARDS THE MEMORY'S ONTOLOGIES

Abstract: *This essay aims to analyze proximity and distance relations among collective memory – a concept by Maurice Halbwachs – and memory's ontology, as it was developed by Henri Bergson. The main theme departs from Halbwachs' psychological model of appropriation of Bergson's durational experiences to build-up the collective dimension of memory. In a second moment, his sociological gesture comes across an ontological and differential conception of memory that structures itself as a virtual ontological register, aiming to arrive towards a better comprehension of its reality.*

Keywords: *Memory. Collective Memory. Duration. Ontology.*

No epicentro de qualquer investigação sobre a memória insinuam-se ao menos duas dimensões problemáticas: a persistência da memória, na qual estão em jogo as relações entre a lembrança e o esquecimento – compreendido como o progressivo apagamento dos rastros mnemônicos individuais ou coletivos –, e os potenciais de experiência da memória, irreduzíveis à representação, uma vez que o real excede as justaposições do figurativo e do abstrato.

Se o complexo “memória-esquecimento” coloca em xeque os registros da conservação da memória em si mesma em relação à possibilidade de seu pró-

prio aniquilamento, o par “experiência-representação” permite compreender de que maneira Bergson ou Freud puderam afirmar a conservação do passado em si mesmo, ao mesmo tempo em que, aberto ou não pelo esquecimento, o passado agiria no presente por ressonâncias a cada atualização. Encontramo-nos diante de uma ideia de memória que, tomando parte na dimensão da representação, excede-a no registro ontológico da experiência (e.g., como sintoma, cadeias de afectos que a obra de arte desperta nos corpos, experiência arquitetônica ou monumental).

¹ Professor Adjunto de Teoria Política na Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (SCJ/DDE/UEPG). Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

Para formular sua memória coletiva, Maurice Halbwachs parece não interiorizar todo o sentido da memória em Bergson. Por rechaçar o tempo da metafísica como um tempo vazio, Halbwachs parece reduzir a experiência do tempo às possibilidades de sua representação e partilha por um grupo social determinado, chegando, assim, à formulação das relações entre as representações impessoais criadoras de um sentido coletivo de temporalidade.² No entanto, com isso faz coincidir representação e experiência coletivas, e remove do tempo seu caráter essencialmente diferenciante em proveito de cortes e representações imóveis e espacializadas. A crítica de Halbwachs ao conceito de duração individual de Bergson – válida se este tivesse pensado a memória exclusivamente do ponto de vista psicológico – não alcança os deslocamentos que a dimensão propriamente ontológica da memória assumiu nos textos bergsonianos que se seguiram a *Matéria e Memória*.

Halbwachs tinha razão ao insurgir-se contra o hábito de pensar a memória como um fenômeno exclusivamente pessoal, individual, psicológico e interno.³ Eis o que o leva a afirmar que as lembranças se agrupariam não apenas ao redor de centros pessoais, mas seriam igualmente distribuídas no registro coletivo (HALBWACHS, 1997, p. 97). No interior da obra de Halbwachs, emerge uma antevisão da memória coletiva como experiência no instante em que se afirma que os quadros sociais da memória excedem os da história, de forma tal que, de um lado, tais quadros são como “*courants de pensée et d’expérience où nous retrouvons notre passé que parce qu’il en a été traversé*”, “*courant de pensée continu*”; de outro, a memória coletiva não se reduz à memória histórica por não se encontrar integralmente vertida nela (HALBWACHS, 1997, p. 113 e p. 131).

Eis o que sugere que, em *La Mémoire Collective*, a memória histórica desempenha o papel da representação (datas, nomes, fórmulas, eventos vazios) ao passo em que a memória coletiva parece apelar a algo a mais, irreduzível à dimensão eventual da história – daí a importância da vida da criança, a que mais mergulha nos meios sociais, e das lembranças infantis, as mais pessoais (HALBWACHS, 1997, p. 118-121). Por isso sequer seria possível falar em memória histórica: ponto de vista adulto contra o qual obram as memórias infantis.

Uma vez que a história constitui uma continuidade artificial, Halbwachs (1997, p. 130) conclui que “*la mémoire collective ne se confonde pas avec l’histoire*”.

2 Nesse preciso sentido, Halbwachs concebe a memória individual como um epifenômeno da memória coletiva, subordinando aquela à esta: “*Tout rappel d’une série de souvenirs qui se rapportent au monde extérieur s’explique donc par les lois de la perception collective*” (HALBWACHS, 1997, p. 87); “[...]chaque mémoire individuelle est un point de vue sur la mémoire collective[...]” (HALBWACHS, 1997, p. 94).

3 Contra essa concepção, demasiadamente habitual da memória no início do século XX, Halbwachs não cessou de afirmar que “*On n’est pas encore habitué à parler de la mémoire d’un groupe, même par métaphore*” (HALBWACHS, 1997, p. 97).

A memória coletiva, ao contrário, concebe-se como fluxo de pensamento contínuo, retendo do passado apenas aquilo que há de vivo e pode manter-se na consciência do grupo que a conserva, com limites irregulares e incertos que operam na contracorrente das periodizações estanques e divisões simples da história.

Porém, se a distinção entre memória coletiva e memória histórica pode sugerir que somos apanhados bruscamente pelo plano da experiência, a contrapelo da representação, Halbwachs logo cuida de tornar a memória coletiva imanente a um objeto = X. É apenas ao rechaçar a existência de um analogado à história universal no plano da memória, algo como uma memória universal, que Halbwachs (1997, p. 137-138) pode sustentar a existência de uma multiplicidade de memórias coletivas imanentes a grupos delimitados no tempo e no espaço. Embora não retenha apenas semelhanças, a memória coletiva não demora a ser definida como “*un tableau de ressemblances*” no interior do qual os múltiplos grupos reconhecem e conservam sua identidade através do tempo.

Essa definição de memória coletiva confirma o gesto sociológico que habita o pensamento de Maurice Halbwachs: trata-se de falar da memória coletiva como das múltiplas correntes de pensamento imanentes a um grupo social determinado no tempo e no espaço. Toda multiplicidade será subordinada à existência vária dos grupos sociais, será imanente a eles; não será, pois, nunca interna à própria concepção de uma memória coletiva, inteiramente subordinada ao regime das semelhanças, da conservação e da identidade de grupo.

Assim parecemos haver atingido o fundo ontológico sobre o qual se recorta a sociologia da memória de Halbwachs: o conceito de memória coletiva é erigido na dimensão da experiência concreta, em fuga do universal e da representação, mas, paradoxalmente, conserva, da dimensão da representação, os fragmentos de sua idealidade transcendente.⁴ Por mais concretas que sejam, como as noções de identidade e semelhança dadas no interior de grupos sociais reais não remeteriam, uma vez mais, a uma ontologia eidética em que a memória social concreta constrói-se a partir de uma relação privilegiada de subordinação entre consciência coletiva, identidade e semelhança? Como não ver no apelo à existência concreta de dado grupo social – cuja singularidade sequer recebe descrição, senão generalizante – o retorno do universal que se julgava conjurar no tempo histórico?

Os retornos do universal e da representação são uma vez mais confirmados pela crítica que Halbwachs

4 A redução da memória coletiva à memória e à identidade dos grupos aponta para a fragilidade da transcendência do próprio fato sociológico durkheimiano de que parece aproveitar-se Halbwachs. Não seria impossível encontrar sua crítica no interior da própria filosofia bergsoniana: “*O que chamamos ordinariamente um fato não é a realidade tal como apareceria a uma intuição imediata, mas uma adaptação do real aos interesses da prática e às exigências da vida social*” (BERGSON, 1999, p. 213-214). Eis o que torna preciso suplementar o fato com uma ontologia: o concreto e o atual não esgotam a realidade, pois não atingem, senão como efeitos seus, o registro do virtual.

dirige à memória psicológica e ao conceito bergsoniano de duração – que parece padecer de uma incompreensão central – e à leitura que realiza do conceito de memória em Bergson – que, comprimida à sua faceta psicológica, sequer resvala em uma ontologia. Ambas dão conta da incompreensão das relações entre a ontologia bergsoniana da memória e a diferença: única ideia capaz de conjurar a supremacia da personalidade (alvo privilegiado de Halbwachs), da representação e do universal no campo da memória – mas isso, como veremos, implica que Bergson tenha de ir além da memória coletiva de Halbwachs, e afirme a correspondência entre memória, devir, inconsciente e real.

A crítica à duração bergsoniana, construída especialmente no capítulo sobre a memória coletiva e o tempo, apropria-se exclusivamente de seu sentido psicológico. Em torno da pergunta sobre as origens de um tempo socialmente partilhado, Halbwachs (1997, p. 143-192) retoma a sensação psicológica da duração de seu mestre, na tentativa de demonstrar que assim como a experiência da memória coletiva não poderia recompor-se a partir de representações históricas, tampouco as divisões de uma experiência coletiva do tempo seriam dedutíveis da duração psicológica individual. Isso sugere um paralelismo entre representação da memória histórica, efeito de uma experiência adulta do tempo, e sensação individual da duração, cujas fontes seriam as múltiplas consciências pessoais, nas quais não se poderia cogitar de uma referência para o tempo comum e para as divisões convencionais do tempo – antes naturais, materiais e exteriores que psicológicas, espirituais ou interiores.

Recusando uma vez mais a universalidade de uma duração que abarcasse todos os seres, resumida em uma sequência descontínua de momentos, Halbwachs (1997, p. 149) descreve a simultaneidade bergsoniana como a saída desses pensamentos isolados e sua fusão “dans une représentation plus large, qui enveloppe à la fois les consciences et leur rapport entre elles”. A diferença que Halbwachs (1997, p. 151) concebe não se encontra em um registro ontológico, mas psicológico da duração: “des états distincts et nettement séparés sont sans doutes différents”; porém, continua Halbwachs, se tais estados forem considerados como uma realidade distinta no tempo, destacando-os da corrente à qual se encontravam presos, como poderiam ser considerados diferentes, ou como não seriam projetados no espaço?

A crítica de Halbwachs a Bergson radica em uma negligência para com a ontologia e a concepção de diferença em Bergson. É a sua relação com a duração psicológica e as condições da intuição metafísica que permitem abandonar, sob a forma de um método filosófico rigoroso, o seio das durações pessoais em direção à duração em sentido ontológico – aquele mesmo tempo que, para Halbwachs, aparece como representação abstrata, recaída no espaço e, portanto, capaz de atingir o coração do pensamento bergsoniano.⁵

A tese de Halbwachs consiste em, analisando o conceito de simultaneidade, descartar a existência de durações individuais impenetráveis umas às outras – o que, aliás, nunca foi afirmado pela filosofia bergsoniana – e em afirmar a superioridade da duração coletiva como o fundo sobre o qual vêm cintilar todas as durações individuais.

O tempo coletivo é atravessado por múltiplas correntes do pensamento coletivo, tão numerosas quanto sejam os grupos sociais que delas partilham; cada grupo é constituído, mais que por justaposição de indivíduos determinados, por interesses, ordens de ideias e preocupações que os particularizam e definem como grupo, refletindo a personalidade de seus membros; porém, segundo Halbwachs (1997, p. 182), tais elementos definidores permaneceriam ainda assim suficientemente generalizados e impessoais para constituírem um elemento estável e permanente do grupo – sentido a partir do qual se pode reconstruí-lo, testemunhando a permanência do tempo social. É precisamente essa subsistência do tempo coletivo que será erigida à condição da memória (HALBWACHS, 1997, p. 189), a qual só pode ter lugar em um contexto espacial, realidade que dura (Idem, *ibidem*, p. 209).

A relação Halbwachs-Bergson sugere, ainda, um outro e mais breve quadro de desenvolvimento: aquele implicado pela concepção que Halbwachs nutre sobre o conceito bergsoniano de memória. Embora essa interpretação insinue-se sob o fundo de toda concepção de memória atribuída a Bergson, ela encontra em uma passagem muito singular uma apropriada enunciação:

[...] il n'ya pas dans la mémoire vide absolu, c'est-à-dire des régions de notre passé à ce point sorties de notre mémoire que toute image qu'on projette ne peut s'accrocher à aucun élément de souvenir et demeure une imagination pure et simple, ou une représentation historique qui nous resterait extérieure. On n'oublie rien. Mais cette proposition peut être entendue en des sens différents. Pour Bergson, le passé demeure tout entier dans notre mémoire, tel qu'il a été pour nous ; mais certains obstacles, en particulier le comportement de notre cerveau, empêchent que nous en évoquions toutes les parties. (HALBWACHS, 1997, p. 126).

Com efeito, Halbwachs compreende o sentido psicológico do conceito bergsoniano de memória; compreende, exclusivamente sob a perspectiva das consciências individuais, o mecanismo de conservação do passado na memória, o reconhecimento do passado

conceitos representativos e espacializados encontra-se reafirmada em uma carta que Bergson escreve a um de seus mais jovens e célebres monografistas, Gilles Deleuze: “A une dame qui me demandait un jour de lui exposer ma philosophie en quelques mots qu'elle puisse comprendre, j'ai cru bon de faire la réponse suivante : «Madame, j'ai dit que le temps était réel, et qu'il n'était pas de l'espace. [...] Enfin, disais-je, le temps est réel. Mais quel temps, et quelle réalité ? Toute la question est là, vous l'avez fort bien perçue». Disponível em: <<http://www.ciepfc.fr/spip.php?article15>>, reproduzida a partir da Revue *Critique*, nº 732, maio 2008.

5 A recusa bergsoniana em conceber a duração e o tempo como

por imagens etc. Sua crítica não atinge, porém, a dimensão ontológica da memória e a coextensão bergsoniana entre memória e esquecimento, segundo a qual o esquecimento sob o ponto de vista das consciências individuais funciona positivamente, como um mecanismo de atenção à vida no princípio de consciência inerente a todo organismo.

Por permanecer essencialmente atrelada à concepção de que a duração daquilo que Bergson fala é ora uma representação abstrata de um tempo universal que envolveria todos os seres, ora a interiorização de uma sensação demasiadamente pessoal e impenetrável de uma consciência individual, a relação de Halbwachs com seu mestre deve aparecer sob a forma – sem dúvida criativa – de uma especial negligência para com a ontologia bergsoniana. Eis o que condenou o projeto de construir um conceito de memória coletiva escapando da representação e dos universais, uma vez acossado pelos quadros sociológicos durkheimianos, a jamais poder ser conduzido até suas últimas consequências, no seio das quais, talvez, Halbwachs tivesse encontrado uma filosofia da diferença – já presente em Bergson – como sustentáculo a-representativo e singularizante de sua memória coletiva.

* * *

Falta explicar de que maneira se pode compreender a diferença como intensidade capaz de edificar uma ontologia da memória em Bergson. Ela se insinuará ao passo em que definirmos, em rápidas linhas, o sentido de duração para Bergson, o tempo como diferença ou devir e seu sentido positivo, sua realidade plena e seu registro virtual, a fim de entender como pode haver uma duração “universal” compreendida como um tempo de uma só vez uno e múltiplo, comum e diferenciante.⁶

O problema da duração em sentido psicológico surge, para Bergson, a partir do *Ensaio sobre os dados imediatos da consciência* (1889). Nele, a noção de simultaneidade já aparece mobilizada, mas em torno do conceito de número como multiplicidade descontínua: a representação essencialmente divisível da justaposição e conservação de unidades distribuídas em determinado espaço homogêneo (BERGSON, 1988, p. 59-61). Por oposição, o método bergsoniano de divisão conceituará a duração psicológica como uma espécie de multiplicidade distinta – qualitativa, dos fatos da consciência –, caracterizada pela sucessão, por certa indivisibilidade,⁷ heterogeneidade, intensidade; é não-representativa, tampouco simbólica (BERGSON, 1988, p. 62-97). Mesmo a procura pela ação livre, problema central do Ensaio, subordina-se ao fato de que “[...] o eu e os próprios motivos [de uma deliberação]

estão num constante devir [...]” (BERGSON, 1988, p. 127; ainda, cf. JANKÉLÉVITCH, 2008, p. 28-79). Assim, Bergson insurge-se contra o que considera ter sido o engano de Kant: “tomar o tempo por um meio homogêneo” (Idem, ibidem, p. 159), confundindo o tempo com sua representação simbólica. É ainda nesse preciso sentido, o da unidade da duração, que Bergson procura distinguir o movimento, como ação una e duracional, do espaço por ele percorrido – por definição extenso e infinitamente divisível; confusão que teria originado a própria metafísica ocidental a partir dos sofismas da escola de Eleia (BERGSON, 2005, p. 333-346; BERGSON, 1988, p. 164), fixando no coração do tempo a condição de eternidade imóvel.

Em textos posteriores, como a introdução escrita por ocasião da publicação de *O Pensamento e o Movimento* (1934), Bergson (2006a, p. 79) denota que a duração psicológica não se confunde com o conceito de duração, tampouco instaura seu sentido, mas foi utilizada como um exemplo ao qual se pôde aplicar o método da intuição filosófica, de forma que “A experiência estava ao alcance de todos”. Em sentido mais amplo, a duração será definida como “o progresso contínuo do passado que rói o porvir e incha ao avançar” (BERGSON, 2005, p. 05), ou mesmo como o próprio real: “a essência da duração é fluir [...], é a continuidade de transição, é a própria mudança” (BERGSON, 2006a, p. 09-10).⁸ A vida interior teria sido, portanto, apenas o primeiro dos campos da experiência de seu método metafísico (Idem, ibidem, p. 101).

Se a interioridade não define o conceito de duração é porque, embora o espírito seja uma realidade, não pode esgotá-la completamente (DELEUZE, 2007, p. 25). É precisamente a partir do outro extremo do real, a matéria, que Bergson busca compreender as relações entre o corpo e a alma, fundando-as em uma ontologia que divide o real em duas metades ímpares: atual e virtual, como dois fluxos de um tempo cosmológico. É no seio dessa dinâmica aparentemente dual que a distinção percepção-lembrança, coextensiva à distinção corpo-espírito, pode fundar uma ontologia virtual para a memória, que alcançará, no limite, o próprio inconsciente, impessoal e estranho às representações.

Uma vez que a experiência concede-nos apenas mistos (DELEUZE, 2007, p. 11-12), o método da divisão do bergsonismo procurará o ponto em que a própria percep-

6 Nesse sentido, Lapoujade (2010, p. 18) afirma: “[...] l’avenir chez Bergson ne se comprend qu’à partir du passé [...]”.

7 Indivisibilidade, alerta Gilles Deleuze, significa que a duração é uma multiplicidade que muda de natureza ao dividir-se (DELEUZE, 2007, p. 36).

8 Em *A Evolução Criadora*, Bergson fornece um conceito de duração real que parece sustentar-se sobre sua própria força expressiva, ao mesmo tempo em que oferece uma antevisão da dinâmica que há entre repetição e diferença: “A duração real é aquela que morde as coisas e nelas deixa a marca de seus dentes. Se tudo está no tempo, tudo muda interiormente e a mesma realidade concreta não se repete nunca. A repetição, portanto, só é possível no abstrato: o que se repete é tal ou tal aspecto que nossos sentidos e sobretudo nossa inteligência destacaram da realidade justamente porque nossa ação, para a qual todo o esforço de nossa inteligência está voltado, só pode mover-se em meio a repetições. Assim, concentrada sobre aquilo que se repete, unicamente preocupada em soldar o mesmo ao mesmo, a inteligência desvia-se da visão do tempo. Repugna o fluente e solidifica tudo o que toca. Nós não *pensamos* o tempo real. Mas nós o vivemos, porque a vida transborda a inteligência” (BERGSON, 2005, p. 50).

ção, demasiadamente atual e presente – o corpo tal como ele é afetado pela matéria, a consciência, tal como se representa essa afecção –, constitui uma memória, implica uma relação com a dimensão real do espírito.

O método da intuição implica que não se pode atingir o passado tal como ele é se não nos colocarmos nele de início (BERGSON, 1999, p. 158; ainda, LEOPOLDO e SILVA, 1994, p. 277-289), seguindo o movimento pelo qual se torna imagem presente. Ao mesmo tempo, trata-se de encontrar por meio de divisões sucessivas e individualizantes o ponto no qual os dualismos convergem e formam os mistos entregues à experiência, o estreitamento em que a lembrança entra na percepção (DELEUZE, 2007, p. 21).

Toda a metafísica acreditou ver uma diferença apenas de grau entre a lembrança e a percepção. Iludindo-se, furtou-se a compreender que percepção e lembrança implicam a divisão entre presente e passado: o que me interessa, “vive para mim” (BERGSON, 1999, p. 160) na dimensão da ação eficaz, e o que é essencialmente impotente, análogo ao gesto do sonhador (Idem, ibidem, p. 90). O presente corresponderia a um sistema sensório-motor, na ponta do qual age um princípio seletor da atualização de lembranças úteis, reunidas em torno da previsão e da ação. Assim, o presente torna-se a consciência que tenho de meu corpo, a materialidade de suas sensações atuais, que não podem confundir-se com as lembranças puras, por mais que aquelas sensações tenham sido engendradas por elas.

A consciência é a marca característica do presente, do atualmente vivido, daquilo que existe, age como ação real de eficácia imediata, círculo mais próximo entre corpo e matéria, a percepção constitui a mais atual das lembranças, a secção mais contraída de meu passado⁹. No passado, na dimensão ora da lembrança, ora na distensão da consciência sonhadora, Bergson (1999, p. 165-190) localizará o registro ainda psicológico do inconsciente.

Não demora, porém, para que o inconsciente trave relações com o que Bergson denomina a sobrevivência da memória em si mesma, em um registro ontológico propriamente virtual. Se o corpo e as sensações percebidas como provocadas pela matéria constituem o registro atual sobre o qual uma consciência se aplica, a memória – de todo ilocalizável no cérebro – condiz com aquilo que não age. A sobrevivência em si mesma do passado deve ser admitida, primeiro, porque as imagens percebidas em dado momento não esgotam a totalidade da matéria; segundo, porque da mesma forma como não há razão para afirmar que quando deixamos de perceber os objetos materiais eles deixam de existir, não se pode afirmar que o passado, uma vez percebido, se apaga (BERGSON, 1999, p. 166).¹⁰

9 Dizemos “secção” por alusão à imagem do célebre cone invertido, a partir do qual Bergson exprime as relações entre alma e corpo, memória e percepção (BERGSON, 1999, p. 190).

10 Por isso, Bergson (1999, p. 168) afirma: “A parte não percebida do universo material, carregada de promessas e de ameaças, tem

O passado sobrevive em si mesmo, porém, sem interesse imediato, soterrado por um esquecimento que opera na consciência como um mecanismo de atenção à vida (BERGSON, 2005, p. 5). Em geral, é o esquecimento que coloca em xeque a relação entre memória e ontologia; é em função dele, entrevisto como positividade vitalista,¹¹ que Bergson devolve à consciência seu papel e conceitua a memória fazendo-a coincidir com a própria realidade. A um só tempo, o inconsciente desempenha um papel de mesmo tipo enquanto não percebemos a totalidade da matéria e enquanto uma lembrança não reaparece a uma consciência individual (BERGSON, 1999, p. 169-170). Aliás, objetos não percebidos no espaço e lembranças inconscientes no tempo, afirma Bergson (1999, p. 171), não são formas radicalmente diferentes de existência.

Afastada a confusão entre ser e ser presente, Bergson (1999, p. 175) pode dizer que o passado não deixa de ser, mas apenas deixa de ser atual, útil, conservando-se em si mesmo em um registro virtual; porém, no instante em que se questiona sobre como o passado que já não é mais presente pode conservar-se, assistimos ressurgir o conceito de simultaneidade, mas não mais atrelado à ideia de espaço, como no *Ensaio*.

A memória do corpo, que o hábito organiza, implica os aparelhos sensório-motores de atenção à vida e ao presente, que fornecem às lembranças impotentes e inconscientes a possibilidade de atualizarem-se a partir da memória pura. A percepção age na ponta mais extrema do presente e prolonga-se em reações, na esfera da ação; ao notarmos que mal chamamos presente a este instante e ele já se encontra caído, descarnado, passado, compreendemos que mesmo a percepção mais vívida é, já, conteúdo da memória, ao passo em que o instante mais atual é contemporâneo de seu desaparecimento e queda no passado, na impotência ou no sonho. Não há percepções puras, pois toda percepção já faz corpo e implica uma síntese com a memória da sensação corpórea. Na percepção temos um tempo presente simultâneo à sua passagem, virtual: corpo-espelho da causa de suas afecções; afecção-reflexa de um estímulo material percebido que é agido no corpo; perceber torna-se apenas a forma mais contraída do lembrar.

Se, por outro lado, colocamo-nos diretamente na porção mais distendida do espírito, escovando a contrapelo a inteligência e a consciência, encontraríamos o fundo diferencial da memória pura, porque “duas lembranças não são jamais identicamente a mesma coisa” (BERGSON, 1999, p. 196) e passado e presente diferem por natureza; não em grau. Entre o veio vívido da percepção atual e o seio inconsciente da memória pura, uma infinidade de círculos designam repetições

portanto para nós uma realidade que não podem nem devem ter os períodos atualmente não percebidos de nossa existência passada”.

11 Ao revés de toda uma tradição que insistiu em considerar o caráter negativo do esquecimento (RICOEUR, 2000, p. 536-553), o vitalismo bergsoniano recorda o nutrido por Nietzsche (2004, p. 91-169; e 2008, p. 47), que encarava o esquecimento como uma função vital à manutenção da boa consciência, não como a negação da memória.

mais ou menos contraídas da totalidade de nosso passado. Planos diferenciais de passados mais contraídos coexistem virtualmente com planos mais distendidos e mais próximos da memória pura (BERGSON, 1999, p. 196-200).

O corpo serve de limite à vida do espírito, enquanto a percepção mede nossa ação virtual sobre a matéria. A memória não é, pois, armazenada no corpo, embora ele selecione as lembranças em função de seu interesse para o presente. Nesse sentido, memória não pode ser matéria (cérebro, corporalidade, percepção), mas, antes, a matéria, uma vez percebida e vertida na duração é que deriva da memória (BERGSON, 1999, p. 213).

Se pudemos apreender de que forma a simultaneidade é vertida em coexistência virtual de um passado integral consigo mesmo e com o próprio presente, como seu nível mais contraído, falta compreender de que modo podemos falar de uma coextensão entre nossa duração e o que Bergson chama tempo em geral, tempo comum, tempo universal, e qual seu estatuto; mais, falta estabelecer como se pode cogitar que durações próprias e distintas sejam atravessadas por um tempo em comum sem que isso signifique que sejam dadas como que no espaço.

Nossa duração, percebida por nossa consciência, concebe apenas um número bastante limitado de fenômenos conscientes; ela coexiste com durações de outros ritmos, sucessões naturais mais rápidas, imperceptíveis e que constituem, em si mesmas, um absoluto; eis o que testemunha que não há um único ritmo para a duração (BERGSON, 1999, p. 243).

Apenas a supressão de nossas consciências poderia fazer supor a visão de ritmos infinitamente mais contraídos e distendidos que a velocidade própria a nossas durações interiores. Há qualidades nas coisas como nas consciências; assim, “il faut que les choses durent à leur manière” (DELEUZE, 2007, p. 44), de forma tal que a duração psicológica não seja senão um caso exemplar e uma abertura ao horizonte ontológico e múltiplo da duração.

O colocar-se de início no passado, a que Deleuze chamará *salto* na ontologia, é ao mesmo tempo um salto no inconsciente, que não designa a realidade psicológica fora da consciência, como para Freud,¹² mas a realidade não-psicológica, o ser tal como é em si (DELEUZE, 2007, p. 50), região para além da lembrança atualizada em imagens e perceptos. A coexistência de todos os níveis do passado é logo estendida à totalidade do real: o universo passa a uma formidável Memória (DELEUZE, 2007, p. 76).

É em *A evolução criadora* (1907) que a própria vida é comparada a uma memória virtual da qual partem e diferem as linhas divergentes da evolução.¹³ É da

inscrição do tempo no ser vivo que se trata: o embrião constitui um registro contínuo de duração, “uma persistência do passado no presente, (...) uma aparência de memória orgânica” (BERGSON, 2005, p. 21).

Que em *Duração e Simultaneidade* (1922) o tempo seja dito uno, universal e impessoal, não significa que Bergson (2006b) tenha renunciado à ideia de multiplicidade do tempo: a diversidade dos fluxos substituirá, segundo Deleuze (2007, p. 79), a dos ritmos. Não se trata, porém, das multiplicidades atuais, numéricas e descontínuas, mas das virtuais, contínuas e qualitativas. Um único tempo, que se confunde com a duração como multiplicidade virtual, compreende a existência de uma infinidade de fluxos atuais que coexistem num todo virtual. Assim, a simultaneidade afiança a duração como coexistência virtual de diversos fluxos que comportam diferenças de graus, de contração e distensão, de ritmos, mas que participam de um único tempo que implica uma multiplicidade virtual.

Resta, em um último gesto, caracterizar a natureza dessa multiplicidade virtual – movimento que permitirá atrelá-la a uma filosofia da diferença.¹⁴ A recusa da ideia de possível implica que as atualizações que partem do virtual em direção ao atual sejam diferenciações. Tal recusa mostrar-se-á coextensiva à recusa de sua interna negatividade (BERGSON, 2006a, p. 103-121). O possível seria o fantasma descarnado do real, fruto de um movimento retrospectivo e ilusório de nossa inteligência – o que faz com que toda realização subordine-se à semelhança e à limitação, ao passo em que todo real só pode constituir a metade concreta de seu possível. O virtual, de seu lado, ao transportar-se ao estado de atual, já não se subordina à semelhança e à limitação, mas às regras de diferença e criação (DELEUZE, 2007, p. 100), criando suas linhas de diferenciação em que se diferencia enquanto se atualiza e dura.

Bergson impessoaliza e ontologiza a memória progressivamente, fazendo-a confundir-se com um registro virtual da própria realidade. Nesse sentido, o método da intuição não pode ser plenamente compreendido se for captado a partir de sua feição puramente psicológica, especialmente quando Bergson parece construir uma memória impessoal, a-subjetiva, não-representativa, virtual e real, positiva e ativa, mesmo sob a forma mais contraída no instante atual.

Ao recusar o possível, Bergson recusa que já es-

12 É certo que o próprio Bergson (2009, p. 107) declara que se aproxima à teoria dos sonhos de Freud, mas isso não significa, como Deleuze mostra, que compartilhe de sua concepção psicológica de inconsciente.

13 “Nosso sol irradia calor e luz para além do planeta mais longín-

quo. E, por outro lado, move-se arrastando consigo os planetas e seus satélites, em uma direção determinada. O fio que o prende ao resto do universo é sem dúvida bastante tênue. No entanto, é por esse fio que se transmite, até a menor parcela do mundo em que vivemos, a duração imanente ao todo do universo. O universo dura. Quanto mais aprofundamos a natureza do tempo, melhor compreendemos que duração significa invenção, criação de formas, elaboração contínua do absolutamente novo”. (BERGSON, 2005, p. 11-12); e, ainda, Deleuze (2007, p. 96): “Tout se passe comme si la Vie se confondait avec le mouvement même de la différenciation, dans des séries ramifiées”.

14 Cf., para tanto, as duas definições de virtual, como o passado que jamais fora atual e como reserva ou conjunto de potencialidades indeterminadas, de David Lapoujade (2010, p. 18-22).

teja tudo dado em proveito da criação universal,¹⁵ movimento cosmológico e unívoco da duração, no qual a memória constitui o seio do qual provêm linhas de divergência, mantendo-se, segundo a fórmula proustiana que Deleuze gostava de citar, “real sem ser atual; ideal sem ser abstrata”.

REFERÊNCIAS

BERGSON, Henri. *A energia espiritual*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *A evolução criadora*. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Duração e simultaneidade*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

_____. *Ensaio sobre os dados imediatos da consciência*. Tradução de João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. *Matéria e memória*. Ensaio sobre a relação do corpo com o espírito. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *O pensamento e o movente*. Ensaio e conferências. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

_____. Trois lettres de Henri Bergson à Gilles Deleuze. *CIE-PFC*: Centre International d'Étude de la Philosophie Française Contemporaine. Disponível em : <<http://www.ciepfc.fr/spip.php?article15>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

DELEUZE, Gilles. *Le bergsonisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.

HALBWACHS, Maurice. *La mémoire collective*. Édition critique établie par Gérard Namer. Paris: Albin Michel, 1997.

JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *Henri Bergson*. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

LAPOUJADE, David. *Puissances du temps: versions de Bergson*. Paris: Les Éditions de Minuit, 2010.

LAZZARATO, Maurizio. *As revoluções do capitalismo*. Tradução de Laura Corsini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEOPOLDO e SILVA, Franklin. *Bergson: intuição e discurso filosófico*. São Paulo: Loyola, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Considérations inactuelles*: deuxième partie. De l'utilité et des inconvenients de l'histoire pour la vie. Traduction par Pierre Rusch. Paris: Gallimard, 2004.

_____. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000.

15 A recusa do possível, e de que tudo esteja dado de antemão, nascida com Bergson, acaba por encontrar, hoje, interessantes repercussões práticas com a interpenetração entre ontologia e política sugerida por autores como Maurizio Lazzarato (2006, p. 9-57), em conexão com a monadologia de Gabriel Tarde (2007).



JULGAMENTO COLEGIADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA: O MAGISTRADO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Fabrcio Bittencourt da Cruz¹

Resumo: A Lei 12.694/2012 prevê regras destinadas à segurança pessoal de magistrados, entre elas o julgamento colegiado, em primeiro grau de jurisdição, de crimes praticados por organizações criminosas. Estima-se que o princípio do juiz natural seja trazido à tona como argumento em prol da inconstitucionalidade a medida, especialmente porque apenas um dos magistrados exerce jurisdição prévia para julgamento de crime praticado por organização criminosa e porque a formação do colegiado ocorre *a posteriori*. Sustento que a inovação decorre de legítima ponderação legislativa entre direitos fundamentais.

Palavras-chave: Julgamento colegiado. Primeiro grau de jurisdição. Magistrado. Ponderação. Direitos fundamentais.

Abstract: Law 12,694 / 2012 provides rules for personal security of judges, including the collegial judgment in the first degree of jurisdiction, in cases of crimes committed by criminal organizations. It is estimated that the principle of natural justice is brought up as an argument in favor of the measure unconstitutional, especially because only one of the judges shall exercise jurisdiction prior to trial crime committed by a criminal organization and because the formation of the joint committee is *a posteriori*. I argue that innovation stems from legitimate legislative balance between fundamental rights.

Keywords: Collegial judgment. First degree of jurisdiction. Magistrate. Weighting. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A Lei 12.694, de 25 de julho de 2012,² destaca-se por diversas inovações,³ além de conferir tratamento normativo a questões de grande relevância quanto à segurança de magistrados, tais quais o julgamento colegiado, em primeiro grau de jurisdição, de crimes praticados por organizações criminosas.

Segundo o art 1º, a formação do colegiado em primeiro grau constitui faculdade condicionada apenas à decisão do juiz que considere necessário o julgamento coletivo para a prática de qualquer ato processual.

A decisão deve conter a indicação fundamentada dos motivos e das circunstâncias que acarretem risco à integridade física do magistrado. O órgão colegiado é composto pelo juiz do processo e por dois outros

1 Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre pela PUC-PR. Especialista pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-graduado pela Escola da Magistratura. Especialista pela Escola do Ministério Público. Secretário-geral do Conselho Nacional de Justiça. Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça. Magistrado Instrutor no Supremo Tribunal Federal (2013-2014). Juiz Federal. Ex-promotor de Justiça. Professor na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professor na Escola da Magistratura do Paraná. Professor na Escola da Magistratura Federal do Paraná.
E-mail: fabriciobittcruz@gmail.com

2 BRASIL. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. Diário Oficial da União. Seção 1. 25 jul. 2012. p. 3.

3 Definição de organização criminosa, confisco de valores equivalentes e alienação antecipada de bens apreendidos para se evitar deterioração.

magistrados, escolhidos via sorteio eletrônico entre os que desempenhem jurisdição criminal no primeiro grau de jurisdição.

A competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado. As reuniões podem ser sigilosas, sempre que houver risco de a publicidade ser prejudicial à eficácia da decisão judicial. Admite-se a realização de deliberações pela via eletrônica, na hipótese de o colegiado ser composto por juízes domiciliados em cidades diversas. As decisões, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os integrantes do colegiado, são publicadas sem referência a eventual voto divergente.

Sendo este o perfil institucional atribuído ao julgamento colegiado em primeira instância, evidenciam-se duas particulares: somente um dos juízes detém prévia jurisdição para julgamento do crime praticado por organização criminosa e a formação do colegiado, por decorrer de faculdade do magistrado, constitui ato jurisdicional proferido *a posteriori*.

Surgem, portanto, dois questionamentos: a) a formação de órgão colegiado, nos termos do art. 1º, da Lei 12.694/2012, harmoniza-se com a proibição constitucional à criação de tribunais de exceção?⁴ e b) a formação de colegiado, nos termos do art. 1º, da Lei 12.694/2012, está em consonância com a garantia do juiz natural?⁵

Este artigo estrutura-se em quatro tópicos. Analiso, primeiramente, o trato constitucional atribuído à segurança, direito fundamental bifronte e postulado hermenêutico. Em segundo lugar, apresento visão panorâmica sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno da garantia do juiz natural e da vedação à criação de juízo ou tribunal de exceção. Abordo, na sequência e com base na filosofia kantiana, a problemática própria da colisão entre direitos fundamentais.

As premissas evidenciadas nesses três distintos pontos de exploração são utilizadas para a dedução de considerações acerca da escolha legislativa em prol do julgamento colegiado, em primeiro grau de jurisdição, dos crimes cometidos por organizações criminosas, objeto central de investigação.

1 SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança é tratada com evidente proeminência no texto constitucional, quando comparada com outros assuntos de semelhante envergadura. O Preâmbulo da Constituição em vigor indica que o Estado Democrático instituído pela Assembleia Nacional Constituinte destina-se a assegurar, entre direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.⁶

4 “Não haverá juízo ou tribunal de exceção” (CF, art. 5º, XXXVII).

5 “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (CF, art. 5º, LIII).

6 Independentemente de sua real força normativa (HESSE, Konrad. A

O art. 5º, *caput*, da CF contempla a segurança como direito fundamental de primeira geração. Como é sabido, os direitos de primeira geração, ou direitos-*liberdades*,⁷ inspirados no jusnaturalismo,⁸ estão vinculados à concepção de Estado Liberal, com o modelo de Estado que tem como pressuposto o abster-se de interferir (ou o interferir-se minimamente) na vida cidadã. Prestigia-se a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade e a segurança em detrimento do poder estatal, pois tais direitos constituem restrições à atuação do Estado.

O art. 6º *caput*, da CF, por sua vez, arrola a segurança como direito social, isto é, entre os direitos de segunda geração, que impõem ao Estado determinadas prestações ativas capazes de subsidiar as necessidades mais urgentes dos cidadãos, alçando-os a determinada igualdade de condições para o exercício dos direitos-*liberdade*.⁹

A Constituição Federal também destina um capítulo à questão da segurança pública. Segundo o art. 144, a segurança pública, além de constituir dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Trata-se de capítulo continente do conjunto de regras pelas quais é realizada a política pública de segurança, com vistas à garantia do direito à segurança direito social.

Como se percebe, a segurança não apenas constitui direito fundamental oponível *contra* o Estado, como também se consubstancia em direito fundamental *dependente* da pró-atividade estatal. Conforme salientei em outra oportunidade:

Esse caráter ambivalente permite conceber o direito à segurança como garantia e também como limite à liberdade individual, na medida em que, embora condicione o poder do Estado ao respeito a certos núcleos essenciais de liberdades cidadãs, orientando-o a atingir certos objetivos, limita o exercício individual de tais liberdades para garantir a harmônica coexistência humana.¹⁰

força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991), o preâmbulo da CF, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, revela “(...) os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649/DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia, 8 mai. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 17 out. 2008).

7 CORREAS, Carlos I. Massini. *Los derechos humanos em el pensamiento actual*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 173.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 95

9 CORREAS, op. cit., p. 174.

10 CRUZ, Fabrício Bittencourt da. Direito à segurança: garantia ou limitação à democracia e aos direitos fundamentais?. *Revista Jurídica da Faculdade União*, v. 1, p. 29-33, 2015.

O postulado da segurança jurídica,¹¹ inerente ao Estado democrático assentado no art. 1º, *caput*, da CF,¹² constitui o pano de fundo de certas garantias que, em conjunto, propiciam ao cidadão ambiente adequado para a prática de atividades quotidianas.

Com o respaldo da segurança jurídica, o indivíduo tem condições de antever as consequências jurídicas cabíveis a partir de seus atos, agregando-se, assim, forte legitimidade à atuação do Estado.

Uma das vertentes do postulado da segurança jurídica é a vedação à existência de juízos ou tribunais de exceção (CF, art. 5º, XXXVII). Outra é a garantia do juiz natural, do magistrado equidistante dos interesses das partes, investido de jurisdição antes do cometimento do delito submetido a processo e julgamento (CF, art. 5º, LIII).

2 JUIZ NATURAL E VEDAÇÃO À CRIAÇÃO DE JUÍZO OU TRIBUNAL DE EXCEÇÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é farta em acórdãos tangentes à garantia do juiz natural. Segundo a verbete da Súmula 704 “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.¹³

O STF também analisou questão envolvendo a ferida garantia e a convocação de Juízes de 1º grau de jurisdição para substituir desembargadores:

A convocação de Juízes de 1º grau de jurisdição para substituir Desembargadores não malfere o princípio constitucional do juiz natural, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999. O fato de o processo ter sido relatado por um Juiz convocado para auxiliar o Tribunal no julgamento dos feitos e não pelo Desembargador Federal a quem originariamente distribuído tampouco afronta o princípio do juiz natural. Nos órgãos colegiados, a distribuição dos feitos entre relatores constitui, em favor do jurisdicionado, imperativo de impessoalidade que, na hipótese vertente, foi alcançada com o primeiro sorteio.¹⁴

No tocante à especialização de vara federal, o STF decidiu que “a remessa para vara especializada fundada em conexão não viola o princípio do juiz natural”,¹⁵ o mesmo tendo ocorrido em relação à especialização de vara federal durante o trâmite do processo:

(...) Inquérito supervisionado pelo Juiz Federal da Subseção Judiciária de Foz do Iguaçu, que deferiu medidas cautelares. Especialização, por Resolução do Tribunal Regional da 4ª Região, da Segunda Vara Federal de Curitiba/PR para o julgamento de crimes financeiros. Remessa dos autos ao Juízo competente. Ofensa ao princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF) e à reserva de lei. Inocorrência. Especializar varas e atribuir competência por natureza de feitos não é matéria alcançada pela reserva da lei em sentido estrito, porém apenas pelo princípio da legalidade afirmado no art. 5º, II, da CF, ou seja, pela reserva da norma. (...) A legalidade da Resolução 20, do Presidente do TRF da 4ª Região, é evidente. Não há delegação de competência legislativa na hipótese e, pois, inconstitucionalidade BRASIL.¹⁶

O STF entendeu não haver ofensa à garantia do juiz natural nas hipóteses de especialização de vara por resolução,¹⁷ de remessa de processo, por conexão, a vara especializada¹⁸ e de delegação, a juiz de 1º grau de jurisdição, da prática de atos afetos à instrução de processo originário no tribunal.¹⁹

Sob a ótica do STF, a designação de magistrado “(...) para atuar, de forma genérica, em uma determinada Vara, não ofende o princípio do juiz natural”. Isto porque se trata de ato genérico, configurando “nulidade processual apenas a designação específica, casuística, de magistrado para atuar em determinado feito”.²⁰

Entre todas essas variáveis, nas quais se invocava violação à garantia do juiz natural, objetivava-se apresentar, contra alguma previsão legal ou regulamentar, o óbice de uma *garantia existente em prol do acusado*.

Em todas as hipóteses aqui referidas o STF considerou legítima a opção normativa, fosse no tocante a designações e substituições ou quanto às especializações de competência. É firme portanto, a chancela

11 “Superou-se o âmbito das normas para adentrar ao terreno das metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

12 Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Súmula nº 704. 24 set. 2003. Diários de Justiça: 9 out. 2003, p. 6; 10 out. 2003, p. 6; 13 out. 2003, p. 6.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86.889/SP. Relator: Ministro Menezes Direito, 20 nov. 2007. Diário de Justiça Eletrônico, 15 fev. 2008. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 597.133/RS (Repercussão Geral). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 17 nov. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, 6 abr. 2011.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 91.253/MS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 16 out. 2007. Diário de Justiça Eletrônico, 14 nov. 2007.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 85.060/PR. Relator Ministro Eros Grau, 23 set. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 13 fev. 2009.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 94.188/SC. Relator Ministro Eros Grau, 26 ago. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 17 out. 2008.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 91.253/MS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 16 out. 2007. Diário de Justiça Eletrônico, 14 nov. 2007.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Penal nº 470/MG (Questão de Ordem). Relator Ministro Joaquim Barbosa, 6 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico, 14 mar. 2008.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 89.890/BA. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 4 dez. 2006. Diário de Justiça, 2 mar. 2007, p. 699.

jurisprudencial do STF a diversas hipóteses contra as quais se arguiu ofensa à salvaguarda do juiz natural.

Apesar desse cenário jurisprudencial, o julgamento colegiado em primeira instância, em relação a crimes praticados por organizações criminosas, suscita indagações.

Afinal, pelas características apontadas, a jurisdição prévia é exercida por apenas um dos magistrados, cuja decisão em prol da formação do colegiado é preferida *a posteriori*.

Esta última peculiaridade, analisada unilateralmente, apenas na perspectiva de direitos do acusado, contraria entendimento no STF.²¹

A reflexão que proponho neste artigo é a de que, na formação do colegiado em primeiro grau para julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, aparece em cena, além do acusado – e, obviamente, de suas garantias constitucionais –, o *magistrado como sujeito de direitos*.

Neste panorama, a inovadora modalidade deliberativa não é compreendida pelo prisma do juiz natural, mas no contexto da colisão entre direitos fundamentais.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM KANT

A *Metafísica dos Costumes* divide-se em dois capítulos: a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Kant afirma ser moral toda a legislação que faça de uma ação um dever nas hipóteses em que o dever é o próprio motivo da ação. Na legislação moral, os motivos pelos quais um indivíduo age de determinada maneira são considerados fundamentais.²²

Já a legislação jurídica, mediante constrangimento, faz com que se aja *externamente* de acordo com ela, independentemente da motivação interna (das aversões, dos desejos, das inclinações, etc.) de cada indivíduo: “A simples conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei, independentemente do motivo para ela, denomina sua *legalidade* (licitude); mas aquela conformidade na qual a idéia de dever que emerge da lei é também o motivo da ação, é chamada de sua *moralidade*”.²³

21 “(...) o postulado do juiz natural deriva de cláusula constitucional tipicamente bifronte, pois, dirigindo-se a dois destinatários distintos, ora representa um direito do réu ou do indiciado/sindicado (eficácia positiva da garantia constitucional), ora traduz uma imposição ao Estado (eficácia negativa dessa mesma garantia constitucional). O princípio da naturalidade do juízo, portanto, encerrando uma garantia constitucional, limita, de um lado, os poderes do Estado (impossibilitado, assim, de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção) e assegura, ao acusado (ou ao sindicado/indiciado), de outro, o direito ao processo (judicial ou administrativo) perante autoridade competente, abstratamente designada na forma de lei anterior (vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Mandado de Segurança nº 28.712/MC. Relator Ministro Celso de Mello, 6 maio 2010. Diário de Justiça Eletrônico, 11 maio 2010).

22 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

23 *Ibid.*, p. 72.

A estratégia de Kant para conferir às leis jurídicas estatuto moral e ao mesmo tempo diferenciá-las das leis éticas consiste em fundamentar a semelhança e a distinção entre essas leis na dupla composição de toda legislação: uma parte objetiva – a lei, que prescreve que uma certa ação deve ser necessariamente realizada – e uma parte subjetiva – o móbil da ação, que determina, subjetivamente, a realização da ação que a lei prescreve que deve ser realizada.²⁴

A legislação ética (moral), justamente por conter em sua lei o motivo interno da ação, a *ideia* do dever como dever, somente pode ser uma legislação interna, subjetiva.²⁵

Já a legislação jurídica contenta-se simplesmente com deveres externos, prescindindo da análise da absorção, por aquele que age de acordo com a legalidade, da *ideia* do dever como capaz de fundamentar internamente a ação. Por isso é que os motivos pelos quais um indivíduo age de acordo com a legislação jurídica são externos a si. Nada obstante, a legislação jurídica pode colher na legislação moral exemplos de condutas éticas, positivando-as, tornando-as externamente coercitivas.²⁶

Kant denomina Doutrina do Direito a soma das leis para as quais é possível uma legislação externa. Quanto à indagação “o que é o direito?”, apresenta uma solução universal (o princípio universal do direito): *age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*.²⁷

Ao dizer, na *Crítica da Razão Pura*, que a Física (ou “Ciência da Natureza”) tem seus objetos determinados de modo parcialmente puro, porquanto “aprende junto à natureza sobre aspectos que nada saberia por si própria”,²⁸ demonstra que a parte transcendental da metafísica não é suficiente sem referência a objetos da natureza. “Por analogia, a aplicação dos princípios metafísicos da ‘Doutrina do Direito’ a uma legislação exterior significa a aplicação de um conceito *a priori* a um fato (*Faktum*) empírico geral: a coexistência de seres racionais finitos. Assim, elementos empíricos gerais especificam o âmbito de aplicação do direito”.²⁹

Soraya Nour observa que Kant, ao fundamentar a necessidade do direito em tais elementos empíricos gerais (o fato de o planeta Terra não ser uma superfície infinita, mas limitada e esférica, por exemplo), utiliza-se de investigação antropológica das condições humanas (coexistência num espaço finito).³⁰

24 NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 20-21.

25 Kant, *op. cit.*

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*, p. 13.

29 NOUR, *op. cit.*, p. 12.

30 *Ibid.*

A coexistência humana na superfície finita do Planeta Terra somente é possibilitada pelo direito “porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir uma liberdade igual à dele”.³¹

Pode-se afirmar, em perspectiva kantiana, que os direitos estão limitados a partir de seus exteriores. Somente o conflito é capaz de delimitar o âmbito de proteção normativa de um direito. Todos os direitos têm vocação expansiva, admissível até o choque com outro direito.

Se os limites dos direitos surgem a partir da colisão, do conflito, com outros direitos, não há critério racional para definição *a priori* do âmbito de proteção normativa de cada direito, especialmente os fundamentais por sua característica principiológica.

Então, compreender um direito fundamental pressupõe o conhecer da efetiva colisão com outros direitos de igual calibre. É inegável, por exemplo, que todos têm direito aos bens indispensáveis ao desenvolvimento de sua condição humana. Esse direito, enquanto definição *a priori* não se altera, mas sua *amplitude* pode variar de acordo com as circunstâncias.

A coexistência humana na superfície finita de nosso planeta, utilizada por Kant para justificar a necessidade do Direito, como legislação externa independente da vontade de cada indivíduo e enquanto depositário das liberdades de todos os cidadãos, possibilita afirmar-se que “(...) os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”, porquanto “(...) o estatuto constitucional das liberdades públicas (...) permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades” (STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 12/5/2000).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho adverte que “(...) a vida em sociedade presume uma coordenação do exercício por parte de cada um de seus direitos naturais. Direitos de que ninguém abre mão, exceto na exata e restrita medida imprescindível para a vida em comum”.³²

Essa coordenação de direitos cabe ao Estado, por intermédio primário do texto constitucional, concebido e fundamentado na ideia de pacto social, conforme se extrai do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

As escolhas legislativas, secundárias e condicionadas à harmonia com a Constituição, constituem tanto resultantes, quanto decantações dessa coordenação, para o exercício de direitos.

Em decorrência da abertura semântica inerente a boa parte dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional brasileiro, as escolhas legislativas para a depuração³³ desses direitos têm grande relevância e forte legitimidade.³⁴

4 A ESCOLHA LEGISLATIVA

No contexto do julgamento colegiado em primeiro grau, como dito linhas acima, somente um dos juízes exerce previa jurisdição. Além disso, a formação do colegiado decorre de ato jurisdicional proferido *a posteriori*.

Por outro lado, a opção legislativa decorre de notável atenção ao magistrado como sujeito de direitos, sendo adequado afirmar que essa modalidade deliberativa apresenta-se como garantia vocacionada à proteção de *direitos fundamentais do magistrado* (vida, liberdade e segurança – art. 5º, *caput*, da CF).

Trata-se de regra infraconstitucional. Portanto, a ponderação entre direitos fundamentais³⁵ já foi realizada pelo legislador ordinário, cabendo ao aplicador avaliar se a escolha legislativa guarda harmonia com a Constituição Federal.

A autorização legal para formação de colegiado de primeira instância *a posteriori*, não deve ser equiparada a hipótese de criação de tribunal de exceção, porquanto os demais magistrados, além de estarem previamente investidos de jurisdição criminal, são escolhidos por sorteio eletrônico, o que inviabiliza seleção casual e direcionada, típica na formação de tribunais de exceção.

Ademais, a estruturação facultativa do órgão colegiado, a critério do juiz do processo, por conter a indicação dos motivos e das circunstâncias que acarretam risco a sua integridade física, está em consonância com a imprescindível fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX),³⁶ e evidencia ponderação legislativa re-

33 “Os princípios são regras cuja finalidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão de comportamento” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63). Nessa linha de raciocínio, direitos fundamentais, quando veiculados por preceitos de alto grau de abstração, podem ser aplicados como princípios.

34 “Situadas no ‘vértice’ da ‘pirâmide normativa’, as normas constitucionais apresentam, em geral, uma maior abertura (e, consequentemente, uma menor densidade) que torna indispensável uma operação de concretização na qual se reconhece às entidades aplicadoras um ‘espaço de conformação’ (‘liberdade de conformação’, ‘discrecionalidade’) mais ou menos amplo” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 216).

35 Como leciona Robert Alexy, o conflito entre princípios soluciona-se por meio do sopesamento (ou ponderação), no qual se verifica uma relação de precedência condicionada, isto é, “(...) um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93).

36 “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões (...)”.

31 BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 70.

32 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

alizada entre a garantia do juiz natural e direitos fundamentais do magistrado (vida, liberdade e segurança).

O julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, nos casos de crimes praticados por organizações criminosas, resulta de ponderação legislativa que buscou harmonizar direitos não apenas daqueles que ocupam o polo passivo de demanda criminal, mas também de agentes públicos detentores de direitos fundamentais, cuja preservação depende, em casos peculiares tais quais o da criminalidade organizada, de maior segurança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma inédita no âmbito das legislações penal e processual penal brasileiras, direitos fundamentais do magistrado (vida, liberdade, segurança) foram efetivamente considerados como aptos à delimitação do âmbito de abrangência de garantias processuais de réus em casos excepcionais, como o de risco à integridade física quando do julgamento de crime praticado por organização criminosa.

A ponderação legislativa harmonizou a necessidade do julgamento colegiado com a garantia de proibição aos tribunais de exceção, estipulando que, além do juiz originário e natural, os demais magistrados, previamente investidos de jurisdição criminal, devem ser escolhidos por sorteio eletrônico (o que inviabiliza a escolha casual e direcionada, típica na formação de tribunais de exceção).

A garantia do juiz natural teve seu âmbito de proteção normativa legitimamente restringido por constitucional ponderação legislativa, cedendo espaço a direitos inerentes a outro sujeito da relação processual criminal, equânimes em termos hierárquicos e cuja fruição, em caso de efetivo perigo à incolumidade física de seu titular, restaria inviabilizada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UnB, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União. Seção 1. 5 out. 1988. p. 1. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Suplemento. 6 out. 1988. p. 1.

BRASIL. *Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012*. Diário Oficial da União. Seção 1. 25 jul. 2012. p. 3.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. *Mandado de Segurança nº 28.712/MC*. Relator Ministro Celso de Mello, 6 maio 2010. Diário de Justiça Eletrônico, 11 maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus nº 85.060/PR*. Relator Ministro Eros Grau, 23 set. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 13 fev. 2009.

_____. *Habeas Corpus nº 86.889/SP*. Relator: Ministro Me- nezes Direito, 20 nov. 2007. Diário de Justiça Eletrônico, 15 fev. 2008.

_____. *Habeas Corpus nº 91.253/MS*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 16 out. 2007. Diário de Justiça Eletrônico, 14 nov. 2007.

_____. *Habeas Corpus nº 94.188/SC*. Relator Ministro Eros Grau, 26 ago. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 17 out. 2008.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 89.890/BA*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 4 dez. 2006. Diário de Justiça, 2 mar. 2007, p. 699.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649/DF*. Relator: Ministra Cármen Lúcia, 8 maio 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 17 out. 2008.

_____. *Ação Penal nº 470/MG (Questão de Ordem)*. Relator Ministro Joaquim Barbosa, 6 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico, 14 mar. 2008.

_____. *Recurso Extraordinário nº 597.133/RS (Repercussão Geral)*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 17 nov. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, 6 abr. 2011.

_____. *Súmula nº 704*. 24 set. 2003. Diários de Justiça: 9 out. 2003, p. 6; 10 out. 2003, p. 6; 13 out. 2003, p. 6.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

CORREAS, Carlos I. Massini. *Los derechos humanos em el pen- nasmiento actual*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. Direito à segurança: garantia ou limitação à democracia e aos direitos fundamentais? *Revista Jurídica da Faculdade União*, v. 1, p. 29-33, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fun- damentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gil- mar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 3. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

_____. *Metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edi- pro, 2003.

NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito in- ternacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: UM ESTUDO SOBRE O RECENTE POSICIONAMENTO DO STJ

Andrea Bulka Sahaiko¹
Vicente Paulo Hajaki Ribas²

RESUMO A presente pesquisa teve como objetivo analisar as razões que levaram o Superior Tribunal de Justiça a considerar a execução fiscal via inadequada nas ações interpostas pelo INSS para recebimento de valores supostamente recebidos de forma indevida por beneficiários. A pesquisa, de caráter bibliográfico, foi realizada através do seguinte procedimento metodológico: sistematização de referencial teórico a partir das principais categorias: princípios constitucionais, razões de decidir constantes de acórdãos, análise da legislação vigente e leitura da doutrina pátria, principal fundamento para formulação de conceitos, tais como: títulos extrajudiciais, ação executiva e certidão de dívida ativa. O resultado final denota a crescente evolução do Direito, bem como do papel da constitucionalização do processo como fator a influenciar a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Ressarcimento. Princípios. Constitucionalização.

DUE PROCESS OF LAW IN SHARES OF SOCIAL SECURITY TO REMEDY EXCHEQUER: A STUDY ON THE RECENT STJ PLACEMENT

Abstract: This study aimed to analyze the reasons that led the Supreme Court of Justice to consider the tax execution via inadequate in proceedings brought by the INSS to receive amounts allegedly received improperly by beneficiaries. The research, bibliographic, was performed using the following methodological procedure: systematization of theoretical from the main categories: constitutional principles, reasons to decide constant judgments, analysis of existing legislation and homeland doctrine of reading, the main basis for formulating concepts such as extrajudicial bonds, executive action and active debt certificate. The result denotes the growing evolution of the law, and the role of constitutionalisation process as a factor to influence the decision of the Superior Court of Justice.

Keywords: Remedy. Principles. Constitutionalisation.

1 INTRODUÇÃO

A inscrição em dívida ativa de crédito não tributário é tema ventilado em larga escala pela doutrina

pátria, pois debate interesses públicos e garantias fundamentais. Neste sentido, maior ainda é o debate quando se trata em pagamento indevido de benefícios previdenciários e assistenciais, cujos créditos costumam

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR (UEPG). Bacharel em Direito (UEPG-PR). Advogada.

2 Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Tributário na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Procurador Federal Aposentado.

vam ser inscritos em dívida ativa e objeto de execuções fiscais.

Que a existência de um título extrajudicial é *conditio sine qua non* da execução civil, a maior parte da doutrina e jurisprudência pátrias concordam, em prestígio ao princípio da *nulla executio sine titulo* (não há execução sem título). De outro norte, alguns doutrinadores, como José Miguel Garcia Medina, apresentam falhas neste sistema, indicando a possibilidade de execuções sem título (MEDINA, 2008).

Mesmo respeitando a opinião destacada acima, o objetivo do presente trabalho é aferir uma nova tendência da jurisprudência nacional: existem títulos extrajudiciais, taxativamente elencados no *rol* do antigo art. 585 do Código de Processo Civil, atual art. 784, inciso IX³, mas que não estão sujeitos à execução. A sua formação é legitimada pela lei, as características centrais estão presentes no bojo dos documentos, no entanto, não são passíveis de execução. Tratam-se das certidões de dívida ativa para cobrança de créditos oriundos de benefício previdenciário pago indevidamente ao segurado do INSS.

Tal tema foi debatido à exaustão pelos Tribunais pátrios, inclusive pelas Cortes Superiores, culminando na decisão do Recurso Especial nº 1350804 PR (2012/0185253-1), recebido pelo Superior Tribunal de Justiça como “emblemático da controvérsia”, nos moldes do art. 543-C do (antigo) Código de Processo Civil. Atualmente o novo CPC em vigor, lei nº 13.256/2016, aborda em seu art. 1.037 a questão, ampliando alguns de seus efeitos.

Não cabe ao presente, contudo a análise da sistemática, mas sim trazer ao conhecimento o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que se pronunciou sobre o tema no Recurso Especial Representativo de Controvérsia de nº 1350804 PR 2012/0185253-1.

2 DOS TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS

Previo o antigo Código de Processo Civil, em seu artigo 614, I, que a petição inicial da ação executiva deve ser instruída com o título extrajudicial. Desta afirmação conclui-se que o ordenamento pátrio adota o princípio da *nulla executio sine titulo* (sem título não há execução), em interpretação conjunta ao art. 618, I (antigo CPC). No atual ordenamento da lei 13.252/2016, é possível encontrar dispositivos correlatos nos art. 783 e 798.

3 Havendo algumas alterações na colocação dos incisos e separação de alguns títulos extrajudiciais, a nova lei adjetiva civil mantém basicamente a mesma redação do artigo anterior, com exceção da inovação que coloca ‘a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei’ (inciso XI). “Trata-se de título executivo unilateralmente criado, a impor muita atenção ao seu exame no dia a dia do foro.” (BUENO, Cassio Scarpinella – Novo Código de Processo Civil anotado/Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 483-484).

O ilustre doutrinador Araken de Assis explica que o título extrajudicial não é apenas fator constitutivo da demanda executiva, mas, sim, *pressuposto do processo válido [...], no sentido de que se exige prova pré-constituída do crédito, tanto que a ausência dessa prova gera invalidade* (ASSIS, 2004, p. 93).

Deste norte, o título é o cerne da demanda executiva, estando tipificado no rol taxativo do art. 585 da Antiga Lei Adjetiva Civil. (art. 784 do Novo CPC). Em leitura rápida ao dispositivo em tela, influi-se que os documentos expressamente ali elencados e também os constantes na legislação específica dão ensejo ao ajuizamento da ação executiva.

Imperioso destacar que, além de tipificar os títulos, a lei também tratou de cuidar de seus elementos, visto que o documento deve trazer em seu bojo um direito. É o conteúdo do título executivo extrajudicial. José Miguel Garcia Medina (2008) explica que a tutela executiva visa satisfazer o direito, entregar o bem ao exequente, por isso, tendo o título função instrumental, deve representar obrigação provida de conteúdo suscetível de ser executado.

Dispõe o art. 786 do vigente Código de Processo Civil de 2016 que “execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo.”

Quanto ao elemento da certeza, a doutrina moderna concorda que a obrigação que o título expressa deve ser exata, precisa, não gerando dúvida quanto à relação jurídica, aos sujeitos e a sua própria natureza.

Já para os doutrinadores clássicos, entre eles Araken de Assis, a certeza significa que a obrigação existe indubitavelmente nos exatos termos do art. 1.533 do Código de 1916 que assim dispunha: “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”.

Já Theodoro Negão Júnior, esclarece que a certeza consubstancia-se na existência do título, que cumpre com seus requisitos formais de criação e emissão.

A certeza da obrigação, atestada pelo título, requisito primeiro para legitimar a execução, decorre normalmente de perfeição formal em face da lei que o instituiu e da ausência de reservas à plena eficácia do crédito nele documentado. (NEGRÃO JÚNIOR, 2010, p. 421).

Neste sentido, esclarece-se que a certeza não estaria na obrigação propriamente dita, mas no título executivo, como seu requisito formal, com a perfeita previsão literal deste. (MACHADO, 2012).

Divergências à parte, deve-se levar em consideração o disposto expresso pela lei: “a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. Tal interpretação, ainda que literal do dispositivo em tela, é importante para a análise do presente trabalho, devendo ser explorada oportunamente.

Com efeito, devem ser analisados, também, os dois outros elementos da obrigação expressa no título extrajudicial: a liquidez e a exigibilidade.

No que tange à liquidez, esta é definida pelo *quantum debeat* (quantia devida), pela especificação da obrigação em valor, quantidade, espécie, tamanho, extensão, etc. *É a mensuração do bem em razão do qual realizar-se-ão os atos executivos.* (MEDINA, 2008, p. 83).

O Código de Processo Civil vigente, no capítulo destinado às espécies de execução, prevê a instrução do pedido com o demonstrativo do débito atualizado (art. 798, I, b), no caso de execução por quantia certa. Tal dispositivo prestigia a determinação e o alcance do pedido, devendo estar previamente liquidado quando da propositura do feito. Versão correlata podia ser encontrada no art. 614, II do Código de Processo Civil de 1973.

Por fim, a exigibilidade significa que a obrigação não está sujeita a condição para que se torne eficaz, nem tampouco o lapso para seu cumprimento é incerto. Exige-se o crédito desde já, por força de seu vencimento ou do implemento da condição a que se submetia. *Trata-se, consoante conhecida fórmula, de definição relativa à atualidade da dívida.* (MEDINA, 2008, p. 85).

Passada a análise das características elementares dos títulos executivos extrajudiciais, urge destacar que, dos documentos elencados pelo art. 585 do antigo Código de Processo Civil (atual art. 784, com algumas alterações), o presente trabalho visa discorrer sobre um especial: a certidão de dívida ativa. É o que se faz em tópico a seguir.

3 DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

Embora constante no *rol* do CPC, a certidão de dívida ativa está sujeita a procedimento executivo próprio, previsto pela Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal).

A criação deste título se dá de forma unilateral por parte da Fazenda Pública, através de atividade administrativa plenamente vinculada. Tal documento expressa os créditos inscritos em dívida ativa, que podem ter natureza tributária ou não tributária, nos termos do art. 2º da lei de execução fiscal.

A definição, contudo, dos créditos não tributários sujeitos à inscrição em dívida ativa se dá através da Lei 4.320/64, que dispõe em seu art. 39, parágrafo 2º, *in verbis*:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias [...]

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tri-

butárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

Conforme relembra o douto ARAKEN DE ASSIS (2004), é considerada dívida ativa a quase totalidade das receitas pertencentes à Fazenda Pública, formando créditos sujeitos à execução fiscal.

Estabelecida a definição, por legislação federal, dos créditos que devem compor a dívida ativa, especialmente os não tributários, passamos a análise da inscrição destes e a consequente emissão da certidão que deve instruir a ação executiva.

4 DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DOS CRÉDITOS NÃO TRIBUTÁRIOS

Independentemente da colaboração do devedor, o Fisco lança o crédito, criando seu próprio título executivo.

Nos exatos termos da lei 6.830/80, a inscrição ocorre por qualquer meio manual, mecânico ou eletrônico (art. 2º, parágrafo 7º).⁴

O chamado termo de inscrição deve obedecer a requisitos formais também elencados pela lei 6.830/80, tais como: o nome do devedor, dos corresponsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; o valor originário da dívida; bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida.

Em outras palavras, embora seja atividade unilateral, há de prevalecer a formalidade do ato, sujeito a controle de legalidade.

Da mesma forma, a certidão extraída quando inscrita a dívida deve obedecer aos mesmos requisitos formais do termo de inscrição, além de ser autenticada pela autoridade competente, de acordo com o parágrafo 6º do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal.

Discorre Américo Luis Martins da Silva (2009) que o momento no qual determinado crédito é considerado dívida ativa não tributária é a inscrição na repartição competente e o término do exercício (31 de dezembro), respaldado pelo art. 39 da lei 4.320/64⁵.

4 Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. [...] § 7º - O Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico.

5 Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que

Neste sentido, não basta o simples inadimplemento do crédito, mas este deve ser inscrito em dívida ativa depois de terminado o exercício financeiro.

Explica o mesmo autor que o ato de inscrição, na qualidade de procedimento administrativo, deve sofrer controle de legalidade, e, por isso, promover o *acertamento da obrigação, tributária ou não tributária, e a legitimação das pretensões deduzidas da norma que incide sobre a situação concreta.* (SILVA, 2009, p. 40).

Assim, deve existir procedimento interno de apuração do crédito antes de se proceder com a inscrição em dívida ativa. Uma vez inscrito o crédito, presume-se a certeza e liquidez da dívida, nos termos do art. 3º da Lei 6.830/80.

Transcorridos tais procedimentos, a inscrição em dívida ativa gera inevitável consequência: a criação unilateral por parte da Fazenda Pública de título executivo extrajudicial, através da emissão da certidão de dívida ativa.

A Fazenda Pública, abrangendo neste conceito as autarquias, possui a prerrogativa de inscrever em dívida ativa créditos provenientes de obrigações diversas, dentre elas, conforme descrito no art. 39 da Lei 4.320/64, as indenizações. Assim, decorrente de responsabilidade civil, a Fazenda Pública cria título executivo unilateralmente, sujeito à ação própria, que visa apenas e tão somente a satisfação do crédito, com sujeição patrimonial do devedor, sem cognição ou conhecimento do conteúdo da obrigação.

Ilustrando o exposto, tem-se o caso das execuções fiscais ajuizadas pelo INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social) para cobrança de créditos decorrentes de “benefício pago indevidamente por erro administrativo”, que vem alarmando segurados e dependentes, culminando em inúmeras decisões de extinção processual por parte dos Tribunais Regionais Federais e no pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Na prerrogativa de constituir unilateralmente título extrajudicial, a autarquia previdenciária lança-se mão de ação executiva fiscal em face de segurados e dependentes que, supostamente, teriam recebido benefício previdenciário de forma indevida.

Várias ações ano a ano são ajuizadas com o mesmo escopo, visando o recebimento de crédito decorrente do pagamento indevido, no verdadeiro intuito de ressarcir os cofres públicos.

forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. [...] § 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

No bojo do próprio documento que instrui a ação de execução fiscal, ou seja, a certidão de dívida ativa, constam expressamente as seguintes inscrições:

RESSARCIMENTO AO ERÁRIO-BENEFÍCIO PAGO INDEVIDAMENTE POR ERRO ADMINISTRATIVO.

Ao deferir a inicial, lançando apenas olhar sobre os aspectos formais do título, o juízo de primeiro grau pode fazer com que a execução prossiga.

Citada a parte executada para pagamento da dívida ou oferecer embargos, poucas alternativas restam ao segurado/dependente, visto que para propor embargos precisa garantir a execução, conforme preceitua o artigo 16 da lei 6.830/80.

Os juízos vêm, no entanto, aceitando a possibilidade de se propor a chamada Objeção de Pré-executividade, peça que visa a defesa nos próprios autos e não por ação autônoma (Embargos), eximindo o executado da prestação de caução. No entanto, tal peça deve ser proposta para ser discutida questão de direito, não sendo admitida dilação probatória (LOPES, 2005).

Tal meio é legítimo e aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias, inclusive com a edição de Súmula pelo STJ:

Súmula nº 393. “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”. (DJe 07/10/2009).

Os argumentos que embasam a objeção de pré-executividade nestes casos questionam a via executiva para cobrança de créditos desta natureza.

Embora exista legislação federal que preveja a possibilidade de inscrição em dívida ativa de créditos provenientes de responsabilidade civil, a peça defensiva visa à delimitação da aplicação do art. 39 da Lei 4.320/64.

Bem se sabe que para o deferimento do pedido de ressarcimento devem ser apurados os pressupostos da ação indenizatória, quais sejam: o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Como pode uma autarquia pública, valendo-se de sua prerrogativa estatal, constituir título executivo contra outrem, sem, contudo, apresentar a certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação? Vale lembrar que o crédito inscrito em dívida ativa goza de presunção *iuris tantum* de sua certeza e liquidez, sendo, portanto, discutível a origem da dívida.

É neste sentido que se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, construindo sua tese em torno da diferenciação da reparação de danos proveniente da responsabilidade civil, em interpretação sistemática, à luz dos princípios e garantias constitucionais.

5 DO ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO

Ante o ajuizamento de inúmeras ações de execução fiscal que visavam à satisfação de créditos oriundos do suposto ‘pagamento indevido de benefício’, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se pronunciar,

realizando a sua função enquanto órgão responsável pela interpretação da legislação federal.

Em análise, após inúmeros paradigmas, recebeu o STJ o REsp de nº 1350804 PR 2012/0185253-1 como representativo de controvérsia, cujo acórdão transcreve-se a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDAMENTE PAGO QUALIFICADO COMO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 154, § 2º, DO DECRETO N. 3.048/99 QUE EXTRAPOLA O ART. 115, II, DA LEI N. 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA POR AUSÊNCIA DE LEI EXPRESSA. NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. [...] 2. À mingua de lei expressa, a inscrição em dívida ativa não é a forma de cobrança adequada para os valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário previstos no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91 que devem submeter-se a ação de cobrança por enriquecimento ilícito para apuração da responsabilidade civil. Precedentes: REsp. nº 867.718 - PR, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 18.12.2008; REsp. nº 440.540 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 6.11.2003; AgRg no AREsp. n. 225.034/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 07.02.2013; AgRg no AREsp. 252.328/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18.12.2012; REsp. 132.2051/RO, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.10.2012; AgRg no AREsp 188047/AM, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 04.10.2012; AgRg no REsp. n. 800.405 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 01.12.2009. 3. Situação em que a Procuradoria-Geral Federal - PGF defende a possibilidade de inscrição em dívida ativa de benefício previdenciário indevidamente recebido por particular, qualificado na certidão de inscrição em dívida ativa na hipótese prevista no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91, que se refere a benefício pago além do devido, art. 154, § 2º, do Decreto n. 3.048/99, que se refere à restituição de uma só vez nos casos de dolo, fraude ou má-fé, e artigos 876, 884 e 885, do CC/2002, que se referem a enriquecimento ilícito. 4. Não há na lei própria do INSS (Lei n. 8.213/91) dispositivo legal semelhante ao que consta do parágrafo único do art. 47, da Lei n. 8.112/90. Sendo assim, o art. 154, § 4º, II, do Decreto n. 3.048/99 que determina a inscrição em dívida ativa de benefício previdenciário pago indevidamente não encontra amparo legal. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ - REsp: 1350804 PR 2012/0185253-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 12/06/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/06/2013).

De relatoria do ilustre Ministro Mauro Campbell Marques, o indigitado recurso especial julgou que a cobrança de benefício supostamente pago indevidamente deve seguir o rito comum ordinário das ações por enriquecimento ilícito.

Neste sentido, o lançamento em dívida ativa mostra-se inadequado, por não haver expressamente na legislação previdenciária a previsão de inscrição em dívida ativa deste tipo de crédito.

Importante destacar que o recurso especial foi interposto contra acórdão exarado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta contra sentença proferida nos autos de execução fiscal, promovida pelo INSS, para o ressarcimento de benefícios previdenciários pagos indevidamente.

O TRF da 4ª Região decretou a nulidade da certidão de dívida ativa, extinguindo a execução fiscal, por reconhecer a imprescindibilidade, para a cobrança de valores pagos indevidamente a título de benefício previdenciário, da demonstração da má-fé do beneficiário em processo judicial próprio, com a observância do contraditório e da ampla defesa.

Antes de exarar seu voto, o Ministro Mauro Campbell afetou o recurso especial como emblemático de controvérsia, remetendo os autos ao Ministério Público que proferiu o seguinte parecer:

RESP. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. RESSARCIMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO MEDIANTE FRAUDE, DOLO OU MÁ-FÉ CONFORME CONSTA DAS CDAs APURADAS EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ.

1. Em que pese o predomínio do interesse público, em reaver valores recebidos do erário mediante fraude na concessão de benefício previdenciário, tal busca não pode ser feita sem observância das garantias mínimas do devido processo legal e da segurança jurídica.

2. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que a Execução Fiscal não é o meio adequado para cobrança de benefícios previdenciários pagos indevidamente, pois o valor respectivo não assume a natureza de crédito tributário e não permite sua inscrição em dívida ativa.

3. Parecer do Ministério Público Federal, pelo não provimento do recurso.

Devidamente intimado, o INSS interpôs agravo regimental, no qual alegou que o feito não poderia ser decidido monocraticamente, por não estar presente nenhuma das hipóteses previstas no art. 557 do CPC. Reafirmou, ainda, a possibilidade de o INSS inscrever em dívida ativa valores relativos a benefícios previdenciários obtidos mediante fraude.

Assim, na ponderação entre princípios de interesse público e interesse privado, o relator primou pela segurança jurídica, pois o lançamento em dívida ativa destes tipos de crédito não é simples reposição ao erário.

rio, mas responsabilidade extracontratual, da qual infere a apuração do dolo, culpa e nexos de causalidade. Transcrevemos a seguir trecho de seu voto:

[...] Pensar de modo diferente significaria abolir a existência da ação condenatória para os entes públicos e permitir-lhes a formação unilateral do título executivo, sem fundamento legal ou contratual prévio, em todas as relações de direito público e privado de que participem, o que gera enorme insegurança jurídica.

Ressalta-se que o STJ chegou a este entendimento após inúmeros casos semelhantes, entre eles, o julgado no REsp. n.º 440.540/SC, no qual, brilhantemente, expõe as razões o ilustre Ministro Humberto Gomes de Barros:

A dívida tributária já nasce certa e líquida, porque o lançamento gera presunção de certeza e liquidez. Isso não ocorre com os créditos oriundos de responsabilidade civil que somente recebem tais atributos, após acerto amigável ou judicial. 2. Os créditos incertos e ilíquidos não integram a dívida ativa, suscetível de cobrança executivo-fiscal. É que o conceito de dívida ativa não tributária, a que se refere a Lei de Execuções Fiscais, envolve apenas os créditos assentados em títulos executivos. Há créditos carentes de certeza e liquidez necessárias ao aparelhamento de execução. 3. Crédito proveniente de responsabilidade civil não reconhecida pelo suposto responsável não integra a chamada dívida ativa, nem autoriza execução fiscal. É que, nesses casos, a origem da dívida não é o exercício do poder de polícia, nem o contrato administrativo. No caso deste processo, o crédito surgiu de uma suposta culpa [...].

Tanto quanto ou mais importante que o acórdão, é a razão que motivou a Corte a decidir, a chamada *ratio decidendi*.⁶

É indubitável a natureza indenizatória do suposto débito decorrente de benefício pago indevidamente, padecendo a obrigação, nestes casos, de certeza, liquidez e exigibilidade, visto que a responsabilidade civil não passou pelo crivo do judiciário.

O crédito inscrito em dívida ativa em momento algum é preciso, gerando dúvida quanto ao momento de ocorrência da suposta obrigação imputada à parte executada. Não há prova de sua culpa que gere o dever de indenizar, nem tampouco da real ocorrência do dano a que lesa o erário.

Portanto, as ações executivas fiscais que tencionam a satisfação destes créditos peculiares, afrontam o princípio constitucional do contraditório e da ampla

defesa, além de desconstituírem a própria natureza da obrigação, que somente existe quando apurados seus três elementos constitutivos: o dano, a culpa e o nexos de causalidade.

Não é difícil concluir que a decisão proferida nos recursos especiais paradigmáticos que culminaram no recebimento do REsp. 1350804 PR 2012/0185253-1 como emblemático de controvérsia, possui como plano de fundo a visão hodierna do direito e a constitucionalização do processo, já que até os atos do Poder Público devem estar em conformidade com a Constituição (NERY JÚNIOR, 2013).

Com efeito, em prestígio ao devido processo legal, mitiga-se e pondera-se o interesse público presente no ressarcimento ao erário, declarando a não razoabilidade da execução fiscal para cobrança de benefício supostamente pago indevidamente.

Segundo Moraes (1999, p. 112):

o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Pode-se observar que a expressa disposição legal dos títulos executivos judiciais comporta interpretação sistemática, visto que, além da previsão legal da forma de emissão e constituição, os títulos devem expressar obrigação líquida, certa e exigível.

Nesta toada, a satisfação dos créditos, principalmente os não tributários sujeitos ao procedimento da Lei 6.830/80, também deve respeitar os princípios constitucionais, sob pena de representar afronta à segurança jurídica e à isonomia das relações, ainda que existam prerrogativas conferidas às pessoas jurídicas de direito público.

Estes são os elementos essenciais que levaram o Egrégio STJ a decidir no RESP nº 1350804 PR/2012, visto que prestigia a dilação probatória própria da ação indenizatória, sendo que a via executiva para cobrança deste tipo de obrigação é uma afronta à plenitude de defesa, já que a aferição da culpa é elemento essencial da obrigação imposta ao réu da ação. Conforme Nery Júnior (2013, p. 41), o devido processo legal, sob a ótica estritamente processual, “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.

Em análise mais profunda do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, entendemos que o *due process of Law*, ou devido processo legal, no caso em tela, significa que o Estado, através da Autarquia Previdenciária, não pode invadir o patrimônio do particular utilizando-se de meios executivos sem que haja prévia condena-

6 Expressão latina que significa “a razão de decidir”, ou seja, os fundamentos que sustentam a decisão. Embora a expressão seja mais comumente usada no sistema do *common law*, é crescente o movimento de aproximação a uma teoria de precedentes no Direito pátrio. O termo, dentro do contexto do presente trabalho foi utilizado para caracterizar que o acórdão paradigma pode ser considerado precedente do Superior Tribunal de Justiça. Utilizando a doutrina de Luis Guilherme Marinoni, denota-se que o STJ é a Corte responsável pela interpretação da legislação infraconstitucional.

ção, previa análise cognitiva, pois desrespeita o devido processo legal imposto nas ações indenizatórias. A própria natureza da obrigação induz a um devido processo, um *iter* que deve ser seguido, sob pena de caracterizar confisco, abuso de direito. Ainda que a lei legitime a inscrição em dívida ativa e constituição unilateral de título executivo, o devido processo legal deve ser assegurado àqueles que supostamente enriqueceram-se ilicitamente. Em síntese, o devido processo legal para cobrança de uma obrigação incerta e ilíquida não é a via executiva.

Existe forma própria de tramitação do processo, ainda que implícita, em decorrência da natureza da obrigação, dos motivos que culminam no interesse de agir do Estado, própria das ações de ressarcimento. É este devido procedimento que, quando não observado, fere o *procedural due process of Law*, e o *substantial due process of Law*.

As decisões proferidas pelo STJ, órgão com atribuição de interpretar a legislação federal, muito mais que técnicas, pois analisam a natureza jurídica indissociável das obrigações provenientes de responsabilidade civil, prestigiam o Acesso à Justiça como um dos alicerces da estabilidade da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

6 CONCLUSÃO

De tudo quanto exposto, pode-se observar que a expressa disposição legal dos títulos executivos judiciais comporta interpretação sistemática, visto que, além da previsão legal da forma de emissão e constituição, os títulos devem expressar obrigação líquida, certa e exigível.

Nesta toada, a satisfação dos créditos, principalmente os não tributários sujeitos ao procedimento da Lei 6.830/80, também deve respeitar os princípios constitucionais, sob pena de representar afronta à segurança jurídica e a isonomia das relações, ainda que existam prerrogativas conferidas às pessoas jurídicas de direito público.

De outro viés, tem-se a natureza do provimento a que se deseja alcançar: ressarcimento. Está intimamente ligado à responsabilidade civil? Depende de seus elementos? Qual a natureza do crédito em si? É possível aferir a sua liquidez e certeza sem utilizar-se da via cognitiva?

Por fim, esta nova interpretação sobre os créditos sujeitos à via executiva faz nascer um novo questionamento sobre os títulos constituídos unilateralmente que perdem sua eficácia executiva, ainda que o procedimento formal seja legitimado pela lei.

A visão hodierna do direito e a constitucionalização do processo são fatores essenciais na análise dos créditos inscritos em dívida ativa pela Autarquia Previdenciária, decorrentes de pagamento indevido de benefício. São os elementos hermenêuticos que embasam a razão de decidir no Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

As decisões proferidas pelo STJ, órgão com atribuição de interpretar a legislação federal, muito mais que técnicas, pois analisam a natureza jurídica indissociável das obrigações provenientes de responsabilidade civil, prestigiam o Acesso à Justiça, como um dos alicerces da estabilidade da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

É inegável que o Estado Constitucional trouxe grandes transformações à sociedade que viveu no Estado Legislativo. A supremacia dos princípios constitucionais trouxe aos magistrados a missão precípua de interpretar a lei conforme a atualidade de seu tempo, e não mais dizê-la em simples tarefa de subsunção.

No caso paradigmático trazido à lume neste trabalho, é notável a atividade do STJ na interpretação da legislação federal, conferindo a garantia do contraditório e ampla defesa ao executado nas ações que visam o ressarcimento ao erário. É o prestígio ao devido processo legal que tornou possível um julgamento mais humano e igualitário àqueles que se viram subjugados às prerrogativas estatais.

Em um confronto existente entre interesses públicos e privados, o Estado opta pela supremacia do devido processo legal, garantia fundamental, pedra basilar do Estado Democrático de Direito.

Ao se concluir que o devido processo legal é alcançado quando respeitada a natureza jurídica do pleito, conforme o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se a primazia do contraditório e ampla defesa. É a aplicação da justiça formal por meio do devido processo legal.

Sem esgotar o tema, que suscita inúmeras discussões em torno da dicotomia público-privada, o presente trabalho apresenta o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça como uma nova forma de debater a legalidade, bem como as já tão consolidadas prerrogativas da Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL, **Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 1964, número 5, 23 de março 1964. Seção I, p. 2745.

BRASIL, **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 1973, número 1, 17 de janeiro 1973. Seção I, p. 1.

BRASIL, **Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 1980, número 5, 22 de setembro 1980. Seção I, p. 19051.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 1350804 PR 2012/0185253-1**. Plenário. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Sessão de 28/06/2013. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 483-484.

COSTA, Letícia Zuccolo Paschoal da. **A contraposição entre a razoável duração do processo e a satisfação do direito:**

justiça ou celeridade? A temática da segurança jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3574, 14 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24168>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 2. 4. ed. São Paulo: jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

LOPES, João Batista. **Execuções (Aspectos Polêmicos)**. São Paulo: Didática, 2005.

MACHADO, Antônio Costa. **Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luis Guilherme. **Precedente Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução 3**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEGRÃO JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume II. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Américo Luis Martins da. **A execução de dívida ativa da Fazenda Pública**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.



O “MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA” E A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E PARADIGMAS CONSAGRADOS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE: UMA AVALIAÇÃO DE PERSPECTIVAS

Zilda Mara Consalter¹
Dirce do Nascimento Pereira²
Taís Vella Cruz³

RESUMO Os direitos infantojuvenis no Brasil são marcados pela publicação da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), que estabeleceu novos princípios e paradigmas para a interpretação dos direitos relacionados à infância, bem como delimitou a existência de uma nova política de atendimento, focada na descentralização político-administrativa e na participação popular. Contudo, muitas das garantias previstas na legislação dependem das decisões do administrador público e da ação do Poder Executivo, havendo ainda inúmeros desafios a serem superados. Dessa forma, por meio do método histórico-dedutivo e da pesquisa documental e bibliográfica, pretende-se analisar nesta investigação como a Lei 13.257/2016 (conhecida como Marco Legal da Primeira Infância) converge com a legislação já existente e exprime, por meio da idealização de políticas públicas, integração da família e participação popular, a necessidade de atuação do Estado para a realização de ações concretas voltadas à infância e a evitar novos casos de violação de direitos.

Palavras-chave: Marco Legal da Primeira Infância. Estatuto da Criança e do Adolescente. Políticas Públicas. Violação de direitos.

Abstract: *The children’s rights in Brazil are marked by publication of the Law 8069/1990 (Child and Adolescent Statute-ECA) which establishes new principles and paradigms of legal interpretation related to childhood as well as specifies the existence of a new policy of attendant focused on decentralization political and administrative, and in popular participation. However, many of guarantees predicted by law depend on the decisions on the part of public administrator and actions of the Federal Executive Branch, and there are still many overcoming challenges. Then - by the historical-deductive method of approach, and also documental and bibliographical research – this investigation intends to do the analysis if Law 13257/2016 (known as “Legal Standard of Early Infancy” converges with current law, and expresses – by public policies, family integration, and popular participation – the State actions towards the concretization of infancy rights, and to avoid new cases of violence against children.*

Keywords: *Legal Standard of Early Infancy. Child and Adolescent Statute. Public Policies. Violation of rights.*

1 Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa vinculada ao Departamento de Direito das Relações Sociais. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo-USP. Coordenadora do Projeto de Pesquisa sob o título: Aspectos Controvertidos do Direito de Família na Pós-Modernidade (PROPESP/UEPG). Advogada.

2 Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa vinculada ao Departamento de Direito das Relações Sociais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR. Coordenadora do Projeto de Pesquisa sob o título: Aspectos Controvertidos do Direito de Família na Pós-Modernidade (PROPESP/UEPG). Advogada.

3 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Membro-pesquisador do Projeto de Pesquisa sob o título: Aspectos Controvertidos do Direito de Família na Pós-Modernidade (PROPESP/UEPG). E-mail: tais_vella@hotmail.com.

*“Há duas épocas na vida, infância e velhice, em que a felicidade está numa caixa de bombons”.
(Carlos Drummond de Andrade)*

1 À GUIA DE INTROITO: DOS AVANÇOS E DESAFIOS DESDE A CRIAÇÃO DO ECA E OS IDEAIS DA NOVA POLÍTICA DE ATENDIMENTO

No dia 13 de julho de 2015, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA completou 25 anos de vigência. Em comemoração ao jubileu de prata, a Câmara dos Deputados lançou em seu portal uma série de matérias tendo o Estatuto como tema, dentre as quais merece destaque um pequeno texto, pontuando 25 desafios ainda enfrentados pelo ECA.⁴

No rol dos desafios mencionados na matéria, cabe ressaltar, entre outros, o combate à pobreza, a situação de rua de inúmeras crianças e adolescentes brasileiros, o trabalho e a violência infantil, a falta de estrutura para aplicação de medidas socioeducativas, além da ausência de Conselhos Tutelares e a dificuldade de acesso a creches e escolas. A esses, pode-se facilmente somar as políticas de incentivo e educação para a amamentação, mortalidade e nutrição infantil, educação básica e fundamental de qualidade, fomento ao suporte de mães que trabalham, entre muitos outros.

A elaboração da listagem faz perceber que a realidade ainda destoa do universo ôntico pensado quando da publicação do ECA há mais de duas décadas: muitos dos princípios ainda aguardam implementação e o consequente contato direto com aqueles que fazem parte da sociedade, fato que impede o pleno alcance dos resultados promissores tão almejados pelo legislador.

O ECA guarda suas bases em normas de direito internacional (representadas pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989) e ainda por normas de direito interno de natureza pública e privada, destacando-se as disposições do texto constitucional de 1988 (que cuidadosamente observou as necessidades da criança e do adolescente no Brasil), além de diversas leis ordinárias e especiais que tocam o tema.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi proclamada em 20 de novembro de 1989. Apresentado o seu Projeto no início do ano de 1978, o objetivo inicial era concluir o seu texto até o ano de 1979, em comemoração ao Ano Internacional da Criança. Porém, as tensas negociações envoltas em embates políticos e ideológicos decorrentes da multiplicidade de entendimentos acerca da concepção de infância trazida pelos mais diferentes Estados⁵, fez com que o reconhecimento internacional da infância e de seus direitos poster-

gasse até o ano de 1989. Ainda assim, a Convenção trouxe inovações de grande importância, inaugurando, em âmbito internacional, o princípio da proteção integral e o reconhecimento da criança como sujeito de direitos.

Enquanto isso, no Brasil, propostas eram discutidas no Congresso Nacional para a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que aconteceria no ano seguinte, em 1990. Desde 1988, o Brasil já era conhecedor do princípio da proteção integral, vez que o artigo 227 da Constituição, resultado dos trabalhos da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, já expunha o dever fundamental da família, da sociedade e do Estado de proverem especial atenção para os assuntos relacionados à infância.⁶

O texto da Convenção somente foi ratificado pelo Congresso Nacional em 21 de novembro de 1990, enquanto que o Estatuto – influenciado por princípios dessa mesma Convenção – já estava em vigência desde o dia 13 de julho daquele mesmo ano. Diante disso, inevitável questionar: como foi possível a antecipação desses preceitos na legislação nacional?

A resposta está na participação constante de representantes brasileiros nos trabalhos da Convenção. Desde o ano de 1981 todas as sessões contaram com a presença de um representante brasileiro e embora a participação com a propositura de ideias e temas não seja objeto de destaque, a presença serviu para trazer para o direito interno as mais modernas e relevantes discussões sobre os direitos da criança e do adolescente, que ensejaram tanto na proteção constitucional da matéria, como na criação do Estatuto, já em 1990.

Todos esses fatores fizeram do ECA uma das mais importantes legislações voltada para a infância e juventude em todo o mundo e fez com que servisse de modelo para a criação de legislações semelhantes em diversos países, principalmente na América Latina.⁷

A importância da Constituição de 1988 para os direitos da criança não se restringe à incorporação da doutrina da proteção integral. O texto constitucional ainda trata da política de atendimento à infância e juventude e reflete, sobretudo, os ideais democráticos e a importância da participação popular na definição de demandas sociais.

O parágrafo 7º do artigo 227 da Constituição dispõe sobre a política de atendimento das crianças e dos adolescentes e impõe que essa política seja guiada pelas mesmas diretrizes aplicáveis à política de assistência social, ou seja, pautando-se na descentralização político-administrativa e na participação popular.⁸

4 Os 25 desafios podem ser melhor avaliados lendo-se em: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Câmara Notícias**. Direitos Humanos. 25 desafios do ECA, 10/07/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/492067-25-DESAFIOS-DO-ECA.html>> Acesso em: 10 jul. 2016.

5 ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e tensões. **Cadernos de Pesquisa**, v. 40, n. 141, p. 693-728, set./dez. 2010.

6 CONSALTER, Zilda Mara; PEREIRA, Dirce do Nascimento; CRUZ, Taís Vella. O Estatuto da Criança e do Adolescente, 25 anos depois: qual papel exerce a família como fator de sua efetividade. **Revista Jurídica da Faculdade União**. Ano 9, n. 1, p. 63-75, out. 2015.

7 PANSARDI, Bárbara. Mobilizar para garantir: 25 anos do ECA. **Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades**. 14:07, 13/07/2015. Disponível em: <<http://www.ceert.org.br/noticias/direitos-humanos/7561/mobilizar-para-garantir-25-anos-do-eca>> Acesso em: 20 jul. 2016.

8 TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: _____.

A partir disso, a Constituição preceitua que deve ocorrer a distribuição do poder entre todas as unidades federativas e que por meio de uma atuação harmônica e complementar, devem ser as responsáveis pela definição e execução das ações relativas à política de atendimento. Já em relação à participação popular, a sociedade deve ser chamada a colaborar na formulação de políticas públicas, bem como controlar, exigir e fiscalizar as ações governamentais, em todas as suas esferas.⁹

A incorporação de tais princípios democráticos permitiu a construção de uma nova feição à política de atendimento infantojuvenil. A partir dessa nova concepção foi deixado de lado o modelo de atendimento centralizado e vertical – de cunho assistencialista e repressivo com vistas à correção – sustentado até então pelo Código de Menores.¹⁰

Essa alteração de paradigmas permitiu o surgimento do chamado Sistema de Garantias de Direitos, no qual se inserem os órgãos, entidades, programas e serviços destinados a executar as disposições presentes no ECA. O legislador cuidou de especificar e traçar quais seriam os princípios e as ações a serem desenvolvidos para a execução da nova política de atendimento.

Assim, o artigo 86 da Lei 8.069/1990 estabelece que a política de atendimento dos direitos da criança seja realizada por intermédio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais de todos os entes da federação¹¹, o que reflete o ideal de execução conjunta das garantias estabelecidas.

A partir deste ponto, o Estatuto define quais são as linhas de ação a se executar. Por linhas de ação devem ser entendidas as ações necessárias e imprescindíveis para construção e desenvolvimento da política de atendimento¹². Assim, elas devem ser compreendidas como o mínimo necessário para execução dos preceitos do Estatuto, pois são os instrumentos que permitem a operacionalização e a materialização dos fins propostos.

Dessa forma, o artigo 87 dispõe que são linhas de ação da referida política: a) as políticas sociais básicas, que visam a satisfação do mínimo necessário para a existência digna da criança e do adolescente; b) as políticas e programas sociais, em caráter supletivo, para aqueles que necessitem, com o propósito de proteger as parcelas da população mais vulneráveis socialmente; c) os serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão, bem

como serviços especiais relacionados à garantia da convivência familiar.¹³

Nesse sentido, verifica-se que a nova política de atendimento guarda profundas relações com a regulamentação e criação de políticas públicas adequadas voltadas para os interesses da criança e de sua família. A criança e o núcleo familiar devem ser o foco da política de atendimento, fazendo jus ao novo *status* de sujeito de direito que lhe conferem tanto a Constituição quanto o Estatuto.

O ECA cuidou ainda de delimitar as diretrizes da política de atendimento. Desse modo, expõe no artigo 88 verdadeiros comandos normativos a serem seguidos pelos operadores do Estatuto. De igual forma procedeu-se com as linhas de ação: o legislador foi cuidadoso ao expor em dez incisos quais as ações necessárias para a viabilização da nova política de atendimento.¹⁴

Face a esse dispositivo, cabe destacar alguns comandos centrais, tais como a municipalização do atendimento, conforme adiante se procederá.

13 ECA. Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: I - políticas sociais básicas; II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências; III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente. VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

14 ECA. Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento; II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; III - criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa; IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente; V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional; VI - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei; VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade. VIII - especialização e formação continuada dos profissionais que trabalham nas diferentes áreas da atenção à primeira infância, incluindo os conhecimentos sobre direitos da criança e sobre desenvolvimento infantil; IX - formação profissional com abrangência dos diversos direitos da criança e do adolescente que favoreça a inter-setorialidade no atendimento da criança e do adolescente e seu desenvolvimento integral; X - realização e divulgação de pesquisas sobre desenvolvimento infantil e sobre prevenção da violência.

Curso de direito da criança e do adolescente. Aspectos teóricos e práticos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 397-462.

9 Ibidem, p. 404.

10 Ibidem, p. 405.

11 ECA. Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

12 TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: _____. **Curso de direito da criança e do adolescente.** Aspectos teóricos e práticos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 397-462.

O proposto no inciso I do referido artigo está ligado ao ideal da descentralização político-administrativa proclamado pela Constituição. A partir dessa diretriz, espera-se a atuação do município e da comunidade local na política de atendimento, uma vez que são os responsáveis pela execução direta das políticas públicas locais.

Deste fato não implica concluir que exoneram-se os Estados e a União de igualmente atuar em prol das crianças e adolescentes, mas apenas reforça o dever de atuação dos municípios na gestão das políticas locais.

Também é diretriz da política de atendimento a criação de Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, os quais seriam os órgãos responsáveis pela deliberação e controle das ações relacionadas à política de atendimento.

Nessa senda, a criação desses Conselhos permite/incentiva a participação popular na identificação de demandas e na formulação de políticas públicas, bem como representam a democracia participativa na área da infância. No que tange aos Conselhos, está prevista ainda a criação de Fundos (nacional, estadual e municipal), que deverão ser vinculados à sua atuação direta.

A criação e manutenção de programas específicos, voltados para atender demandas peculiares de crianças e adolescentes também estão inclusos no rol das diretrizes elencadas pelo Estatuto. Além disso, deverá ocorrer, também, a comunicação e integração dos órgãos que prestam atendimento ao adolescente autor de ato infracional como forma de alcançar resultados mais efetivos.

Somado aos comandos acima, a formação contínua e específica dos profissionais atuantes na política de atendimento é outra diretriz da nova política.

Este fato mobiliza a opinião pública e se cumpre o objetivo de aproximar e propiciar um ambiente favorável à participação de diversos segmentos da sociedade na concretização do atendimento à criança e ao adolescente.

Veja-se que a mobilização da opinião pública é essencial para a confecção da nova política de atendimento idealizada pelo ECA, pois muitas das garantias estabelecidas na Constituição – e depois no Estatuto – refletem a grande participação popular e mobilização da sociedade civil pelas mudanças de paradigmas nos direitos infantojuvenis. Isso porque a idealização e execução da nova política de atendimento – pautada na existência de políticas públicas adequadas – exige a atuação de todos os agentes sociais indistintamente.

Em relação a isso, a fala de Marilene Cruz, integrante da Pastoral do Menor, organização atuante na defesa dos direitos infantojuvenis, em entrevista ao Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades, sobre os 25 anos do ECA reforça a importância do envolvimento global previsto na legislação, bem como uma espécie de desmotivação pelas pessoas sobre o tema:

Hoje a gente arrefeceu, estamos mais desmobilizados. A sociedade civil precisa se reorganizar

e realmente voltar a ocupar lugar na área da criança e do adolescente. Precisa ser mais proativa, denunciadora, propositiva, e exercer mais o controle social. Antigamente, o contexto político favorecia em alguns momentos, mas em outros não. E isso não era motivo para arrefecer. A gente estava muito convicto do que era necessário, do que o Estatuto veio trazer, por isso corríamos pra fazer valer o que estava sendo aprovado. É preciso retomar esse ardor da sociedade civil.¹⁵

O que se pode averiguar desse rápido panorama introdutório é que muito já foi feito e ainda há bastante por fazer.

Daí essa investigação (pautada em técnicas de pesquisa documental indireta: legislação e jurisprudência, além de dados estatísticos e matérias jornalísticas; bem como respeitando o método dedutivo de abordagem científica), que objetiva avaliar o atual *status* da proteção da primeira infância no Brasil, ao tempo em que também analisa a novel legislação sobre o tema e se relembra casos emblemáticos de violação de elementares direitos das crianças (até aqueles mais simples – conforme lembra Drummond, e que serve de epígrafe a este ensaio – como uma simples caixa de bombons).

O fato é que a sociedade civil exerce papel de grande importância na realização das garantias propostas para os direitos da criança e do adolescente; direitos esses que decorrem dos princípios difundidos com a Constituição e a nova ordem democrática, a qual impõe ao Estado e a sociedade a atuação conjunta em prol dos direitos fundamentais inerentes à infância e à adolescência.

2 CAMINHOS DA GESTÃO PÚBLICA, INVESTIMENTOS E EXECUÇÃO DA POLÍTICA DE ATENDIMENTO

De acordo com o princípio da prioridade absoluta, a família, a comunidade, a sociedade e o Estado tem o dever de atuar quando há interesses da criança e do adolescente, não cabendo hierarquias, questionamentos ou ponderações relativas à matéria, vez que tal determinação deriva da própria escolha do legislador constituinte, insculpida no texto constitucional.¹⁶ “De acordo com esse princípio, toda criança e adolescente deve receber prioridade no atendimento dos serviços públicos e na formulação de políticas sociais”.¹⁷

15 PANSARDI, Bárbara. Mobilizar para garantir: 25 anos do ECA. **Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades**. 14:07, 13/07/2015. Disponível em: <<http://www.ceert.org.br/noticias/direitos-humanos/7561/mobilizar-para-garantir-25-anos-do-eca>> Acesso em: 20 jul. 2016.

16 AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: _____. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61-73.

17 CABRERA, Carlos Cabral; REITAS JUNIOR, Roberto Mendes; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direitos da criança, do adolescente e do idoso**: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 9.

Especialmente quanto ao poder público, a observância ao princípio da prioridade absoluta é essencial, vez que somente por intermédio dele é que será possível executar a nova política de atendimento e assegurar todas as garantias à criança e ao adolescente. Desse modo, cabe aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário atuar de maneira coerente com tal princípio/baliza.

O princípio da prioridade absoluta não se fundamenta apenas em sentimentos, é a condição de pessoa em desenvolvimento que o assegura. Mesmo porque grande parte do desenvolvimento físico e mental do ser humano ocorre nos primeiros anos de vida. Durante esse período a criança vive sua única chance de desenvolver normalmente o seu potencial físico, mental e genético. Não há uma segunda chance. Ao não institucionalizar a ética da prioridade absoluta, a sociedade fracassa porque deixa de cuidar daquilo que ela tem de mais precioso e maior garantia da sua continuidade.¹⁸

Nesse contexto, deve ser destacada a atuação do Poder Executivo, eis que cabe a essa esfera do poder programar e realizar ações previstas na legislação, materializar o bem comum em ações e políticas públicas. É claro que a exacerbada responsabilidade do administrador não exige as obrigações dos demais componentes estatais. O que aqui se afirma é que cabe ao executor uma postura mais ativa/direta que a dos demais.

A política pública coloca o governo em ação, pois é justamente na sua formulação que os representantes do Poder Executivo traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais que produzirão efeitos práticos, bem como resultados no mundo real.¹⁹

Dessa forma, a política de atendimento delineada pelo legislador estatutário guarda relação direta com a atuação do Poder Executivo em âmbito nacional, estadual e, principalmente, municipal.

Essa percepção também é levantada por organizações e instituições que trabalham com a proteção dos direitos infantojuvenis, como é o caso da Childhood Brasil. Em matéria disponibilizada no *site* da organização, seus representantes ressaltam a importância da inserção das políticas públicas para a infância na agenda política governamental. Lembra a matéria que crianças e adolescentes são sempre utilizados como “objetos de promoção” nas campanhas, porém, nem sempre são lembrados na pauta política, no momento da formulação e execução das propostas.²⁰

O fato é que assegurar os direitos inerentes à infância e à juventude deve ser compreendido como dever e não opção dos governos que gerem o Estado.

Obviamente que a garantia dos direitos envolve custos e, portanto, prescinde de racional planejamento pelo competente gestor. Como já sustentado por Holmes e Sustain, os direitos implicam em custos ao Estado, custos estes que deverão ser suportados de maneira pública. O custo desses direitos encontra suporte nos tributos pagos pelos contribuintes e estes, por sua vez, deverão ser condicionados de acordo com a contingência ou conveniência, a serem definidos pelo administrador de maneira responsável.²¹

Diante da discricionariedade que paira sob a decisão do administrador, mais uma vez, deve ser lembrada a importância da atuação da sociedade civil para a garantia dos direitos da criança e do adolescente: à sociedade cabe, essencialmente, a fiscalização dos atos da gestão pública, exercendo o chamado controle social. Nesse sentido:

Assim, o controle social é instrumento disposto pelo constituinte para que se permita a atuação da sociedade no controle das ações do Estado e dos gestores públicos, utilizando-se de qualquer uma das vias de participação democrática como ator principal, e não como mero expectador da vida política de seu país.²²

Como já registrado em outras passagens, a descentralização e a participação popular são marcos da Constituição de 1988, sendo essencial a participação da população na elaboração de políticas públicas. Esta é apta, legítima e essencial para indicar quais as principais demandas a serem atendidas, especialmente quanto àquelas ligadas à infância.

Diante de tais colocações, cabe analisar algumas das ações executadas pelo poder público com vistas à realização dos direitos relacionados à infância. Nesse aspecto, a título de ilustração, pretende-se destacar e analisar brevemente a execução de uma das diretrizes da política de atendimento: a criação de Conselhos Tutelares e a atuação do poder público.

O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo encarregado de fiscalizar/zelar pela atenção/cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. Sua criação e atribuições encontram-se descritas no ECA e tem estreita ligação com a preservação dos direitos destes.

Contudo, segundo levantamento da própria Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH), ainda é preciso dar mais atenção para a infraestrutura e capacitação dos profissionais que integram esses órgãos. A referida pesquisa revela que a falta de estrutura dos órgãos tem influência direta no atendimento que é prestado à criança e ao adolescente.²³

18 MOSER, Cláudio; RECH, Daniel (Org.). **Direitos humanos no Brasil: diagnósticos e perspectivas.** Olhar dos parceiros de Misereor. Rio de Janeiro: CERIS/Mauad, 2003. p. 314.

19 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

20 CHILDHOOD BRASIL. **Políticas Públicas para a infância devem fazer parte da agenda política.** 10/10/2012. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/politicas-publicas-para-a-infancia-devem-fazer-parte-da-agenda-politica>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

21 *Apud* LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O controle social dos gastos públicos no Brasil: Efetividade ou mera retórica? **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI - Madrid**, v. 01, n. 03, p. 143-174, 2015.

22 *Ibidem*, p. 163.

23 SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. **20 anos do ECA.** Número de conselhos tutelares no Brasil aumenta 24%. Jul. 2010.

Alguns dados permitem algumas ilações.

No ano de 2010 o Brasil contava com 5.700 Conselhos Tutelares. Em 2015, segundo informações também da Secretaria de Direitos Humanos, o número passou para 5.956 unidades, sendo que o relato é de que apenas 06 municípios no país não contam com a atuação do referido órgão.²⁴

Embora esse número seja positivo, não se pode desconsiderar os dados de precariedade na atuação desses órgãos apresentados no ano de 2010, onde consta que os Conselhos enfrentam diversos problemas na sua estrutura. No Estado de Alagoas, por exemplo, apenas 30% dos Conselhos existentes possuíam telefone fixo²⁵, aparelho indispensável para a realização dos trabalhos.

A ausência de estrutura ainda se estende à falta de veículos, local de atendimento adequado, aparelho de fax e telefonia e até mesmo acesso à *internet*. Na época, o presidente da Associação de Conselheiros Tutelares do Estado da Bahia, Uellington Sousa Rios, afirmou que a falta de estrutura prejudica a apuração de denúncias e o prosseguimento de diversos casos, pontuando que “Não basta criar conselhos. Sem estrutura, é como se não existíssemos”.²⁶

Ainda no ano de 2013, a Secretaria de Direitos Humanos disponibilizou outro relatório intitulado “Cadastro Nacional dos Conselhos Tutelares”. Nesse documento, consta a relação completa de todos os Conselhos existentes no país, bem como revela dados de funcionamento e estrutura. Informação importante que se aúfere do relatório é a disparidade de estrutura existente nos Conselhos nas diferentes regiões do país.

Para exemplificar, enquanto na região Sul 92% dos Conselhos Tutelares possui acesso a telefone fixo, esse número cai para 55% na região Norte do país. Da mesma forma, 80% dos conselheiros realizam plantão com aparelhos celulares próprios do Conselho na região Sul e apenas 45% dos profissionais realizam tal serviço nessas condições na região Norte. Ainda, 98% dos Conselhos possuem computador para trabalho na região Sul contra 93% na região Norte. Embora esse número se aproxime, volta a ter distância ao analisar o acesso a *internet*: 91% na região Sul e 58% na região Norte.²⁷

Tais dados evidenciam que a política de atendimento ainda possui muitos desafios, a destacar a implantação e o adequado e correto funcionamento dos Conselhos Tutelares (para não dizer, o mínimo para a sua atividade, em determinados casos).

Retomando a ideia do controle social da gestão pública, cabe reflexão sobre a atuação das municipalidades no que concerne aos assuntos relacionados à infância.

A descentralização político-administrativa almejada pelo princípio da municipalização ocorre principalmente no intento de fazer buscar a solução para os problemas a partir do conhecimento e proximidade com as dificuldades enfrentadas pelas comunidades.

A municipalização deve ser, então, uma realidade e não mera expectativa. Cada município, de fato, tem que destinar recursos para a infância na lei orçamentária, deve zelar pela criação de Conselhos e do seu adequado/efetivo funcionamento em seu território²⁸:

É, portanto, do Poder Executivo Municipal o dever de propiciar as condições para o regular funcionamento do conselho tutelar, garantindo dotação orçamentária suficiente para que este seja contemplado com estrutura física adequada e os correspondentes suportes administrativo e técnico, sendo seus membros dotados de remuneração digna e capacitação continuada.²⁹

Dessa forma, o Poder Executivo Municipal não só tem o dever de criar os Conselhos, como também viabilizar seu bom funcionamento e estrutura.

A fim de concretizar esse ideal, a sociedade civil deve se fazer presente e atuar para que a destinação de recursos e implantação desses órgãos ocorra de maneira correta.

Diga-se mais uma vez: a descentralização político-administrativa e a participação popular, sobretudo para a criação de políticas públicas e implantação da rede de atendimento, são a grande aposta do ECA. A mobilização da sociedade civil para a criação da lei somada à participação popular registrada anteriormente, quando da constituinte, refletiram em toda a legislação especial, de forma que a todo o tempo, a sociedade é instada a participar.

3 O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA: NOVAS PERSPECTIVAS E NOVOS DESAFIOS

A triste realidade é que muitos dos direitos assegurados pelo ECA são violados com o indivíduo ainda

Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/importacao/2010/07/13-jul-2010-numero-de-conselhos-tutelares-no-brasil-aumenta-24>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

24 SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. **ECA: 25 anos de avanços na promoção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes.** 13/07/2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/julho/eca-25-anos-de-avancos-na-promocao-e-defesa-dos-direitos-de-criancas-e-adolescentes>> Acesso em: 19 jul. 2016.

25 SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. **20 anos do ECA.** Número de conselhos tutelares no Brasil aumenta 24%. Jul. 2010. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/importacao/2010/07/13-jul-2010-numero-de-conselhos-tutelares-no-brasil-aumenta-24>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

26 Ibidem.

27 SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Cadastro Nacional dos Conselhos Tutelares:** Histórico, Objetivos, Metodologias e Resultados. SOARES, Andrei Suarez Dillon (Org.). Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pro>

gramas/fortalecimento-de-conselhos/cadastro-nacional-dos-conselhos-tutelares-1> Acesso em: 19 jul. 2016.

28 AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: _____. **Curso de direito da criança e do adolescente.** Aspectos teóricos e práticos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61-73.

29 TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: _____. **Curso de direito da criança e do adolescente.** Aspectos teóricos e práticos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 397-462.

em tenra idade. A garantia da sobrevivência e o combate à mortalidade infantil, por exemplo, já foi um dos maiores desafios enfrentados no Brasil.

Embora o índice de mortalidade tenha reduzido nos últimos tempos³⁰, esse deve permanecer como objeto de atenção por parte do poder público, eis que representa os cuidados para com um período de grande importância no desenvolvimento da criança: a chamada primeira infância.

Esse período vai do nascimento até os 06 anos de idade e o desenvolvimento ocorrido nesta faixa etária é determinante para a vida da pessoa, vez que as primeiras experiências e o contato com o mundo ocorrem pela primeira vez, razão pela qual influenciarão no desenvolvimento de todas as outras habilidades e com a maneira de portar-se diante do mundo.³¹

As experiências vividas nos três primeiros anos de vida, por exemplo, são cruciais para o desenvolvimento do cérebro humano e o pouco estímulo nessa fase impede a formação de circuitos neuronais que comprometem a capacidade de desenvolver a fala, escrita, leitura, domínio de outros idiomas e etc.³² Por esses e muitos outros motivos, a primeira infância requer cuidados e muita atenção.

Ainda sobre o tema, mas sob o viés das ciências econômicas, quanto mais cedo for realizado o investimento no capital humano, maior será o tempo disponível para recuperá-lo³³, de modo que os investimentos na primeira fase da vida propiciam condições de desenvolvimento de fases posteriores e com isso, o retorno efetivo do investimento.

Atenta a essas necessidades e com o propósito de ressaltar princípios já expostos no ECA, no dia 08 de março de 2016 foi publicada a Lei 13.257, conhecida como “Marco Legal da Primeira Infância”, de autoria do Deputado Federal Osmar Terra (PMDB-RS).

A nova Lei dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera dispositivos do ECA e demais legislações, como o Código de Processo Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho. Seu Projeto teve a justificativa centrada em cinco argumentos: o neuro-

científico, o trabalho extradomiciliar da mulher, a justiça social, o pedagógico e o econômico.

Assim sendo, impera a breve análise de cada um dos substratos legais em separado.³⁴

Em relação ao aspecto neurocientífico, o legislador apontou que a necessidade de dedicar atenção à primeira infância advém de estudos desenvolvidos pelo Centro de Desenvolvimento da Primeira Infância, da Universidade de Harvard³⁵, que comprovam que as experiências vividas pela criança nos primeiros anos de vida influenciam o desenvolvimento regular e saudável dos períodos subsequentes.

Ademais,

[...] a criança com bom desenvolvimento nos primeiros anos de vida provavelmente será um cidadão mais produtivo. O investimento no bem-estar da criança gera retornos a longo prazo e influencia a prosperidade e a viabilidade da sociedade por muitos anos. No entanto, as famílias preocupam-se muito mais com as necessidades do presente do que com as da sociedade amanhã, o que é compreensível.³⁶

Quanto ao trabalho extradomiciliar da mulher, atenta-se para a ausência de suporte à mãe que trabalha fora e não tem onde deixar a criança, sendo direito do infante e da própria família o acesso a creches e demais entidades capazes de dar suporte as famílias que necessitam desses ambientes.

Quando os principais cuidadores da criança decidem trabalhar, devem procurar alternativa para os cuidados de seus filhos. Nos centros urbanos e semiurbanos da América Latina e do Caribe os pais dependem cada vez mais de creches e berçários. Historicamente, o apoio governamental para a expansão de creches e berçários tem estado relacionado à oferta de incentivos públicos para as mulheres procurarem emprego.³⁷

E ainda há que haver uma mudança de concepção sobre as escolas destinadas à primeira infância. Não são elas somente “benemerência” à população mais carente. Não se tratam de apoio a mães que precisam

30 Segundo dados do IPEA, nos anos 1990 a mortalidade infantil no país era de 48 mortes por mil nascidos vivos. Em 2006 o registrado era de 22 mortes por mil nascidos vivos, o que representa declínio de 54% no índice de mortalidade infantil. A meta do milênio era reduzir para 16 mortes por mil nascidos vivos até o ano de 2015. Relatório completo disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro_BrasilDesenvEN_Vol03.pdf>.

31 DIAS, Isabel Simões; CORREIA, Sônia; MARCELINO, Patrícia. Desenvolvimento na primeira infância: características valorizadas pelos futuros educadores de infância. *Revista Eletrônica de Educação*, v. 7, n. 3, p. 9-24. Disponível em: <<http://www.reveduc.ufscar.br>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

32 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Brasil em desenvolvimento* – Estado, Planejamento e Políticas Públicas, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro_BrasilDesenvEN_Vol03.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

33 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Brasil em desenvolvimento* – Estado, Planejamento e Políticas Públicas, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro_BrasilDesenvEN_Vol03.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

34 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei Complementar 6.998/2013*. Altera o art. 1º e insere dispositivos sobre a Primeira Infância na Lei nº 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1214724.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

35 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei Complementar 6.998/2013*. Altera o art. 1º e insere dispositivos sobre a Primeira Infância na Lei nº 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1214724.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

36 BERLINSKI, Samuel; SCHADY, Norbert (Ed.). *Desenvolvimento nas Américas: os primeiros anos. O bem-estar infantil e o papel das políticas públicas*. New York: BID, 2016. p. 1 e 3.

37 BERLINSKI, Samuel; SCHADY, Norbert (Ed.). *Desenvolvimento nas Américas: os primeiros anos. O bem-estar infantil e o papel das políticas públicas*. New York: BID, 2016. p. 18.

trabalhar ou que não podem suportar os ônus de uma cuidadora profissional. As creches são – além de locais de cuidado das crianças em tenra idade – instituições responsáveis por uma relevante parte da formação dos indivíduos.

[...] é preciso que a sociedade brasileira avance nas discussões, entendendo a infância e a escola de Educação Infantil como indispensáveis à estrutura da sociedade e, mais ainda, concebendo-a como um projeto coletivo de grupo de indivíduos.

Valendo-se dessas ideias, propõe-se para as creches, não apenas como mudança da prática e de prédios bem arquitetados, entre a pedagogia e a arquitetura, mas em termos sociais, culturais e políticos.³⁸

No que se refere à justiça social, o parlamentar entende que a existência de desigualdades econômicas e sociais não deve ser fator impeditivo para o desenvolvimento da criança. É dever do Estado prover condições de vida digna para todos.

A massa de meninos e meninas sofreu na carne as consequências da miséria, do preconceito e do descaso do poder público. [...] Nessa realidade, uma política desumana e anticristã nega a meninos e meninas o direito à vida e põe em risco o crescimento do país, pois quando não há alimentação, acolhimento, escola e moradia, especialmente para as crianças, é impossível falar em justiça social.³⁹

No que tange ao argumento pedagógico o Projeto expõe que o contato da criança com educadores qualificados, desde os primeiros anos, estimula a aprendizagem e propicia o prosseguimento dos estudos nas etapas seguintes da educação básica.

O objetivo principal do sistema de educação fundamental é ajudar a criança a adquirir os níveis adequados de literacia, habilidades matemáticas e competências socioemocionais. Retomando a questão da associação entre experiência e tecnologia, as evidências demonstram que o processo de aquisição das habilidades acadêmicas não depende muito da idade. [...] Os resultados de qualidade dependem de profissionais de qualidade, mas os países da região [América Latina e Caribe] ainda enfrentam dificuldades sérias para atrair e manter pessoal qualificado capaz de prestar serviços a crianças pequenas.⁴⁰

E caso esse importante aspecto atinente à primeira infância seja motivo de descaso, além da própria

criança e de sua família, a sociedade e o País terão muito a perder:

[...] o sistema educacional representa mal a natureza e o potencial humanos pela maneira como se organiza, elabora as suas escolhas e se relaciona com as formas de aprendizagens e com os conhecimentos, correndo o risco de desperdício da inteligência da humanidade.⁴¹

E por fim, quanto à economia, o legislador pontua que as iniciativas com a infância e a educação infantil são os melhores investimentos a ser realizados pelo poder público, uma vez que a taxa de retorno é bastante positiva.

Os retornos potenciais do investimento público na primeira infância estão sendo comprometidos pela ausência de uma compreensão sistêmica dos desafios de política na provisão de serviços de qualidade para crianças pequenas. Tão importante quanto escolher os programas ideais é desenvolver uma arquitetura institucional que os apoie.⁴²

No entanto, há que se ressaltar que, como todo investimento, há que ser o mesmo efetuado de forma racional, sistêmica e direcionada; não ao alvitre da mudança do administrador e de modismos.

A partir dessas intenções, a Lei corrobora os objetivos do ECA e reforça alguns de seus princípios.

Conforme ressalta a Promotora de Justiça Luciana Linero, a nova Lei destaca, mais uma vez, a criança como sujeito de direitos e expõe de maneira clara a preocupação do poder público com a criação de políticas públicas voltadas para essa fase específica do desenvolvimento.⁴³

A mesma Lei também dispõe que as políticas públicas voltadas para atender os interesses da criança sejam elaboradas e executadas incluindo a participação da própria criança, observando-se suas características etárias e desenvolvimento. Dessa forma, é evidente o reconhecimento da criança como sujeito de direitos e não apenas como telespectadora das ações do Estado e de seus responsáveis. A intenção também é ingressá-la na vida cidadã e promover a sua inclusão social.

Incluir a criança, enquanto sujeito interessado, na formulação de políticas públicas que lhe diz respeito tende a tornar a execução e os resultados das ações do poder público mais efetivas, uma vez que a lei prevê uma série de procedimentos planejados para atender diretamente as intenções da criança e capazes de cap-

38 BORGES, Roberta Rocha. **A creche como instituição dedicada à primeira infância e concebida a partir de fóruns públicos situados na sociedade civil**. Campinas: Forma Escrita, 2014. p. 14-15.

39 SOUZA NETO, João Clemente; NASCIMENTO, Maria Letícia B. P.; PEREIRA, Beatriz Oliveira. **Infância: violência, instituições e políticas públicas**. São Paulo: Expressão e Arte, 2006. p. 26.

40 BERLINSKI, Samuel; SCHADY, Norbert (Ed.). **Desenvolvimento nas Américas: os primeiros anos. O bem-estar infantil e o papel das políticas públicas**. New York: BID, 2016. p. 20 e 205.

41 BORGES, Roberta Rocha. **A creche como instituição dedicada à primeira infância e concebida a partir de fóruns públicos situados na sociedade civil**. Campinas: Forma Escrita, 2014. p. 14.

42 BERLINSKI; SCHADY, op. cit. p. 205.

43 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Marco Legal da Primeira Infância – Conheça os principais avanços, limitações e desafios da nova lei**. 16/06/2016, 16h40. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=6502&tit=Marco-Legal-da-Primeira-Infancia--Conheca-os-principais-avancos-limitacoes-e-desafios-da-nova-lei>> Acesso em: 19 jul. 2016.

tar as diferentes formas de expressão infantil, como por exemplo, as escutas diferenciadas.

A legislação trata também da aproximação da família e da comunidade para a criação de políticas públicas.

Abre-se aqui um parêntesis para dizer que o ECA já mencionava que é dever da família, da comunidade e de toda a sociedade cuidar do melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, a nova Lei especifica que a sociedade e a família, de maneira solidária, contribuirão para a promoção da primeira infância, formulando políticas e controlando ações, integrando conselhos e órgãos representativos dos direitos da criança, executando ações diretamente ou em parceria com o poder público, dentre outras atividades ligadas à proteção e desenvolvimento dos infantes.⁴⁴

Com isso, a legislação alude à importância de promover o auxílio à família enquanto núcleo de desenvolvimento da criança e de incluí-la nas políticas públicas a serem realizadas com a primeira infância.

O envolvimento da comunidade e sociedade, também proposto pela nova legislação, representa, mais uma vez, o chamamento da participação popular, seja para propositura de novas ideias, seja para fiscalização e controle das ações ligadas ao melhor interesse dos infantes.

Outro aspecto de grande importância presente na legislação está disposto em seu artigo 3º, o qual cabe a transcrição:

Art. 3º A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

Com esse dispositivo específico, o Estado deixa manifesto o seu dever de estabelecer políticas e planos relacionados à primeira infância, eis que de maneira geral e por força constitucional, o Estado já era obrigado à promoção de planos e ações que viabilizassem o acesso a direitos fundamentais, vez que estes estão diretamente relacionados com a dignidade humana, objeto de proteção do Estado Democrático.⁴⁵

44 MLPI. Art. 12. A sociedade participa solidariamente com a família e o Estado da proteção e da promoção da criança na primeira infância, nos termos do caput e do § 7º do art. 227, combinado com o inciso II do art. 204 da Constituição Federal, entre outras formas: I - formulando políticas e controlando ações, por meio de organizações representativas; II - integrando conselhos, de forma paritária com representantes governamentais, com funções de planejamento, acompanhamento, controle social e avaliação; III - executando ações diretamente ou em parceria com o poder público; IV - desenvolvendo programas, projetos e ações compreendidos no conceito de responsabilidade social e de investimento social privado; V - criando, apoiando e participando de redes de proteção e cuidado à criança nas comunidades; VI - promovendo ou participando de campanhas e ações que visem a aprofundar a consciência social sobre o significado da primeira infância no desenvolvimento do ser humano.

45 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. Atlas: São Paulo, 2013. p. 74.

Esse mesmo sentido seguia o ECA, que em seu artigo 4º também expunha o dever do Estado em assegurar a realização de direitos fundamentais à criança e ao adolescente. Nesse ponto, contudo, não se pode afirmar que a nova Lei traga algum avanço na especificação dos meios para fazer valer tais direitos.

Aspecto positivo da novel legislação está em justamente indicar as políticas públicas como instrumento para a realização de garantias na primeira infância. Conforme pontua Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas podem ser compreendidas como “[...] um conjunto de princípios, diretrizes, objetivos e normas de caráter permanente e universal, que orientam a atuação do poder público em uma determinada área”.⁴⁶

As políticas públicas permitem que os direitos fundamentais deixem o plano abstrato e passem a fazer parte da vida das pessoas, vez que se materializam em programas e ações que atendem diretamente o interesse delas, como por exemplo, programas de transferência de renda, saúde da família, acompanhamento escolar, dentre outros.

Com isso, ao expor de maneira direta que para a garantia da prioridade absoluta o Estado assume o compromisso e reconhece que é seu dever promover políticas, planos e serviços voltados à primeira infância, a família, as comunidades e a sociedade em geral ganham mais um instrumento para realizar fiscalização e acompanhar os atos do Poder Executivo em prol da realização dos princípios e garantias do Estatuto, sobretudo aquelas ligadas à primeira infância.

Porém, as Promotoras de Justiça atuantes no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente do Estado do Paraná, Luciana Linero e Hírminia Dorigan de Matos Diniz expõem um aspecto falho da lei: não há no texto legal especificação de fontes de financiamento específico para custear as políticas públicas a que ela se refere, comprometendo os resultados esperados.⁴⁷ Esbarra-se, desta forma, num obstáculo bastante considerável no que tange à realização dos comandos normativos tão bem intencionados.

Dessa forma, mais uma vez, as ações relacionadas à infância ficam a critério do administrador público, que sem previsão específica na lei, deve estar atento aos princípios da municipalização e prioridade absoluta, resguardando no orçamento público parcelas destinadas aos investimentos para a primeira infância.

Como demonstrado até o momento, essa atenção ainda não é integralizada, de modo que sempre cabe recorrer aos agentes da sociedade civil para realizar o controle social dos gastos públicos, bem como exigir que sejam destinados nas proporções corretas a rubri-

46 *Apud* LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. Atlas: São Paulo, 2013. p. 85.

47 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Marco Legal da Primeira Infância** – Conheça os principais avanços, limitações e desafios da nova lei. 16/06/2016, 16h40. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=6502&tit=Marco-Legal-da-Primeira-Infancia--Conheca-os-principais-avancos-limitacoes-e-desafios-da-nova-lei>> Acesso em: 19 jul. 2016.

cas de relevante interesse como são aquelas voltadas à proteção da primeira infância.

No mais, não se deve desconsiderar os avanços trazidos ou projetados com a nova Lei, afinal, não é possível pensar na concretização de garantias fundamentais a crianças e adolescentes se a violação de direitos já tem início na primeira infância.

4 A PRECARIIDADE NA PRIMEIRA INFÂNCIA E AS BREVES HISTÓRIAS DE MARIELMA E ÍTALO

De tempos em tempos notícias cruéis chegam ao conhecimento da população expondo a violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Na maioria das vezes, essas notícias circulam nas mídias por algumas semanas e deixam pessoas chocadas com as histórias relatadas, mas aos poucos dão lugar a outras notícias, e vez ou outra voltam aos noticiários, em rápida passagem, para esclarecer ou mencionar mais algum detalhe.

Algum tempo depois, pode ser que outra notícia, mais cruel e mais pesada volte a ser dada, mas até que ela aconteça a impressão é que o ECA realmente funciona e todas as garantias previstas nele são fielmente executadas.

Em 10 de junho de 2016 uma dessas trágicas notícias foi objeto de reportagem, que trazia a público os seguintes fatos: “O que mudou desde a morte de Marielma, torturada e violentada pelos patrões aos 11 anos⁴⁸”. Essa notícia se refere ao assassinato da menina Marielma, ocorrido em 12/11/2005 – há pouco mais de 10 anos.

A criança de 11 anos foi “dada” pela mãe a um casal que morava na cidade de Belém/PA. O acordo era que Marielma deveria cuidar do bebê do casal e em troca teria escola, comida e sua família receberia uma cesta básica. A mãe da menina, moradora da cidade de Vigia/PA, tinha dificuldades de criar os quatro filhos e por isso, acreditava que a filha teria uma vida diferente na capital. Após trabalhar como babá da família e sem nunca ter frequentado a escola, Marielma foi encontrada morta, após uma sessão de espancamento.⁴⁹

Transcorridos pouco mais de 10 anos outro fato tomou conta dos noticiários: Ítalo, morador de uma comunidade na Zona Sul de São Paulo, foi morto aos 10 anos de idade em uma troca de tiros com a polícia. O menino morava com familiares na comunidade e engraxava sapatos no aeroporto para conseguir dinheiro. Era conhecido pelos moradores da vizinhança como um

menino calmo, mas estava praticando furtos de objetos que encontrava à vista, tais como bicicletas e outros, em um condomínio da região. Os policiais relataram que estavam em patrulhamento, quando avistaram um veículo furtado, ocupado por duas pessoas. Saíram em perseguição ao veículo, mas um dos condutores perdeu o controle e se chocou com um ônibus. Quando a equipe realizou a abordagem, foi recebida por tiros. Ítalo foi atingido por um dos disparos e morreu.⁵⁰

Histórias de lugares, tempos e pessoas diferentes, mas com alguns pontos em comum: além das idades bem próximas, Marielma e Ítalo compartilham semelhanças na trajetória de suas infâncias, principalmente relacionadas à vulnerabilidade social e a violação de direitos básicos que há muito tempo já lhe são assegurados deontologicamente pelo ECA.

Segundo as informações disponibilizadas nas reportagens, as crianças tiveram a infância – na qual também se compreende a primeira fase protegida na nova Lei – bastante comprometida.

E ainda que a faixa etária na qual ocorreram os fatos não fossem propriamente o objeto do Marco Legal da Primeira Infância (Marielma estava com 11 anos e Ítalo com 10), caso executada adequada e escoreitamente, a nova Lei teria aumentado as chances de modificar os finais daquelas histórias, uma vez que as políticas públicas e os cuidados com a família são importantes instrumentos para a preservação dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a pobreza e a ausência do Estado acentuam a situação de vulnerabilidade das famílias e dos seus indivíduos, haja vista que tendem a diminuir as chances de empoderamento e a concretização de direitos básicos⁵¹, atrapalhando o desenvolvimento da primeira infância e as fases que a sucedem.

É certo que cabe sempre a ressalva de que a violência e o destrato com crianças não são exclusividade dos casos apresentados, tampouco das classes sociais menos favorecidas. Veja-se, por exemplo, as histórias das crianças Isabela e Bernardo⁵², também vítimas de violência e violação de direitos perpetrados em ambientes de famílias economicamente privilegiadas.

Os argumentos apresentados pelo legislador na proposição do Projeto de Lei visando a primeira infân-

50 PORTAL DE NOTÍCIAS G1. “Por que fizeram isso com ele?” Diz mãe de menino morto pela PM em SP. 03/06/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/06/por-que-fizeram-isso-com-ele-diz-mae-de-menino-morto-pela-pm-em-sp.html>> Acesso em: 10 jun. 2016.

51 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. **Human Development Report 2014**. Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016

52 A menina Isabella Nardoni foi encontrada morta, no jardim do prédio em que moravam o pai e a madrasta, no dia 29/03/2008. Síntese do caso em <<http://images.ig.com.br/infografico/casonardoni/index.html>>. O menino Bernardo Boldrini foi encontrado morto, enterrado em uma cova rasa em abril de 2014. O caso ainda não foi julgado e os principais suspeitos de causar a morte do menino são o pai e a madrasta. Síntese do caso em <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/index.html>>. Nas duas situações, os envolvidos e as vítimas são de classe média alta.

48 UOL NOTÍCIAS. **O que mudou desde o assassinato de Marielma, torturada e violentada pelos patrões aos 11 anos**. 10/06/2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2016/06/10/o-que-mudou-desde-o-assassinato-de-marielma-torturada-e-violentada-pelos-patroes-aos-11-anos.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

49 BBC BRASIL. **Morte de babá de 11 anos alerta para riscos do trabalho infantil**. 07/08/2006. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2006/08/060807_domesticasmarielma.shtml> Acesso em: 10 jun. 2016.

cia vão ao encontro das necessidades que foram vividas por Marielma e Ítalo: o apoio à família e o incentivo à educação logo nos primeiros anos da vida da criança faltaram às histórias apresentadas; o que evidencia ainda mais a necessidade de dedicar maior atenção e tratar os problemas relativos à infância como prioridades do Estado.

A precariedade vivida nessas infâncias trouxe resultados perversos. Esses casos viraram notícia, mas apenas representam uma infinidade de outros suportados diariamente pelo país. Se 2,8 milhões de crianças e adolescentes ainda se encontram fora da escola⁵³ e 21.021 denúncias de violação aos direitos infantojuvenis⁵⁴ foram registradas somente no ano de 2015, muito precisa ser feito para mudar o final de várias histórias.

5 DERRADEIRAS PONDERAÇÕES: NÃO À ESPERA DE UM MILAGRE, MAS DA CONCRETIZAÇÃO DE NECESSÁRIOS DIREITOS

Não há dúvidas de que o ECA significou instrumento legislativo de grande avanço para a proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, refletindo as intenções celebradas na Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 e os ideais da Constituição de 1988. Também é fato que os princípios do Estatuto modificaram a forma de ver e tratar a criança e o adolescente no Direito e na sociedade brasileira.

O texto legal ainda consagra linhas de ação e diretrizes especiais para a execução de uma nova política de atendimento à criança e ao adolescente, distante da opressão e da autoridade, mais próxima da participação popular e da realidade de cada comunidade.

Porém, a integralização de seus princípios, como a municipalização e a prioridade absoluta, ainda enfrenta desafios: a realização do que está previsto na legislação perpassa pela fiscalização e controle dos atos discricionários do Poder Executivo e demanda atuação próxima e constante daqueles que integram a sociedade civil.

O ideal de alcançar a participação popular e envolver a família se mantém, pelo que a Lei 13.257/2016, o chamado Marco Legal da Primeira Infância, surge como importante suporte legislativo para reforçar os princípios do Estatuto e dedicar atenção à fase essencial no desenvolvimento da criança e do adolescente: a primeira infância.

53 UOL EDUCAÇÃO. **Brasil tem 2,8 milhões de crianças e adolescentes fora da escola**. 19/01/2016. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2016/01/19/brasil-tem-28-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-fora-da-escola.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

54 BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos – Ministério da Justiça e Cidadania. **Disque 100: Quatro mil denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes foram registradas no primeiro trimestre de 2015**. 18/05/2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/maio/disque-100-quatro-mil-denuncias-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-foram-registradas-no-primeiro-trimestre-de-2015>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

Com a assunção do dever de realizar políticas públicas específicas para a primeira infância pelo Estado e o chamamento da família, da sociedade e da própria criança para a criação dessas propostas, renasce a expectativa de construir melhores condições de vida e desenvolvimento para a criança no Brasil.

No entanto, apenas a previsão legislativa de direitos e garantias fundamentais já não é suficiente para externá-las no mundo dos fatos. Como exposto pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia Antunes Rocha: “Constituição não faz milagre, faz Direito. [...] O mundo aprendeu que uma norma com cunho e caracteres de fundamentalidade não é suficiente para garantir a sociedade, os seus cidadãos, e principalmente, a eficácia do que nela dispõe.”⁵⁵

Dessa forma, é preciso criar mecanismos de realização dessas garantias. Espera-se que com esse novo esforço legislativo, a família, a sociedade e principalmente, o poder público, sejam capazes de implementá-las efetiva e definitivamente em nosso País. E que ele seja – como reza o slogan publicitário – realmente, um País de todos.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: _____. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BBC BRASIL. **Morte de babá de 11 anos alerta para riscos do trabalho infantil**. 07/08/2006. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2006/08/060807_domesticasmarielma.shtml> Acesso em: 10 jun. 2016.

BERLINSKI, Samuel; SCHADY, Norbert (Ed.). **Desenvolvimento nas Américas: os primeiros anos**. O bem-estar infantil e o papel das políticas públicas. New York: BID, 2016.

BORGES, Roberta Rocha. **A creche como instituição dedicada à primeira infância e concebida a partir de fóruns públicos situados na sociedade civil**. Campinas: Forma Escrita, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar 6.998/2013**. Altera o art. 1º e insere dispositivos sobre a Primeira Infância na Lei nº 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1214724.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Dispõe sobre as políticas públicas da primeira infância. **Lei n. 13.257 de 08 de março de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CABRERA, Carlos Cabral; REITAS JUNIOR, Roberto Mendes; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direitos da criança, do adolescente e do idoso: doutrina e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

55 ROCHA, Carmem Lucia Antunes **apud** SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia**. Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Fórum: Belo Horizonte, 2007. p. 202.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara Notícias**. Direitos Humanos. 25 desafios do ECA, 10/07/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/492067-25-DESAFIOS-DO-ECA.html>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

CHILDHOOD BRASIL. **Políticas Públicas para a infância devem fazer parte da agenda política**. 10/10/2012. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/politicas-publicas-para-a-infancia-devem-fazer-parte-da-agenda-politica>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

CONSALTER, Zilda Mara; PEREIRA, Dirce do Nascimento; CRUZ, Taís Vella. O Estatuto da Criança e do Adolescente, 25 anos depois: qual papel exerce a família como fator de sua efetividade. **Revista Jurídica da Faculdade União**. Ano 9, n.1, p. 63-75, out. 2015.

DIAS, Isabel Simões; CORREIA, Sônia; MARCELINO, Patrícia. Desenvolvimento na primeira infância: características valorizadas pelos futuros educadores de infância. **Revista Eletrônica de Educação**, v. 7, n. 3, p.9-24. Disponível em: <<http://www.reveduc.ufscar.br>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O controle social dos gastos públicos no Brasil: Efetividade ou mera retórica? **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI - Madrid**, v. 01, n. 03, p. 143-174, 2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. Atlas: São Paulo, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Marco Legal da Primeira Infância** – Conheça os principais avanços, limitações e desafios da nova lei. 16/06/2016, 16h40. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=6502&tit=Marco-Legal-da-Primeira-Infancia--Conheca-os-principais-avancos-limitacoes-e-desafios-da-nova-lei>> Acesso em: 19 jul. 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Brasil em desenvolvimento** – Estado, Planejamento e Políticas Públicas, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro_BrasilDesenvEN_Vol03.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MOSER, Cláudio; RECH, Daniel (Org.). **Direitos humanos no Brasil**: diagnósticos e perspectivas. Olhar dos parceiros de Misereor. Rio de Janeiro: CERIS/Mauad, 2003.

PANSARDI, Bárbara. Mobilizar para garantir: 25 anos do ECA. **Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades**. 14:07, 13/07/2015. Disponível em: <<http://www.ceert.org.br/noticias/direitos-humanos/7561/mobilizar-para-garantir-25-anos-do-eca>> Acesso em: 20 jul. 2016.

PORTAL DE NOTÍCIAS G1. **“Por que fizeram isso com ele?”** Diz mãe de menino morto pela PM em SP. 03/06/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/06/por-que-fizeram-isso-com-ele-diz-mae-de-menino-morto-pela-pm-em-sp.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e tensões. **Cadernos de Pesquisa**, v. 40, n. 141, p. 693-728, set./dez. 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia**. Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Fórum: Belo Horizonte, 2007.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. **20 anos do ECA**. Número de conselhos tutelares no Brasil aumenta 24%. Jul.2010. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/importacao/2010/07/13-jul-2010-numero-de-conselhos-tutelares-no-brasil-aumenta-24>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. **ECA**: 25 anos de avanços na promoção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes. 13/07/2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/julho/eca-25-anos-de-avancos-na-promocao-e-defesa-dos-direitos-de-criancas-e-adolescentes>> Acesso em: 19 jul. 2016.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SOUZA NETO, João Clemente; NASCIMENTO, Maria Letícia B. P.; PEREIRA, Beatriz Oliveira. **Infância**: violência, instituições e políticas públicas. São Paulo: Expressão e Arte, 2006.

TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: _____. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 397-462.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. **Human Development Report 2014**. Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016

UOL NOTÍCIAS. **O que mudou desde o assassinato de Marielma, torturada e violentada pelos patrões aos 11 anos**. 10/06/2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2016/06/10/o-que-mudou-desde-o-assassinato-de-marielma-torturada-e-violentada-pelos-patroes-aos-11-anos.htm>> Acesso em: 10 jun. 2016.



O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SOB A ÓTICA PROCEDIMENTAL

Marcelo Alves da Silva¹
Isadora Stadler Rocha Leite²

Resumo: Instituído no Capítulo I da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, e regulamentado pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, criou-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Trata-se de uma nova modalidade de licitação concebida, inicialmente, com o objetivo de regulamentar as licitações e contratos administrativos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa Mundo FIFA 2014, bem como de obras de infraestrutura e contratações de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos mundiais. Será objeto de nosso estudo explorar qual é o rito procedimental a ser adotado por quem contrata com a Administração Pública nesta nova modalidade licitatória, bem como salientar as inovações trazidas pelo RDC em relação a lei geral de licitações, nº 8.666/93.

Palavras-chave: Nova modalidade. Licitação. RDC. Procedimental. Inovações.

Abstract: Established in Chapter I of Law No. 12.462, of August 5, 2011, and regulated by Decree No. 7581 of October 11, 2011, created the Differentiated System of Public Procurement (DRC). This is a new form of bidding conceived initially in order to regulate the bidding and administrative contracts necessary for the Olympic and Paralympic Games in 2016, the FIFA Confederations Cup 2013 FIFA and the World Cup FIFA World 2014 and the infrastructure construction and contracting services to the airports of the capital from distant states up to 350 kilometers from the headquarters of the world's cities. It will be the object of our study exploring what the procedural rite to be adopted by those contracts in the sector in this new bidding modality, as well as highlighting the innovations brought by the RDC in relation to the general law of bidding, 8.666 / 93.

Keywords: New mode. Bidding. DRC. Procedural. Innovations.

1 INTRODUÇÃO

A licitação é um procedimento administrativo e como tal, possui regras e etapas que devem ser observadas de forma rigorosa para que o expediente alcance legitimidade e validade. No âmbito do RDC não é di-

ferente, portanto é interessante destacar neste início, que muito das inovações trazidas pela Lei nº 12.462/11 no quesito procedimento, é fruto da consagração de mudanças ou especificações que já vinham sendo objeto de discussão pela doutrina e jurisprudência em torno da Lei Geral de Licitações nº 8.666/93, ou seja,

1 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Professor Assistente do Departamento de Direito do Estado da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. E-mail: marceloalvesadv@interponta.com.br.

2 Acadêmica do 5º ano de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. E-mail: isastadler@hotmail.com.

aquela veio aprimorar e atualizar algumas pontuações desta.

Importante ressaltar ainda a importância de possuir um procedimento previamente delimitado, pois traz aos particulares que querem contratar com a Administração Pública uma segurança maior, uma vez que saberão já de antemão às regras a que estarão submetidos.

Pelo artigo 12 da Lei nº 12.462/11, o procedimento de licitação observará as seguintes fases, nesta ordem: I - preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV - julgamento; V - habilitação; VI - recursal; e VII - encerramento, em seu parágrafo único está prevista a chamada inversão de fases, entre a habilitação e julgamento, se devidamente motivada.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2013, p. 459) faz uma breve comparação geral do procedimento da Lei nº 12.462/11 com o da Lei nº 8.666/93:

O procedimento, quando comparado com o da Lei nº 8.666/93, não distingue, de forma expressa, a fase interna da fase externa; inverte as fases de habilitação e julgamento, mas o parágrafo único do artigo 12 permite que a fase de habilitação, mediante ato motivado, anteceda a apresentação de propostas ou lances e o julgamento; inclui as fases de recurso e de encerramento do procedimento.

Agora iremos adentrar em separado em cada uma das fases acima elencadas, trazendo suas principais características e inovações em relação ao que tínhamos até hoje em caráter procedimental, bem como seus pontos mais relevantes, destacando sua importância para o conjunto final do Regime Diferenciado de Contratações.

2 FASE PREPARATÓRIA

Esta fase, que podemos fazer uma referência com a chamada fase interna da Lei nº 8.666/93, ganhou no RDC uma especial atenção e importância. Ela destina-se “a apurar as reais necessidades da Administração e a estabelecer as condições da disputa e da contratação” (MAIA, LEFÈVRE, 2013, p. 61), em outras palavras, a fase preparatória tem como finalidade estipular o objeto a ser licitado bem como delimitar os parâmetros do certame, é o que nos apresenta o art. 4º do Decreto nº 7.581, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas¹ e que aqui transcrevemos:

Art. 4º Na fase interna a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame, tais como:

I - justificativa da contratação e da adoção do RDC;

II - definição:

- a) do objeto da contratação;
- b) do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado;
- c) dos requisitos de conformidade das propostas;
- d) dos requisitos de habilitação;
- e) das cláusulas que deverão constar do contrato, inclusive as referentes a sanções e, quando for o caso, a prazos de fornecimento;
- f) do procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento;

III - justificativa técnica, com a devida aprovação da autoridade competente, no caso de adoção da inversão de fases prevista no parágrafo único do art. 14;

IV - justificativa para:

- a) a fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, quando escolhido o critério de julgamento por técnica e preço;
- b) a indicação de marca ou modelo;
- c) a exigência de amostra;
- d) a exigência de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação; e
- e) a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante;

V - indicação da fonte de recursos suficiente para a contratação;

VI - declaração de compatibilidade com o plano plurianual, no caso de investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro;

VII - termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos;

VIII - projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia;

IX - justificativa da vantagem da divisão do objeto da licitação em lotes ou parcelas para aproveitar as peculiaridades do mercado e ampliar a competitividade, desde que a medida seja viável técnica e economicamente e não haja perda de economia de escala;

X - instrumento convocatório;

XI - minuta do contrato, quando houver; e

XII - ato de designação da comissão de licitação. (Grifo nosso)

O referido dispositivo nos traz ainda, em seu inciso I, a fundamental importância do ente administrativo justificar a escolha pela modalidade licitatória instituída pela Lei nº 12.462/11.

Isso significa que o órgão ou agente administrativo que irá conduzir a licitação tem o dever de realizar todas as diligências necessárias à identificação das necessidades públicas, bem como de justificar a opção pelo RDC no caso concreto. (MAIA, LEFÈVRE, 2013, p. 62).

Importante lembrete nos faz Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2013, p. 461) em sua obra, quando nos fala que, se for o caso da aquisição de bens, há a possibili-

1 Redação dada pelo Decreto nº 8.251, de 2014.

dade de ser indicada a marca ou modelo do produto, desde que seja devidamente justificado na fase preparatória, dentro das seguintes hipóteses: (a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; (b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou (c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”; (art. 7º, I, Lei nº 12.462/11)

Essa possibilidade já existia na nº Lei 8.666/63 (art.7º, § 5º), no entanto não vinham discriminadas as hipóteses em que poderia ser feita, carência que foi corrigida com a implantação do art. 7º, I na Lei nº 12.462/11.

O sempre lembrado binômio necessidade + conveniência deve ser também analisado pela Administração Pública em sua fase interna, averiguar sobre as suas reais insuficiências e a disponibilidade de recursos orçamentários é de extrema importância antes de tornar um edital público, pois sem dinheiro não há possibilidade de contratação.

3 PUBLICAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Essencial a este tópico trazer, já de início, a noção de um dos Princípios Gerais das Licitações, que tudo tem a ver com a Publicação do Instrumento Convocatório, é o Princípio da Publicidade. José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 247), nos ensina que é através deste preceito que ocorrerá a ampla divulgação da licitação, fazendo com que um número maior de pessoas conheça as regras do certame e, por conseguinte, tornando a forma de seleção mais eficiente.

Pois bem, em respeito a este Princípio é que “nasce” esta segunda fase, momento em que o ente público contratante, através da publicação do instrumento convocatório – edital – torna pública sua intenção de comprar.

No sistema jurídico-constitucional vigente, o edital é a norma basilar de concorrência, cujo objetivo precípuo é delimitar o objeto da contratação, determinar os direitos e obrigações dos particulares e do Poder Público, bem como disciplinar os critérios que pautarão a análise e julgamento das propostas e estabelecer as cláusulas do futuro contrato. (MAIA, LEFÈVRE, 2013, p. 68).

Uma vez publicado o edital, a Administração Pública fica totalmente vinculada ao que nele está contido, é o que nos diz o Princípio da Vinculação ao Ato Convocatório, recepcionado tanto pela Lei nº 8.666/93 (artigos 3º e 41) quanto pela Lei nº 12.462 (art. 3º). Outro efeito relevante da publicação do instrumento convocatório é o exaurimento da competência discri-

cionária da Administração, ou seja, ela já não poderá mais realizar ato algum sem a devida motivação. (MAIA, LEFÈVRE, 2013, p. 68)

Quanto ao seu conteúdo, o art. 8º do Decreto nº 7.581 nos traz de forma pormenorizada as exigências com relação ao objeto a ser licitado, bem como todas as características procedimentais a serem adotadas. Destacamos o art. 5º da Lei nº 12.462, que nos mostra a necessidade de “o objeto da licitação ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório”, pois é através da descrição deste que os particulares tomarão ciência do propósito do certame e aí sim poderão decidir pela sua participação ou não.

Ainda sobre o artigo 5º, em sua parte final, há a previsão expressa de uma questão que há tempos vinha sendo objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial em torno da Lei nº 8.666/93. Trata-se da vedação expressa das chamadas “especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias” do objeto, para privilegiar principalmente o tratamento isonômico entre os licitantes, tudo o que for injustificável deve ser retirado do edital. Veja-se o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão TCU nº 950/2007- Plenário²:

(...) a Administração, nos limites da legalidade, deve sempre se pautar pelos princípios da razoabilidade e da indisponibilidade do interesse público, no sentido da contratação da proposta mais vantajosa. Exigências editalícias restritas a aspectos meramente formais que não traduzem vantagem nem prejuízo aos licitantes ou à contratante não podem prevalecer em detrimento da vantajosidade da proposta para a Administração.

4 APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS OU LANCES

Nessa terceira fase, os licitantes, após tomarem conhecimento da necessidade da Administração Pública por meio do instrumento convocatório, irão oferecer seus lances ou propostas, obedecendo os seguintes prazos mínimos, contados a partir da data da publicação do edital e que se encontram descritos no art. 15 da Lei nº 12.462/11, como bem nos resumiu Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 460):

I- Para aquisição de bens: (a) cinco dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e (b) dez dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II- Para a contratação de serviços e obras: (a) quinze dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e (b) trinta dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III- Para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: dez dias úteis;

IV- Para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica em razão do conte-

² Rel. Min. Augusto Nardes, Sessão: 23.5.2007

údo artístico: trinta dias úteis. (DI PIETRO, 2013, p. 460)

Não existe nenhum tipo de disposição que proíba a possibilidade de a Administração Pública adotar prazos maiores do que os acima elencados, desde que justifiquem a necessidade de utilizar-se de tal exceção.

Apresentados os prazos nos convém observar neste momento a preferência que a Lei do RDC deu a forma eletrônica de licitação, ainda que admitida a presencial. Esta disposição está contida no art. 13 da Lei nº 12.462/11 sendo mais uma das características adotadas pelo Regime que visam a celeridade do procedimento. Sua regulamentação (Art. 13, § 2º do Decreto Regulamentador nº 7.581/2011) fala para nos valermos do sistema eletrônico que já vinha sendo utilizado na modalidade de Pregão, mas claro, fazendo as adaptações necessárias que as implementações do novo regime exigem.

Pois bem, a base legal que disciplina este tópico do procedimento encontra-se da leitura conjugada dos arts.16 e 17 da Lei nº 12.462/11 com o Decreto nº 7.581/11 que dispõe sobre as regras e procedimentos da apresentação de propostas e lances do seu art.15 ao 24.

Após uma rápida observação dos artigos acima elencados percebemos a novidade implementada pelo legislador ao adotar dois modos de disputa, o aberto e o fechado, podendo ainda combinar os dois em um só. No aberto, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 463), os licitantes de forma pública irão apresentar seus lances que podem ser sucessivos, crescentes ou decrescentes, tudo variando de acordo com o critério de julgamento adotado. Se for utilizado este modo e ainda a licitação for realizada de forma presencial, é necessário observar o procedimento diferenciado contido no art. 19 do Regulamento (Decreto nº 7.581):

Art. 19. Caso a licitação de modo de disputa aberto seja realizada sob a forma presencial, serão adotados, adicionalmente, os seguintes procedimentos:

I - as propostas iniciais serão classificadas de acordo com a ordem de vantajosidade;

II - a comissão de licitação convidará individual e sucessivamente os licitantes, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta menos vantajosa, seguido dos demais; e

III - a desistência do licitante em apresentar lance verbal, quando convocado, implicará sua exclusão da etapa de lances verbais e a manutenção do último preço por ele apresentado, para efeito de ordenação das propostas, exceto no caso de ser o detentor da melhor proposta, hipótese em que poderá apresentar novos lances sempre que esta for coberta, observado o disposto no parágrafo único do art. 18.

O modo de disputa fechado é o que já vem sendo utilizado pela Lei nº 8.666/93, “onde as propostas serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas.” (DI PIETRO, 2013, p. 463).

Para a combinação dos modos aberto e fechado os arts. 23 e 24 do Regulamento disciplinam:

Art. 23. O instrumento convocatório poderá estabelecer que a disputa seja realizada em duas etapas, sendo a primeira eliminatória.

Art. 24. Os modos de disputa poderão ser combinados da seguinte forma:

I - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19; e

II - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.

5 O JULGAMENTO PRÉVIO DAS PROPOSTAS FRENTE À HABILITAÇÃO

Chegamos agora em um dos tópicos mais importantes, uma vez que ele contempla uma das maiores inovações em caráter procedimental trazidas pela lei do RDC, trata-se da inversão das fases de julgamento e habilitação.

O procedimento licitatório tradicional, consagrado pela Lei nº 8.666, segue uma sistemática em que o exame das propostas apresentadas pelos licitantes interessados fica condicionado ao preenchimento das exigências atinentes à habilitação. O conteúdo das propostas propriamente dito somente será analisado caso se verifique que o particular detém todas as condições do direito de licitar. (LEFÈVRE, 2013, p. 220)

Aqui, no RDC (lei nº 12.462), essas etapas se invertem. O legislador achou por bem apenas habilitar as propostas vencedoras, positivando assim uma mudança que há tempos vinha sendo propagada pela doutrina que muito provavelmente levou em consideração o sucesso que este método obteve na modalidade de Pregão, uma vez averiguado seus bons resultados por todas as esferas governamentais – de acordo com o princípio da eficiência, em que julgar antes de habilitar resulta em um procedimento licitatório mais célere e eficiente se considerarmos que a quantidade de documentos a serem analisados pela Administração irá diminuir consideravelmente quando apenas será examinado os requisitos da proposta classificada em primeiro lugar. Se olharmos pela ótica de que o RDC trabalha com eventos esportivos internacionais com data de acontecimento agendada, quanto maior for a celeridade e ganho de tempo, melhor.

De acordo com Ribeiro, Prado e Pinto Junior (2012, p. 103), a técnica de habilitar depois de julgar é benéfica sustentando que:

Isso torna o procedimento de licitação muito mais ágil e implica grande economia para o Poder Público, pois reduz a quantidade de documentos

a serem analisados no procedimento licitatório e o trabalho para gerenciar e lidar com a grande quantidade de impugnações administrativas e judiciais que ocorrem quando a habilitação se dá antes da abertura das propostas.

Insta destacar que esta inversão trazida pelo novo regime é impositiva: somente serão analisados os documentos inerentes a habilitação da proposta que se mostrar (provisoriamente) como vencedora.

A exceção à regra encontra-se descrita no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.462, quando declara que somente poderá habilitar a proposta antes de julgá-la, se a Administração Pública motivar essa decisão claramente no instrumento convocatório; para esta situação, o Decreto nº 7.581/11, em seu art. 50, traz as seguintes exigências: os licitantes apresentarão simultaneamente os documentos de habilitação e as propostas; serão verificados os documentos de habilitação de todos os licitantes; e serão julgadas apenas as propostas dos licitantes habilitados.

De acordo com o art. 17 do Decreto Regulamentador nº 7.581/2011 e seu parágrafo único, cabe à Comissão de Licitação verificar a conformidade das propostas apresentadas com os requisitos contemplados no instrumento convocatório quanto ao objeto e ao preço, sendo de pronto desclassificadas, de forma motivada, as propostas que não se enquadram nesses requisitos.

Dando azo a um menor rigorismo na condução do procedimento licitatório, os parágrafos 1º e 2º do art. 7º do Decreto regulamentador facultaram à comissão de licitação promover as diligências que entender necessárias e desde que *não seja alterada a substância da proposta*, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo. (ZYMLER; DIOS, 2013, p. 92)

Ainda sobre essa possibilidade de realizar um “saneamento”, o legislador não especifica o que vem a ser a “substância da proposta” que não pode ser alterada, é o que nos dizem Benjamin Zymler e Canabarro Dios (2013, p. 92), complementando ainda ao enunciar que segundo interpretação própria, esta expressão se refere a necessidade de se preservar o objeto oferecido e seu valor; logo o que diz respeito a possíveis omissões ou erros da proposta em relação à validade, descrição do objeto, forma de apresentação e erros aritméticos por exemplo, podem ser sanados sem resultar a desclassificação da proposta vencedora.

Não podemos deixar de notar que com esta possibilidade saneadora há uma harmonização do parágrafo único do art. 17 do Decreto Regulamentador, que significa não desclassificar de pronto uma proposta que pode ser ordenada.

A lei nº 12.462/2011 não reprisou o enunciado de que trata a Lei Geral de Licitações (8.666/93), em seu art. 43, § 3º, quando veda “a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.” Em decorrência da abstenção do

legislador, julgamos ser viável essa possibilidade nos moldes do que foi exposto no parágrafo acima, ou seja, desde que esses documentos e/ou informações não versem sobre o objeto da proposta e seu valor.

Pois bem, após realizadas todas as diligências de saneamento ou se estas não forem necessárias, serão desclassificadas as propostas que (artigos 24 da Lei nº 12.462/2011 e 40 do Decreto nº 7.581/2011):

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

- I - contenham vícios insanáveis;
- II - não obedeçam às especificações técnicas por menorizadas no instrumento convocatório;
- III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;
- IV - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou
- V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

Conforme se lê e se destaca mais uma vez, a lei prevê a desclassificação das propostas que possuam algum vício insanável, logo podemos interpretar que falhas irrelevantes ao curso do certame e que não afetem o interesse público devem ser relevadas.

Após todo este trâmite, chega a hora de habilitar a proposta vencedora, que nada mais é do que verificar a idoneidade e capacitação dos licitantes participantes do certame e, como já vimos aqui no procedimento do RDC, é a fase que antecede o efetivo julgamento das propostas.

A habilitação ou inabilitação do licitante, vale dizer, é ato administrativo vinculado, ou seja, uma vez preenchidas todas as condições previstas no instrumento convocatório, o licitante estará devidamente habilitado a participar das etapas seguintes do procedimento (LEFÈVRE, 2013, p. 220).

A Lei do RDC não inovou muito neste aspecto, pois foram adotadas, em regra, as disposições da Lei nº 8.666/93, que no RDC foi disposta pelo art. 14 da Lei nº 12.462/11, a saber:

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

- I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação;
- II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;
- III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e
- IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado.

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

I - será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento; e

II - poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

O inciso primeiro justifica-se quando a habilitação é feita após o julgamento, sendo o licitante, muitas vezes até antes do próprio julgamento, obrigado a apresentar declaração hábil de que preenche os requisitos necessários a habilitação.

Em relação ao consórcio³, percebemos da leitura do parágrafo único do artigo em destaque, que no RDC sempre será cabível sua participação. Trata-se de uma inovação relevante, uma vez que a Lei nº 8.666/93 definiu como competência discricionária da Administração Pública a escolha de permitir ou não a participação deste tipo de licitante.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 469) nos traz, por fim, o que o Decreto Regulamentador nº 7.581/2011 nos diz sobre a habilitação:

O Regulamento ainda acrescenta as seguintes normas: possibilidade de haver substituição parcial ou total dos documentos por certificado de registro cadastral e certificado de pré-qualificação, nos termos do instrumento convocatório (art. 46, § 1º); se houver inversão de fases: I- os licitantes apresentarão simultaneamente os documentos de habilitação e as propostas; II- serão verificados os documentos de habilitação de todos os licitantes; e III- serão julgadas apenas as propostas dos licitantes habilitados (art. 50).

6 FASE RECURSAL

O sistema recursal implantado pelo RDC foi um misto da regulamentação já existente na Lei nº 8.666/93 em relação a algumas generalidades, somado ao que foi especialmente delineado para o Pregão (Lei nº 10.520). Por ser uma modalidade de licitação nova, além destas similitudes o Regime Diferenciado de Contratações trouxe inovações em diversos pontos.

Estas inovações, de um modo geral, vieram com a proposta de evitar que os recursos interpostos acabem por atrasar a definição dos processos licitatórios, mas sempre resguardando o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88).

Pois bem, se o interessado de alguma maneira se sentir prejudicado por algum ato ou decisão administrativa pode, segundo art. 45, inciso segundo da Lei nº 12.462/2011, interpor recurso contra:

a) Deferimento ou indeferimento de pedido de pré-qualificação de interessados;

b) Habilitação ou inabilitação de licitante;

c) Julgamento das propostas; anulação ou revogação da licitação; indeferimento, alteração ou cancelamento do pedido de inscrição em registro cadastral;

d) Rescisão do contrato determinada por ato unilateral da administração, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/1993;

e) Aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública.

Seguindo o que prevê a Lei do Pregão (nº 10.520) no que tange a interposição de recursos, o RDC prevê que, em regra, haverá apenas uma fase recursal para julgar todos os possíveis recursos interpostos pelos interessados, ou seja, “o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor” (Art. 27, *caput*, Lei nº 12.462), esta disposição encontra referência devida ao momento em que se encontra a fase recursal no procedimento, que é em seguida ao julgamento e a habilitação, logo, nada mais correto que a matéria recursal deva ser referente a estes dois momentos.

Exceção a esta regra acontece quando a habilitação é realizada previamente ao julgamento, ou seja, quando há a inversão de fases no procedimento. Quando isso acontece, por conseguinte, possibilita-se aos licitantes interessados, exercerem seu direito de defesa em dois momentos distintos. Primeiro na fase de habilitação e em segundo, na fase de julgamento.

De acordo com William Romero (2013, p. 307) “esta sistemática de dupla fase recursal deriva do disposto no *caput* do art. 27 da Lei nº 12.462. Prevê-se que, “*salvo no caso de inversão de fases*, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor” (grifos nossos).”⁴

Em relação ao efeito suspensivo, ao contrário do que prevê a Lei nº 8.666/93, em seu art. 109; § 2º, a Lei nº 12.462 não traz nenhum dispositivo que declare a possibilidade de se receber o recurso com efeito suspensivo ou não. Acontece que este silêncio do legislador pode nos levar a crer que ele autoriza a Administração Pública a dar continuidade ao procedimento até seus atos finais e somente após apreciar os possíveis recursos.

William Romero (2013, p. 308) sustenta, porém, que não é o que ocorre. Ele baseia sua explicação no art. 28 da Lei nº 12.462, que aqui transcrevemos:

Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;

3 “(...) associação temporária e provisória entre sociedades, que se comprometem a conjugar esforços e (ou) recursos patrimoniais, visando à execução de um objeto específico, e sem produzir o surgimento de uma nova pessoa jurídica.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 231)

4 “Esclareça-se apenas que no âmbito do RDC a ‘inversão de fases’ é a realização de fase de habilitação previamente ao julgamento das propostas, justamente porque a regra geral é a realização desta fase apenas em momento posterior, e tão somente do primeiro colocado – o que contribui para um desfecho mais célere do processo licitatório, razão primordial da proposta para a edição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas”. (ROMERO, 2013, p. 307)

- II - anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável;
- III - revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou
- IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação. (grifos nossos)

Que ele interpreta da seguinte forma:

(...) o encerramento do processo licitatório está condicionado ao exaurimento da fase recursal. Ou seja, a adoção de providências práticas por parte da Administração passa necessariamente pela análise de todos os recursos interpostos, de modo que este possuirá inequivocamente eficácia suspensiva – ao menos para os fins de impedir o encerramento do procedimento licitatório, adjudicação do objeto, homologação da licitação e assinatura do contrato. (2013, p. 308)

Diante disto, concordamos com a interpretação dada ao dispositivo pelo autor, no sentido de que os recursos interpostos contra a própria decisão do vencedor do certame suspenderão o curso do processo licitatório, excetuando-se apenas as situações onde houver inversão de fases, na qual entendemos ser possível dar andamento ao procedimento sem o efeito suspensivo, dada a imprevisão da Lei neste sentido.

No tocante ao prazo para se interpor o recurso, o legislador em uma atitude louvável, para dar maior agilidade na definição dos impasses, instituiu o prazo máximo de 20 dias úteis para se solucionar o recurso, sendo distribuídos da seguinte forma: a interposição será feita em cinco dias úteis contados da intimação pelo interessado (art. 45, II, da Lei e art. 54 do Decreto nº 7.581); já em seguida, para eventuais contrarrazões dá-se o prazo de igual cinco dias úteis (art. 45, §2º, da Lei e art. 54, §1º, do Decreto), depois a indagação é repassada à autoridade que praticou o ato recorrido, para que também em cinco dias úteis tenha a possibilidade de reconsiderá-lo, ou então apresentá-lo à análise da autoridade superior, que em cinco dias poderá analisá-la (art. 45, § 6º, da Lei e art. 56 do Decreto Regulamentador nº 7.581).

7 ENCERRAMENTO

Chegamos a sétima e última fase do procedimento do Regime Diferenciado de Contratações que se encontra detalhado no art. 28 da Lei do RDC:

- Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá:
- I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;
 - II - anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável;
 - III - revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou
 - IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação. (grifo nosso)

Acerca do tema, achamos interessante anexar o pensamento de Aline Lícia Klein (2013, p. 264), quando ela preleciona:

Em linhas gerais, o RDC adota as mesmas possibilidades de encerramento do procedimento licitatório em relação ao regime geral de licitações. Ao término do procedimento, será possível homologar o resultado da licitação e adjudicar o objeto licitado, anular a licitação por motivo de ilegalidade ou revogá-la por razões de oportunidade e conveniência. Por remissão expressa do art. 44, aplica-se ao RDC o mesmo regime de anulação e revogação das licitações disciplinadas pela Lei nº 8.666.

Porém, duas são as inovações que vieram com o novo regime em relação ao encerramento do procedimento. A primeira encontra-se descrita no artigo acima transcrito, em seu inciso I que trata do dever (e não faculdade)⁵ que tem a autoridade superior, em se defrontando com anormalidades sanáveis no processo licitatório, de remetê-lo à autoridade competente para que o vício seja de pronto sanado. Esta possibilidade não encontra referência na Lei nº 8.666/93 e nos leva a crer que foi implantada para dar maior aproveitamento e celeridade ao procedimento, não o anulando toda vez que algum vício fosse encontrado.

A segunda inovação está no inciso II do mesmo artigo 28 e trata da possibilidade de se anular apenas parte do procedimento, onde, de acordo com a Lei nº 8.666, só podíamos falar, até então, em anulação total do certame. A matéria vem regulada também pelos artigos 57 e 60, II, do Decreto nº 7.581 que repetem a disposição de apenas invalidar os atos não suscetíveis de aproveitamento. Aline Lícia Klein (2013, p. 265) ainda nos lembra dos vícios insanáveis, quando dispõe que mesmo em relação a eles, se for possível utilizar determinados atos que não foram evitados pela irregularidade, esta deve ser a solução a ser tomada.

Ainda em relação ao encerramento do procedimento licitatório, insta frisar a previsão do Regulamento em seu art. 59 da possibilidade de uma nova negociação com o licitante vencedor, prática que visa beneficiar a Administração Pública e que não encontra qualquer irregularidade em relação aos outros competidores, uma vez que já foi definido o resultado final do procedimento. Serão discutidos entre outros critérios, a possibilidade do abatimento de preços e renegociação de serviços.

8 CONCLUSÃO

Através de nosso breve, porém conciso relato, podemos perceber que em decorrência do ambiente em que foi criada, a Lei do RDC veio com proposta de um procedimento licitatório eficiente, porém com uma concepção muito mais célere e enxuta.

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece a existência de um dever e não de mera faculdade da Administração de corrigir defeitos sanáveis. (2012, p. 483-485)

Por ser uma inovação, muitas são as críticas envolvendo essa nova modalidade de contratação, inclusive com autores defendendo sua inconstitucionalidade. Mas fato é que o RDC já vem sendo amplamente utilizado pela Administração Pública, tendo o legislador, inclusive, aumentado seu âmbito de incidência⁶ para atender a novas demandas que foram surgindo desde a sua instituição.

Acreditamos que no caráter procedimental, tema deste trabalho, o legislador da Lei nº 12.462/11 foi muito eficiente, principalmente ao propor o julgamento prévio das propostas frente à habilitação, o que chamamos de inversão de fases. Há, em decorrência desta mudança, uma economicidade de tempo considerável, pois o contratante apenas habilita a proposta vencedora, evitando de cair, assim, em uma burocracia desnecessária.

Esta proposta licitatória ainda é considerada nova se comparada com outras modalidades já existentes, portanto acreditamos que ela ainda poderá render muitos frutos e, se bem utilizada, poderá ser de grande utilidade para o futuro “mercado público” de nosso país.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 2012.
- BRASIL. Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. **Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 25 ago. 2016.
- _____. Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. **Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/l12462.htm>. Acesso em: 25 ago.2016
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm >. Acesso em: 25 ago. 2016.
- _____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Institui a modalidade de licitação denominada pregão**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.
- _____. TCU. **Acórdão nº 950/2007 – Plenário**, relator Ministro Augusto Nardes. Brasília, DF, 28 de maio de 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighlight>>. Acesso em: 25 ago. 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Consórcios de licitantes, In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- KLEIN, Aline Lícia. A desclassificação das propostas e o encerramento do procedimento licitatório no RDC: a possibilidade de correção de vícios sanáveis. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. O procedimento licitatório e a fase de habilitação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A fase interna e o instrumento convocatório no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.
- ROMERO, William. O sistema recursal prevista pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. **Regime Diferenciado de Contratações – RDC**. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2013.

6 Vide art. 1º Lei nº 12.462/11.



OS RECURSOS HÍDRICOS PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Giovanna Paola Primor Ribas¹

Resumo: É fato notório que o mundo sofre com a escassez dos recursos hídricos. Diante dos graves problemas relacionados às águas, comprovados mediante dados obtidos de diversos organismos, o presente artigo pretende analisar as mudanças e os avanços ocorridos no âmbito internacional e no ordenamento jurídico brasileiro no tocante ao tema, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Crise hídrica. Alterações legislativas. Constituição Federal.

Abstract: *It is well known that the world suffers from a shortage of water resources. In the face of serious problems related to water, as evidenced by data from various agencies, this article aims to analyze the changes and the progress made at the international level and the Brazilian legal system regarding the issue, after the enactment of the 1988 Federal Constitution.*

Keywords: *Water crisis. Legislative changes. Federal Constitution.*

INTRODUÇÃO

É fato notório que o mundo sofre com a escassez dos recursos hídricos. Dados das mais variadas instituições demonstram a gravidade dos problemas em relação à água.

Por esse motivo, o presente artigo pretende analisar os avanços ocorridos no âmbito internacional e no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e posteriormente com a edição da Lei 9.433/97, denominada Política Nacional de Recursos Hídricos.

Apesar de a Constituição dar tratamento de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, nos quais evidentemente está inserido o direito à água, os organismos internacionais e o Estado brasileiro tardiamente reconheceram o direito à água potável como um direito humano.

1. LÍQUIDA E INCERTA: O RISCO DA ESCASSEZ DA ÁGUA

Não é novidade que se vive num momento de crise profunda da água. De acordo com o último Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento de Recursos Hídricos (WWDR4), quase um bilhão de pessoas não tem acesso a fontes tratadas de água potável².

Também não é novidade que grandes conflitos armados existiram pela água, seja em âmbito interno ou externo. Alguns exemplos são bem conhecidos, como a Guerra das Águas em Cochabamba, Bolívia. Muitos conflitos ainda estão por vir. De acordo com a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), estima-se que a demanda por água aumentará em 55% até o ano de 2050. Com esse aumento, a previsão é de que 40% da população não tenha acesso à água se medidas urgentes não forem tomadas (FERNANDES, 2012, p. 1).

¹ Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela UEPG. Doutora em Direito Socioambiental pela PUC/PR

² Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Brasilia/pdf/WWDR4%20Background%20Briefing%20Note_pt_2012.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

Um documentário canadense, de 2008, nomina a água como ouro azul e afirma que o aquífero Guarani (Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina), que estará entre as maiores fontes de água do mundo, será o novo “Oriente Médio”. Especula-se ainda, no documentário, que, talvez por isso, os Estados Unidos tenham instalado uma base militar na fronteira do Paraguai, uma vez que a questão da água tem se tornado uma política prioritária para o Estado norte-americano³.

Segundo dados do UNICEF:

A cada 15 segundos, uma criança morre de doenças relacionadas à falta de água potável, de saneamento e de condições de higiene no mundo, segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Segundo representantes de outros 28 organismos das Nações Unidas, que integram a ONU-Água, são cerca de 3,5 milhões de mortos todos os anos (AGÊNCIA BRASIL, 2013, p. 1).

O Brasil vivencia sérios problemas no tocante à escassez de água, como São Paulo e o Agreste. A região Nordeste registrou 43,7% dos conflitos por água⁴ no Brasil, segundo dados da Comissão Pastoral da Terra (WAMBURG, 2011, p. 1). Notícia de 13 de maio de 2012 relata que:

Considerada a pior dos últimos 50 anos em alguns estados do Nordeste, a seca está provocando um confronto que só se imaginaria no futuro: a guerra pela água. Em Pernambuco, essa luta já começou com tiros, mortes e exploração da miséria (GLOBO, 2012, p. 1).

Os principais problemas referentes à água são a escassez, a qualidade e o acesso pela população. A água potável, que em muitos países é mais preciosa que o petróleo, já é responsável por conflitos armados e por um clima de tensão constante. Apenas 2,7% da água da Terra são potáveis e mais 75% desse percentual encontram-se nas geleiras e calotas polares, ou seja, somente 0,675% da água mundial é aproveitável, uma vez que a dessalinização em grande escala, por enquanto, é economicamente inviável (BARROSO, 2003, p. 307-308). O Brasil é afortunado por concentrar aproximadamente 12% da água doce do planeta e 53% do continente (IBGE, 2012, p. 3), mas ainda não resolveu o problema e vem sofrendo as consequências de sua inércia. Inegavelmente, os problemas hídricos dependem necessariamente da realização de políticas públicas pelo Estado. Sem eleição de prioridades e vontade política não há perspectiva para que esses antigos problemas sejam solucionados ou, ao menos, remediados antes que ocorra uma grande catástrofe.

3 Disponível em: <<http://oplanetaquetemos.blogspot.com.br/2011/09/ouro-azul-guerra-mundial-pela-agua.html>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

4 Não é somente no Nordeste que mortes ocorrem em virtude da disputa por água. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2011/04/conflitos-pela-agua-aumentaram-93-no-ano-passado-diz-cpt>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

Um recente exemplo da crise da água ocorre no Haiti. O desastre ocasionado pelo terremoto de 12 de janeiro de 2010 foi agravado pela crise da água. Com a destruição das tubulações hídricas, a água do mar infiltrou-se nas fontes de água potável e ratos se multiplicaram nos sistemas de esgoto, deixando o Haiti sem água potável por semanas. Sem outro recurso, a população se viu obrigada a beber água contaminada, o que causou uma drástica epidemia de cólera (THIEL-BÖRGER, 2014, p. 1).

Uma das regiões no Brasil mais vulnerável à falta de água é a Nordeste, e nesta situação, a causa é geográfica. As chuvas no semiárido são mais escassas, em virtude de sua formação rochosa ser praticamente da idade Pré-cambriana, praticamente subaflorantes e impermeáveis. Se não bastasse isso, os rios do Nordeste possuem regime temporário, isto é, praticamente secam durante os períodos em que as chuvas são muito irregulares nas respectivas bacias hidrográficas (HERMANN, 2002, p. 71).

Fachin e Silva (2012, p. 17-51) apontam algumas das principais causas da crise hídrica: (a) a má distribuição geográfica das chuvas e dos corpos hídricos; (b) a ausência ou precariedade de saneamento básico, razão pela qual muitos não têm acesso à água limpa, além da falta de coleta de esgoto, que acarreta a contaminação das águas; (c) a poluição hídrica; (d) o desperdício de água; (e) o modelo societário de consumo; (d) o crescimento populacional, podendo ser acrescentada a falta de incentivo a pesquisas relativas à redução do consumo e de reúso da água.

Em resumo, destacam-se duas grandes causas da crise: a escassez natural e a incompetência da Administração Pública na gestão dos recursos hídricos. Em relação à escassez, destaca-se que as mudanças climáticas acarretaram grave impacto sobre os padrões de precipitação em todo o mundo (DELLAPENNA, 2004, p. 541) e, conseqüentemente, na disponibilidade de água.

De acordo com estudos divulgados pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), regiões como o nordeste do Brasil e o oeste dos EUA sofrerão diminuição dos recursos hídricos devido às alterações climáticas. Os esforços para equilibrar a diminuição da disponibilidade de água superficial devido ao aumento da variabilidade de precipitação restarão prejudicados pelo declínio considerável da recarga de água subterrânea em algumas regiões, onde a vulnerabilidade é muitas vezes agravada pelo crescimento rápido da população e demanda de água (KUNDZEWICZ; MATA, 2007, p. 175).

O Brasil também não tem passado ileso às mudanças climáticas. A continuar o padrão atual de emissões de gases de efeito estufa para a atmosfera, resultantes, grande parte, de ações antrópicas, há altíssima probabilidade de o país enfrentar ainda mais mudanças climáticas. As mais significativas para o país são: o aumento de temperatura, as modificações nos padrões de chuvas e alterações de extremos climáticos, tais como secas, inundações, penetração de frentes frias, geadas, tempestades severas, vendavais, granizo etc.

Além da intensificação desses extremos nas regiões que já vivenciam essa realidade, outras regiões suportarão essas consequências. Evidências científicas recentes apontam que os fenômenos El Niño e La Niña se intensificarão em razão do aumento do efeito estufa. Com o derretimento das calotas polares e a degradação dos ecossistemas, a população que vive nas áreas costeiras sofrerá fortemente a influência das marés (NOBRE, 2001, p. 239-240).

Há, ainda, muita incerteza em relação às possíveis mudanças na precipitação pluviométrica (NOBRE, 2001, p. 239-240), mas o fato é que o país já sofre as consequências dessa variação, vide o atual caso do Estado de São Paulo.

Estudos do climatologista Carlos Nobre apontam que a estiagem vivida pelo Estado de São Paulo não é um caso isolado, mas que as variações climáticas extremistas, como a distribuição das águas da chuva, são cada vez mais frequentes. A temperatura da cidade de São Paulo já subiu 2,5°C nos últimos 70 anos. "A cidade de São Paulo é uma redoma quente. Sem vegetação, o concreto absorve muita radiação, mas não tem muita água para evaporar. Então, ele aquece o ar. Por isso que é uma cidade é bem mais quente", explica Carlos Nobre⁵. A gravidade é tamanha que as previsões de setores estratégicos da economia, quanto à água, estão se antecipando.

Os lençóis freáticos estão diminuindo nas principais regiões produtoras de alimentos, como na planície norte da China, no Punjab, na Índia, e no sul das Great Plains dos Estados Unidos, responsável pelo país ser o maior exportador mundial de grãos⁶. A captação de água dos lençóis é um fenômeno novo, concentrado na última metade do século. Com a escassez das águas superficiais e o desenvolvimento da tecnologia, tornou-se possível extrair água dos aquíferos com uma rapidez maior do que sua recarga pela chuva.

Da mesma forma que o mundo voltou-se à elevação da produtividade da terra há meio século, quando as fronteiras agrícolas desapareceram, agora também deve voltar-se à elevação da produtividade hídrica. Para tanto, algumas medidas que auxiliariam seriam a eliminação dos subsídios da água que incentivam a ineficiência do uso e o aumento do preço desse recurso natural, para refletir seu custo. A mudança para tecnologias, lavouras e formas de proteína animal mais eficientes, em termos de economia de água, proporciona um imenso potencial para a elevação da produtividade hídrica. Estas mudanças seriam mais rápidas se o preço da água fosse mais representativo que seu valor⁷.

5 Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2014/11/estudo-preve-menos-chuva-no-norte-e-periodos-de-seca-no-sul-do-pais.html>>. Acesso em: 27 nov. 2014.

6 Disponível em: <<http://www.cetesb.sp.gov.br/agua/%C3%81guas-Superficiais/37-O-Problema-da-Escassez-de-%C3%81gua--no-Mundo>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

7 Disponível em: <<http://www.cetesb.sp.gov.br/agua/%C3%81guas-Superficiais/37-O-Problema-da-Escassez-de-%C3%81gua--no-Mundo>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

O estudo anual⁸ da Agência Nacional de Águas (ANA) de 2013 destaca alguns pontos de vulnerabilidade de no país em relação aos recursos hídricos. Um deles é o desmatamento⁹, que interfere sobremaneira no ciclo hidrológico, uma vez que sem cobertura vegetal ocorre a redução da infiltração da água no solo e, conseqüentemente, do abastecimento dos lençóis freáticos e o aumento do escoamento superficial. Além disso, o desmatamento aumenta a probabilidade de ocorrência de eventos extremos, tais como inundações, queda de barreiras, e provoca o assoreamento dos rios, devido ao carreamento de sedimentos (ANA, 2013, p. 167).

Outro ponto de vulnerabilidade relatado são as anomalias de chuva consistentes nos chamados "desvios de precipitação", determinados a partir da comparação com as médias históricas (ANA, 2013, p. 174).

Isso pode ser observado no Brasil na Região Nordeste, que além das graves questões sociais, ainda conta com o problema do aspecto geográfico para agravar a situação.

Não há mais como negar que a crise hídrica também afeta o país, apesar de ser um dos mais privilegiados em disponibilidade deste recurso. A falta de planejamento e de gestão a longo prazo impede que o país se desenvolva econômica e socialmente. Como se verificará no decorrer do artigo, a legislação brasileira em matéria ambiental é uma das mais avançadas do mundo. O maior problema está na sua implementação.

2 O DIREITO DAS ÁGUAS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Direito das Águas, pelas novas preocupações e por ter a sociedade se tornado complexa, evoluiu de maneira que superou um ordenamento que tolerava a dominialidade privada da água e ressaltou a prevalência do interesse público no que se refere aos recursos hídricos, como será detalhado.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, as águas eram classificadas segundo a sua titularidade em: águas públicas, que poderiam ser de uso

8 Relatório de Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil.

9 "As regiões do Paraná, do Atlântico Sudeste e Leste se caracterizam pelo processo acelerado de urbanização, alta densidade populacional, em centros urbanos importantes, com alta demanda por recursos hídricos e aporte elevado de carga de esgotos domésticos nos rios, em geral sem o proporcional investimento em saneamento. No meio rural, a poluição de origem difusa e o uso do solo sem manejo adequado causam o assoreamento e o aporte excessivo de nutrientes para os corpos hídricos. Esse quadro contribui para problemas com a qualidade das águas, conforme apresentado no item "Qualidade das águas; para as Bacias do Alto Iguaçu, no Estado do Paraná, do Mogi-Guaçu em São Paulo, do Ivinhema no Mato Grosso do Sul e do Rio Pará em Minas Gerais. A perda da vegetação nas áreas de cabeceira dessas regiões pode agravar a ocorrência de eventos críticos de enchentes e inundações, como observado em muitos municípios da região Atlântico Sudeste em 2012, conforme apresentado no item 5.2. Nesse sentido, ressalta-se a importância do estabelecimento de novas áreas protegidas nessas regiões para a proteção dos remanescentes de vegetação nativa e a produção dos recursos hídricos associados" (ANA, 2013, p. 172).

comum ou dominicais, águas comuns e águas particulares.

Desde o descobrimento do Brasil, em 1500, até sua independência, em 1822, as leis que regiam o Brasil foram as Ordenações portuguesas do Reino. O Código Civil de 1916 continuou o legado português ao afirmar o interesse governamental nas águas, mas apenas em relação aos corpos navegáveis. Mesmo após a independência do Brasil e sob o regime constitucional brasileiro de 1824, os direitos sobre as águas foram definidos por uma espécie de regime de apropriação prévia, que permitiu que esses direitos fossem assegurados como direitos privados de propriedade.

Ocorre que a legislação brasileira de águas precisou se adaptar de um momento de abundância de água para a era atual de escassez periódica, pressões econômicas e políticas de uso, e também lutar para implementar as leis e os regulamentos em vigor. A crescente escassez de água resultante da má gestão ambiental, das catástrofes naturais (incluindo as alterações climáticas), das questões populacionais emergentes e do tratamento de água precisa tornar a efetividade da legislação hídrica uma prioridade, em todos os níveis governamentais (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 387).

A percepção do mundo jurídico de que a água é um recurso natural limitado, fadado ao esgotamento, originou diversas mudanças no ordenamento jurídico, propriamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a edição da Lei 9.433/97, que revogou grande parte do Decreto 24.643/34, mais conhecido como Código das Águas.

Uma das principais alterações feitas pela Constituição foi a extinção das águas municipais e particulares. Dessa maneira, todos os corpos de água passaram a ter domínio público, ou seja, não podem ser livremente apreendidos. A doutrina majoritária¹⁰ corrobora esse entendimento, a exemplo de Luís Roberto Barroso, José Ribeiro, Maria Luíza Machado Granziera, Virgínia Amaral da Cunha Scheibe, Aldo da Cunha Rebouças e Vladimir Passos de Freitas, como pode se observar de trecho extraído de sua obra.

Com o novo disciplinamento dado às águas pela vigente Constituição Federal e pela mencionada Lei 9.433, o Código de Águas (Decreto 24.643, de 10.07.34) ficou superado, por incompatibilidade, em vários aspectos, mas sobretudo na parte que conceituava e classificava as águas em águas públicas, águas comuns e águas particulares. Pela nova ordem constitucional, as águas serão sempre públicas e isso vem ratificado, expressamente, no art. 1º, inc. I, da Lei 9.433, ao preceituar que a água é um bem de domínio público. Já não há, portanto, águas particulares.

¹⁰ Minoritariamente, administrativistas como Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2004, p. 617-618) e Hely Lopes Meirelles (1992, p. 468) têm a opinião de que persiste a propriedade privada sobre águas comuns, como estipula o Código de Águas. Maria Sylvania Di Pietro define águas particulares como aquelas situadas em terrenos particulares, desde que não classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as comuns (art. 8º do Código de Águas). Essas opiniões são isoladas.

A nova ordem constitucional alterou substancialmente o domínio das águas, extinguindo as águas particulares. Após a edição da Lei 9.433-97, caíram por terra quaisquer dúvidas que pudessem restar acerca da publicização dos recursos hídricos no Brasil. O art. 1.º I, da Lei das Águas, tornou definitiva a condição pública das águas no Brasil, fixando que a água é um bem de domínio público (FREITAS, 2000, p. 39-40).

Portanto, incumbiu-se o Estado de controlar o uso desse recurso, o que foi efetivado por meio da Política Nacional de Recursos Hídricos, segundo a qual a captação de água, regra geral, depende da concessão de outorga pela União ou pelos Estados-membros.

Outro aspecto inovador da Política Nacional é que a água passou a ter valor econômico, o que significa que o usuário deverá pagar para utilizá-la. Atualmente, o que se paga não é a água de *per se*, mas os serviços de saneamento, tais como captação, tratamento, adução e distribuição de água potável, assim como a coleta e o tratamento de esgotos. A cobrança pela água é instrumento de política de recursos hídricos, mas ainda não foi amplamente regulamentada.

A publicização das águas e a cobrança pelo seu uso repercutiram em diversas situações, como em relação à população mais pobre. O baixo consumo, principalmente o referente ao abastecimento das populações carentes, não deverá ser tributado, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do direito à vida. O artigo 12, parágrafo 1º da Lei 9.433/97, dispõe que independem de outorga, e conseqüentemente de cobrança, o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural e as derivações, captações e lançamentos, assim como acumulações de volumes de água considerados insignificantes.

Essa cobrança traz reflexos especialmente na área da economia, privilegiando o princípio da livre concorrência. Parte-se da afirmação de que uma condição preliminar de exercício de liberdade, inclusive da liberdade de ação econômica, é um mínimo de igualdade. As externalidades positivas geradas pela simples apropriação da água pelo particular serão neutralizadas com a implantação do sistema de cobrança.

Por exemplo, uma empresa que tem como base da sua produção o elemento água e a sua utilização não tem custos, ganha muito mais competitividade no mercado do que outra que tem seus custos de produção sensivelmente elevados porque necessariamente deve pagar por esse recurso. Tal falha de mercado deve ser corrigida pela intervenção estatal, mediante a imposição tributária, de maneira a obrigar os agentes econômicos a considerarem os efeitos negativos no preço de determinado produto (MODÉ, 2006, p. 113).

A precificação da água deve pesar vários fatores, como a necessidade de recuperação total de custos, a sustentabilidade dos serviços de água, a equidade no acesso à água, e assim por diante. Um método para equilibrar esses interesses conflitantes é o uso crescente dos sistemas tarifários em blocos, nos quais o preço

da água aumenta de acordo com o volume consumido. Assim, quanto mais o usuário consome, maior o preço, progressivamente. Em alguns países, como a África do Sul, é prevista uma "tarifa social", a qual garante uma certa quantidade mínima de água mensal (na África do Sul, 6.000 litros) por família (BRUNCH; TROELL, 2011, p. 834).

Outro fundamento importante da Lei 9.433/97 é que a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada, contando com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, tomando como base territorial para a implementação das políticas públicas as bacias hidrográficas. Além de pretender ser uma política de participação popular democrática, a lei priorizou a descentralização, a fim de que sejam respeitadas as características de cada região.

A Lei 9.433, permeada por questões sociais, estabeleceu que toda outorga deve estar condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos¹¹ e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso, respeitando os usos múltiplos (art. 13).

O Relatório da conjuntura dos recursos hídricos do Brasil, publicado em 2013 pela Agência Nacional de Águas, indica que, na prática, a Política Nacional de Recursos Hídricos não tem sido implementada de forma satisfatória.

A concentração de outorgas na região do Atlântico Leste, Atlântico Sudeste e Paraná acarretou uma sobrecarga no sistema hídrico dessas regiões, e as consequências desse desequilíbrio já estão aparecendo, como a falta de água no Estado de São Paulo (ANA, 2013, p. 118). Tampouco os usos múltiplos e prioritários dos recursos hídricos são priorizados. Segundo o relatório, a irrigação consome grande parte da água que é captada (ANA, 2013, p. 89).

11 Lei 9.433/97 - Art. 6º Os Planos de Recursos Hídricos são planos diretores que visam a fundamentar e orientar a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e o gerenciamento dos recursos hídricos. Art. 7º Os Planos de Recursos Hídricos são planos de longo prazo, com horizonte de planejamento compatível com o período de implantação de seus programas e projetos e terão o seguinte conteúdo mínimo:

I - diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos;

II - análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo;

III - balanço entre disponibilidades e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, com identificação de conflitos potenciais;

IV - metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis;

V - medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas; [...]

VIII - prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos;

IX - diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos;

X - propostas para a criação de áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos.

Art. 8º Os Planos de Recursos Hídricos serão elaborados por bacia hidrográfica, por Estado e para o País.

Além da dificuldade de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, os avanços em matéria de garantia do direito à água, no âmbito internacional, também são lentos.

3 O DIREITO À ÁGUA POTÁVEL COMO DIREITO HUMANO DE SEXTA DIMENSÃO

Não é novidade que o homem depende dos recursos naturais para sua sobrevivência. Mas é novidade, por incrível que se pareça, o reconhecimento do direito à água potável como um direito humano.

Água potável seria aquela apropriada ao consumo humano, isenta de quantidades apreciáveis de sais minerais ou de micro-organismos nocivos. Ela pode ser oferecida com ou sem tratamento, dependendo da origem e do estado do manancial¹².

Tanto a Organização Mundial da Saúde quanto o Ministério da Saúde disciplinam os padrões de potabilidade da água para o consumo humano. O Ministério da Saúde editou a Portaria 2.914, de 12 de dezembro de 2011, que dispõe sobre os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade.

A portaria estabelece conceitos relativamente diferentes para "água para o consumo humano" e "água potável".

Art. 5º Para os fins desta Portaria, são adotadas as seguintes definições:

I - água para consumo humano: água potável destinada à ingestão, preparação e produção de alimentos e à higiene pessoal, independentemente da sua origem;

II - água potável: água que atenda ao padrão de potabilidade estabelecido nesta Portaria e que não ofereça riscos à saúde;

Pelas definições da portaria, verifica-se que as condições exigidas para que a água seja para consumo humano são mais rígidas que as condições para considerar a água potável.

A Constituição Federal não menciona expressamente o acesso à água potável como direito fundamental. Contudo, essa omissão não impede que seja assim considerado (FACHIN; SILVA, 2012, p. 76).

Alguns autores, como Fachin e Silva (2012), não diferenciam direito fundamental e direito humano. No entanto, alguns o fazem, em especial, diferenciando o plano, nacional ou internacional, em que estão consagrados. Os direitos humanos estão positivados no plano internacional. Já os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na Constituição

12 Já faz 19 anos que a população da cidade de Nova York paga pelos serviços ambientais de agricultores que vivem a 200 quilômetros da cidade. É uma experiência consolidada, que já inspirou projetos em vários pontos do mundo, inclusive o de Extrema, em Minas Gerais. Graças a uma parceria com fazendeiros e proprietários de terra, Nova York não tem estação de tratamento, só de filtragem. As pessoas bebem água pura da montanha e diretamente da torneira.

Federal. Assim, o conteúdo dos dois é essencialmente o mesmo, e o que os difere é a esfera jurídica de proteção.

Muitas objeções são apresentadas acerca do direito humano à água, como: (1) não se pode assegurar um direito sobre coisa tangível; (2) não é o momento para a inclusão da água como um direito humano; (3) tudo o que não puder ser fiscalizado não pode ser um direito; (4) não é possível positivar direitos cuja realização seja impossível, entre outros (THIELBÖRGER, 2014).

Nenhuma dessas objeções são razoáveis, tampouco foram suficientes a impedir a positivação do direito humano à água. Diversos instrumentos internacionais conceberam o acesso à água potável como direito humano.

A abordagem internacional a respeito da água tinha como pano de fundo inicial o aspecto econômico do uso da água, além da navegação e hidroeletricidade. Apenas no final da década de 60, a conscientização sobre a proteção da água começou a ganhar corpo. A Carta Europeia da Água¹³, elaborada pelo Conselho da Europa, em Estrasburgo, na França de 1968, retrata a preocupação em relação a este recurso natural:

1 – não há vida sem água. A água é um bem precioso, indispensável a todas as atividades humanas. 2 – Os recursos hídricos não são inesgotáveis. É necessário preservá-los, controlá-los e, se possível, aumentá-los. [...] 8 – A eficiente gestão da água deve ser objeto de planos definidos pelas autoridades competentes. [...] 10 – A água é um património comum cujo valor deve ser reconhecido por todos. Cada um tem o dever de a economizar e de a utilizar com cuidado.

Essa preocupação com o tema motivou a realização de diversas Conferências Internacionais. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas convocou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente em Estocolmo, em 1972, que foi ponto de partida para diversos países implementarem políticas ambientais, bem como serviu de base para a criação do conceito de desenvolvimento sustentável.

Seis anos mais tarde, foi convocada a Conferência das Nações Unidas sobre Águas e Meio Ambiente, realizada em Mar del Plata, na Argentina, na qual foi abordada a necessidade do uso eficiente e do seu múltiplo aproveitamento.

Em 1992, foi realizada em Dublin a Conferência Internacional sobre Águas e Desenvolvimento¹⁴, que estabeleceu princípios para a utilização sustentável dos recursos hídricos e para a sua conservação, a fim de que as futuras gerações possam também utilizá-los.

13 Disponível em: <http://www.pucsp.br/ecopolitica/documentos/seguranca/docs/carta_europeia_agua.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2014.

14 Disponível em: <<http://www.agda.pt/declaracao-de-dublin.html>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

1- A água é um recurso finito e vulnerável, essencial para a manutenção da vida, do desenvolvimento e do meio ambiente; partindo-se do princípio que a água sustenta a vida, a gestão dos recursos hídricos requer uma abordagem holística, integrando o desenvolvimento econômico e social com a proteção dos ecossistemas naturais. A sua gestão efetiva integra o uso do solo com os usos da água no âmbito da bacia de drenagem ou do aquífero subterrâneo;

2- A gestão e o desenvolvimento dos recursos hídricos devem ser baseados no enfoque participativo, envolvendo usuários, projetistas e governos de todos os níveis; a abordagem participativa implica o fomento à consciencialização da importância da água em todos os sectores público e privado e sugere que as decisões sejam tomadas na base, com ampla participação e consulta pública e o envolvimento dos usuários no planejamento e implementação dos Projetos;

3- As mulheres têm um papel fundamental na administração, gestão e proteção dos recursos hídricos; implícito no papel das mulheres está o processo, o que raramente se verifica nos arranjos institucionais da gestão dos recursos hídricos;

4- A água tem valor econômico para todos os seus usos e deve ser reconhecida como um bem econômico; este último princípio embute o conceito fundamental do reconhecimento do direito de todos à água potável e ao saneamento, a preços compatíveis.

Entretanto, nem em Dublin, nem na ECO-92 no Rio de Janeiro, foi feita referência direta ao direito à água (SALMAN, 2004, p. 5).

A cada três anos são realizados Fóruns Mundiais da Água. Até hoje, foram organizados sete, tendo sido o último em 2015, em Daegu e Gyeongbuk na Coreia do Sul. O próximo será em Brasília em abril de 2018.

Outro documento de grande relevância foi o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006, publicado pela ONU, o qual considera o acesso à água potável um direito humano fundamental básico para a essência da vida:

A água, a essência da vida é um direito humano básico, encontra-se no cerne de uma crise diária que afeta milhões das pessoas mais vulneráveis do mundo – uma crise que ameaça a vida e destrói os meios de subsistência a uma escala arrasadora¹⁵.

Somente em julho de 2010, a ONU reconheceu formalmente o acesso à água e ao saneamento como um direito humano por intermédio da Resolução da Assembleia Geral A/RES/64/292 (WINKLER, 2012, p. 275). A garantia desse direito é essencial para a concretização de todos os outros. A decisão foi tomada por 122 votos a favor e 41 abstenções. O Brasil, ao contrário do ano anterior, votou a favor da Resolução.

15 Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos/>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

Ainda há divergência quanto à força vinculante dessa Resolução. Enquanto a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas declara a obrigatoriedade e a necessidade da Resolução ser aplicada e respeitada, há quem defenda que, por se tratar de *soft law*, a mesma não seria vinculante e não teria execução imediata. Ocorre que, para o Direito Internacional, este documento, assim como as declarações, não possui força jurídica vinculante, diferentemente dos tratados e das convenções.

Para Winkler, o direito humano à água é garantido por meio de tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo como um componente do direito a um padrão de vida adequado nos termos do artigo 11 do Pacto Social (2012, p. 277).

Para elidir qualquer dúvida, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas aprovou duas Resoluções: 15/9 (A/HRC/RES/15/9), em 2010, e 16/2 (A/HRC/RES/16/2), em 2011, as quais atrelam o acesso à água potável e ao saneamento básico aos chamados direitos de primeira dimensão, como o direito à vida, direitos existentes em tratados e convenções já ratificados pelos países membros, buscando garantir cumprimento imediato por parte dos signatários dos mesmos (CORTE, 2013, p. 10).

Essa vinculação facilitaria a busca pela efetividade desse direito, uma vez que os direitos de primeira dimensão são os únicos protegidos pelo direito de petição nos sistemas internacionais de direitos humanos. Assim, podem ser tutelados por vias transversas, invocando o direito à vida.

O direito à água potável, como poucos, parece fugir da discussão universalismo x relativismo, por se tratar de uma necessidade vital, funcional, que foge aos aspectos polêmicos culturais. As constituições frutos do recente fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano, em especial da Bolívia e do Equador, preocuparam-se em contemplar o acesso à água potável como direito fundamental.

A Constituição da Bolívia, promulgada em outubro de 2007, afirma, em seu art. 20, inciso I, que “toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativa a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, telecomunicaciones y transporte”¹⁶.

Já a Constituição do Equador, aprovada também em 2008, no artigo 12, estabelece que “el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”¹⁷.

Contudo, apesar do avanço em matéria legislativa, esse direito vem sendo desrespeitado, em especial quando se trata da população mais pobre. Segundo da-

dos da UNESCO, mais de 2 bilhões de pessoas são afetadas pela escassez de água em mais de 40 países, 1,1 bilhões de pessoas não têm acesso suficiente à água potável para beber, e 2,4 bilhões de pessoas vivem em condições sanitárias precárias. A previsão é que, em 2050, ao menos 1 em cada 4 pessoas será afetada pela escassez de água potável (UNESCO, 2003).

Diante desses dados, pode-se perceber que a escassez é o menor dos problemas no tocante aos recursos hídricos. O maior desafio é a vontade política para implementar a legislação existente, esta em plena sintonia com o paradigma socioambiental emergente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

- As mudanças climáticas e o desmatamento acarretaram grave impacto sobre os padrões de precipitação em todo o mundo e, conseqüentemente, na disponibilidade de água.

- A ordem internacional e o Estado brasileiro, mais consciente dos seus problemas ambientais, passaram a editar normas protetoras do ambiente, em especial dos recursos hídricos. A percepção do mundo jurídico de que a água é um recurso natural¹⁸ limitado, fadado ao esgotamento, caso não fossem tomadas medidas de preservação, originou diversas mudanças.

- Com o novo disciplinamento dado às águas pela vigente Constituição Federal e pela Lei 9.433, o Código de Águas ficou superado, por incompatibilidade, em vários aspectos, sobretudo na parte que conceituava e classificava as águas em águas públicas, águas comuns e águas particulares. Pela nova ordem constitucional, as águas serão sempre públicas da União ou dos Estados-membros, deixando de existir águas municipais e particulares.

- Em virtude de ser um recurso ambiental limitado, a Lei 9.433/97 reconheceu o valor econômico da água, o que significou que o usuário deve pagar para utilizá-la.

- A cobrança pela água é instrumento de política pública de recursos hídricos, mas ainda não foi amplamente regulamentada na maioria dos estados.

- À exceção dos usos insignificantes, pelo novo regramento jurídico, permite-se aos particulares a outorga do direito de uso das águas, o que não implica sua alienação, visto que são inalienáveis.

- O acesso à água e ao saneamento básico, apesar da forte resistência, foi recentemente reconhecido pela ONU como um direito humano de sexta dimensão.

16 Disponível em: <<http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitución-Bolivia.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

17 Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

18 Não se fará distinção entre recurso ambiental, recurso natural, elementos da natureza, apesar de alguns o façê-lo. Bohn distingue recurso ambiental e recurso natural. Enquanto este é voltado para a utilização do ser humano, aquele é importante para os demais organismos vivos e para o equilíbrio ecológico. Não foi à toa que o legislador optou, na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, art. 3º, V), pela expressão recurso ambiental (2003, p. 250).

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. **Relatório da conjuntura dos recursos hídricos do Brasil**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2006_portuguese_summary.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**. Promulgada em 24 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint_1_Pes_PDF.pdf>. Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 jan. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRUNCH, Carl; TROELL, Jessica. Legalizing adaptation: water law in a changing climate. **Water International**, v. 36, n. 7, p. 828-845, nov. 2011.

CASSUTO, David N.; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Water Law in the United States and in Brazil - Climate Change & Two Approaches for Emerging Water Poverty. **William & Mary Environmental Law & Policy Review**, v. 35, p. 371-413, 2011.

CONSELHO DA EUROPA. **Carta Europeia da Água**, de 6 de maio de 1968. Disponível em <http://www.apdconsumo.pt/CARTA_EUROPEIA_AGUA.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Resolução nº. 16, de 8 de maio de 2001. Disponível em: <http://www.aesa.pb.gov.br/legislacao/resolucoes/cnrh/16_2001_criterios_gerais_outorga.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

DELLAPENNA, Joseph W. **Adapting Riparian Rights to the Twenty-First Century**, 106 W. VA. L. REV. 539, 545, 2004.

CORTE, Thais Dalla. **Evolução do regime jurídico hídrico: a água como um novo direito**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.upf.br%2Fhistoriaregional%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D70&ei=dsOpU6iOOcKmkQeluYDwBw&usg=AFQjCNFytbyDmyOgGckjtmgiXNiFlg66A&sig2=OfU5dMa2zVm9xGxww3h4jg&bvm=bv.62922401,d.eW0>. Acesso em: 19 mar. 2014.

EQUADOR. **Constitución de la República**. Promulgada em 28 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 14 set. 2014.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. Campinas: Millennium, 2012.

FERNANDES, Daniela. **Escassez de água pode gerar conflitos no futuro, dizem especialistas**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/1203_16_agua_escassez_df.shtml>. Acesso em: 4 mar. 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá, 2000.

GLOBO. **Seca do Nordeste leva a conflitos com morte**. Disponível em: <<http://www.uff.br/engsanitariaeambiental/2012/05/13/seca-do-nordeste-leva-a-conflitos-com-morte/>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

HERMANNNS, Klaus. (Coord.). **Água e Desenvolvimento Sustentável no Semi-Árido**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, Série Debates n. 24, 2002.

IBGE. **Retratos do Brasil Rural: modernização da agropecuária contrasta com baixa escolaridade**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2242&id_pagina=1>. Acesso em: 25 mar. 2013.

KUNDZEWICZ, Zbigniew W.; MATA, Luis José et al. Freshwater Resources and Their Management, In: **intergovernmental panel on climate change (ipcc), climate change 2007: impacts, adaptation and vulnerability 175** (Martin Parry et al., eds., 2007). Disponível em: <<http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg2/ar4-wg2-chapter3.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria 2.914, de 12 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2914_12_12_2011.html>. Acesso em: 7 jun. 2014.

NOBRE, Carlos A. Mudanças climáticas globais: possíveis impactos nos ecossistemas do país. **Parcerias estratégicas**, v. 12, p. 239-258, 2001. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/proclima/files/2014/05/impactos_ecossistemas_cnobre.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Dublin**, de 26/31 de janeiro de 1992. Disponível em: <<http://www.agda.pt/declaracao-de-dublin.html>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório de Desenvolvimento Humano**, New York, 2006. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2006_portuguese_summary.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2014.

SALMAN, M. A. Salman. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington: The World Bank, 2004.

THIELBÖRGER, Pierre. **The Right(s) to water: the multi-level governance of a unique human right**. Heidelberg; New York; Dordrecht; London: Springer, 2014.

UNESCO. **Water for people, water for life: The United Nations World Water Development Report**, 2003.

WAMBURG, Jorge. **Conflitos pela água aumentaram 93% no ano passado, diz CPT**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-04-19/conflitos-pela-agua-aumentaram-93-no-ano-passado-diz-cpt>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

WINKLER, Inga T. **The Human Right to Water**. Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012.



PRUDENTE ARBÍTRIO (DO JUIZ) E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Wilson J. Comel¹

Resumo: A solução de muitos litígios fica deferida ao prudente arbítrio do juiz, para o qual concorrem inúmeros fatores na sua resolução, a dar consistência ao ditado: cada cabeça uma sentença; cada um tem seu sentir, seu próprio pensamento. Disso dá conta a jurisprudência dos tribunais. Casos aparentemente semelhantes se distinguem pelo entorno circunstancial que os envolvem e que, levados em conta, deságuam em decisões que não são uniformes, diferenças que mais se acentuam pelas idiossincrasias do julgador. O “prudente arbítrio” difere do “puro arbítrio”, assente este na mera discricionariedade, para não dizer no estado ocasional do fígado. O “prudente” funda-se no bom senso, na razoabilidade e moderação ao se prodigalizar a justiça, tanto na reparação quanto na sanção. Essa questão assume especial destaque quando se trata da indenização nos casos por dano moral.

Palavras-chave: Prudente arbítrio. Dano moral. Indenização. Jurisprudência.

Abstract: *The solution of many disputes is granted to the prudent discretion of the judge, to which concur several factors in its resolution, giving consistency to the saying: many men many minds; each one has its own feeling, its own thinking. The jurisprudence of the Courts evinces that. Some apparently similar cases distinguish themselves by the circumstantial environment surrounding them and which, taken into account, disembody into decisions that are not uniform, differences that are more accentuated by the idiosyncrasies of the judge. The “prudent discretion” differs from “pure discretion”, which is based on mere discretionary, to avoid saying ‘on the occasional state of the liver’. The “prudent” is founded on common sense, on the reasonability and moderation when lavishing the justice, as in the repair as in the sanction. This issue gains particular relevance when it comes to compensation in cases of moral damages.*

Keywords: *Prudent discretion. Moral damages. Jurisprudence.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa suscitar uma reflexão sobre a fragilidade do prudente arbítrio do juiz no enfrentamento da indenização por dano moral, mas, também, sobre sua indispensabilidade diante da multiplicidade e singularidade de que se revestem os fatos de dano moral no cotidiano das pessoas.

Purgatório, inferno e/ou paraíso!

PRUDENTE ARBÍTRIO

Prudente arbítrio: resolução que depende da vontade e que deve ser moderada, cautelosa, precavida para evitar erro ou causar dano.^{2 3} Na prática, muitas vezes, não passa de uma recomendação teórica, a qual, inclusive, carece de clareza e de contornos que assegurem uma regra de eficácia ou exigibilidade uniforme e geral. Isso porque, inclusive, os conflitos nas relações

1 OAB/PR – 2.095/wjcomel@uol.com.br

2 *Prudência*: qualidade de quem age com moderação, procurando evitar tudo o que acredita ser fonte de erro ou dano; cautela, precaução. *Arbítrio*: resolução que depende só da vontade (Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988).

3 Enfim, cordata, ponderada, circumspecta, sensata. Inquietação de quem deve tomar uma decisão.

humanas, ainda que semelhantes entre si e suscetíveis de categorização, revestem-se de singularidades objetivas e subjetivas, pelo entorno circunstancial dos fatos e pelos sujeitos envolvidos.

Esse é o quadro que se apresenta ao juiz quando, à míngua de disposição legal específica, se lhe defere a solução do caso *sub judice*.

Com efeito, sob esse prisma, o do prudente arbítrio, não haveria maiores problemas se o mesmo fosse contido em disposições legais (*optima esse legem quae minimum relinquit arbitrio iudicis*).^{4/5}

Com esse propósito, o legislador ao deter-se sobre minúcias, deixa rastros de injustiças sob a ótica do aforisma: *lex, dura lex, sed lex*, engessando a intervenção do juiz na realização da justiça.

Dado essa impossibilidade de tudo prever e de tudo prover, abrem-se ensanchas à intervenção do prudente arbítrio do juiz para suprir as lacunas e realizar o escopo da lei: prodigalizar a justiça.

Logo, a cautela da prudência é dirigida ao juiz – embora, nela, infinito é o grau de subjetividade que agasalha e a torna pouco transparente ou confiável –, cuja maneira de “ver a vida” resulta quase sempre de um complexo atávico e ideológico, dado que sua decisão decorre de seu livre convencimento, ainda que devidamente fundamentada (art. 131 do CPC/73; 489/2015). Como anota Calamandrei: “De que insuspeitadas e remotas vicissitudes pessoais ou familiares derivam com frequência as opiniões dos juizes e a sorte dos réus!”⁶ Dele, ainda, a observação: “... no julgar, a intuição e o sentimento muitas vezes têm um papel bem maior do que parece a quem vê as coisas de fora. Não é por nada, diria alguém, que sentença deriva de sentir”.⁷ “Na sua sentença – salienta Nilo Bairro de Brum, citado por Victor A. A. Bomfim Marins – influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica”.⁸

A *prudentia* em São Tomás – esclarece Luíza Souto – consiste na virtude cardeal de saber tomar uma decisão certa diante da observação da realidade: “... a arte de decidir corretamente, isto é, com base não em interesses oportunistas, não em sentimento piegas, não em impulsos, não em temores, não em preconceitos etc., mas unicamente, com base na *realidade*, em virtude do límpido conhecimento do ser. *Prudentia* é ver a realidade e, com base nela, tomar a decisão certa”.⁹

4 Ótima a lei que deixa muito pouco ao arbítrio do juiz (tradução livre). Aforismo de Bacon lembrado por Clóvis Bevilacqua ao observar a necessidade de fugir do arbítrio do juiz na reparação do dano moral (ao art. 1547 do CCivil/1916, Livr. Francisco Alves, SP, 1957).

5 A exemplo do que dispõem os artigos 948 *usque* 954.

6 Calamandrei, Piero, **ELES, OS JUÍZES, VISTOS POR UM ADVOGADO**. Martins Fontes, SP, 2000, p. 20.

7 Op. cit., p. 177.

8 **Sobre o juiz, a lei e a idéia de justiça**. Universidade Estadual de Ponta Grossa, 1986, p. 20.

9 NOGUEIRA, Luíza Souto: **O pensamento de São Tomás de Aquino e o julgamento com base em princípios jurídicos**. Disponível em:

O DIREITO E O DANO MORAL

Essa questão, a do prudente arbítrio do juiz, *ad exemplum*, é extremamente aflitiva quando se aborda a fixação da indenização do dano moral que assume – ou deveria assumir – especificidade tanto em relação ao ofendido quanto ao ofensor, na linha das regras comuns estabelecidas pela jurisprudência, ainda procelosa.

Sabido é que o dano moral puro é insuscetível de estimação patrimonial, de modo que ao se falar em indenização pela extensão do dano (art. 944 do CCiv.) entra em consideração a subjetividade do ofendido, cujas nuances extrapolam ou não se acoplam aos paradigmas da doutrina e da jurisprudência, muitas vezes sequer examinadas nos casos concretos... e, todavia, necessário se faz para apurar a “extensão do dano”. Nisso, então, a relevância do prudente arbítrio do juiz.

A juíza Anny Mary Kuss, do então Tribunal de Alçada do Paraná, na compreensão dessa problemática, assim se manifestou: “inexistindo disposição legal de calcular-se o dano moral deve ser balizada a indenização pela consciência e senso pessoal de cada julgador...”.¹⁰

As leis não são tabelas de preço ou bulas minuciosas de remédios com indicações e contra-indicações de seu uso, como não são panaceias para todos os males. Muitas são as lacunas, porque muitas as singularidades de vida submetidas a generalidades. Não há como se abranger todas as vicissitudes do plano da existência de hoje e de amanhã diante da dinâmica das transformações sociais e, conseqüentemente, das demandas que disso resultam e submetidas ao juiz. As leis, em regra, são a expressão das ocorrências comuns, do ordinário.¹¹

Nesse passo, Luíza Souto Nogueira, lembra o pensamento de São Tomás de Aquino: “Os atos humanos – sobre os quais incidem as leis – são singulares e contingentes, e, portanto, podem se dar com uma infinita variedade de modos. Daí que não é possível estabelecer uma lei que não falhe em algum caso concreto. Os legisladores, ao elaborarem as leis, visam o que acontece na maioria dos casos, e observar a lei em alguns casos atenta contra a equidade da justiça e contra o bem comum, que é o que a lei visa”.¹² Com efeito, a

<http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15069&revista_caderno=15>. Acesso em: 06 jun. 2016.

10 Nesse julgamento da 6ª CC (Acórdão nº 11.629, de 16.04.2001) foi fixada a indenização de 50 vezes o valor do título inscrito no SERASA. Outras decisões: 25 vezes o valor do título: 1º TACivSP, 5ª C, proc. nº 1095031-6, julg. 19.06.02; 20 vezes: 1º TACivSP, 5ª C, proc.1061325, julg. 16.06.02; 15 vezes: TAPR, 1ª C, Ac. 154382, julg. 31.10.02; 10 vezes: 1º TACivSP, 5ª C, proc. 0820000-2, julg. 25.04.01; 100 vezes: 1º TACivSP, 6ª C, proc. 0787746-7, julg. 19.10.1999. Situações em que pouca ou nenhuma referência se fez às particularidades do fato, embora cada caso seja um caso. A disparidade é de verificação generalizada e, até mesmo, estupefaciente.

11 Direito Civil: Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa (art. 395). Direito Penal: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel – pena... (art. 155), e por aí afora.

12 *Idem*.

realidade está em que, na observação de Clóvis: "... a infinita variedade dos fatos apresenta, sempre, modalidades imprevistas".¹³

Para a solução desses casos concorre o prudente arbítrio do julgador, a quem se confere o poder ou facultade de pacificar o conflito à mesa, com o intuito de restabelecer a paz social, à luz do apotegma: *Fiat iustitia et pereat mundus*.

Acontece, porém, que o prudente arbítrio pode balouçar conforme o "senso pessoal" do julgador, permeável a esse subjetivismo que fragiliza a segurança jurídica e frustra a justa expectativa de uma solução justa.¹⁴

Em matéria de indenização do dano moral, o prudente arbítrio padece, e muito, dessas injunções, e, até mesmo, pode abrir ensanchas a que juízes obrem em benefício de uma das partes ou de terceiros.¹⁵

JURISPRUDÊNCIA

Embora as soluções preconizadas pela doutrina e alçadas na jurisprudência no sentido de se buscar o equilíbrio entre a compensação do dano e a dissuasão do infrator, o que se verifica são decisões que não se coadunam ou não conseguem alcançar tal desiderato. Os pratos da balança resultam, na maioria das vezes, desnivelados. "Há entre os doutrinadores – diz Clayton Reis – e particularmente entre os magistrados, um verdadeiro e exacerbado *estado de apreensão*, quando se trata de fixar o *quantum debeatur* dos danos extrapatrimoniais".¹⁶

Isso tudo sem se falar em decisões desarrazoadas de juízes que parecem descartar a prudência para estabelecer o primado do puro arbítrio.¹⁷ Disritmia comum

nas indenizações que tratam, por exemplo, do dano moral quando de injusta ou ilícita negatização de crédito (Seproc, Serasa, etc), delito puramente civil.¹⁸

Daí que, segundo o Superior Tribunal de Justiça: "o arbitramento do valor indenizatório por dano moral sujeita-se ao controle da Corte, a fim de evitar abusos e exageros"¹⁹ ou, ainda, para evitar indenizações irrísórias ou abusivas, seja reduzindo ou aumentando o valor da indenização.²⁰

A colocação é de aceitação geral, porém falta-lhe responder a um questionamento: exagerada ou irrísória a quem? Ao autor (vítima) ou ao réu (ofensor)? Conforme se dirija levar a um enriquecimento sem causa. Se exagerada à vítima, sua diminuição poderá resultar irrelevante ao réu. E vice-versa. Daí a melancólica convicção de Clayton Reis: "É inequívoca a conclusão de que, na área dos danos extrapatrimoniais, jamais encontraremos uma perfeita equivalência entre a lesão e a indenização".^{21/22}

Na cáustica observação de Antonio Jeová Santos: "Deixar somente ao arbítrio do juiz a difícil tarefa de fixar o montante indenizatório, é causa de anarquia judicial no tema *dano moral*, por todas as razões que se possam imaginar".²³

Min. Luiz Felipe Salomão). Outro caso emblemático foi o da redução de uma indenização de R\$ 1.363.558,50 para R\$25.000,00 (STJ – Ag.Rg no REsp 866737/CE, Min. Aínda, indenização na instância ordinária fixada em R\$ 118.600,00, revista pelo TJSC a 200 salários mínimos e reduzida pelo STJ a R\$ 20.000,00 (REsp 623777, em 25.05.2010, Min. Luiz Felipe Salomão).

18 Decisões mantidas pelo STJ: R\$ 2 salários mínimos (AgRg no AREsp 178193, de 29/06/2012); R\$ 2.149,41 (AgRg no AREsp 5333, de 09/08/2012); R\$ 4.770,26 (AgRg no AREsp 125455/SP, de 19/04/2012); R\$ 7.000,00 (AgRg no AREsp 142767/RJ); R\$ 15.000,00 (AgRg no AREsp 104536/SP, de 05/06/2012); R\$ 35.000,00 (AgRg no Ag 141.5047/SC, de 27/03/2012); R\$ 48.000,00 (AgRg no Ag 1037946, de 20/10/2011), correspondente a época a 88 salários mínimos. E, no entanto, a Ministra Maria Isabel Gallotti, no AgRg no REsp 866737/CE, consignou que a jurisprudência do STJ "orienta-se no sentido de se considerar adequado o valor em moeda corrente de até 50 salários mínimos, para hipóteses de protesto indevido de cheques e inscrição em cadastros de inadimplentes".

19 4ª Turma, DJ 12.08.2002, p. 00226; *idem*, DJ 04.02.2002, p. 00386.

20 De R\$ 36.461,00 para R\$ 20.000,00 (STJ – REsp 302142/MG, 11/10/2011, Min. Raul Araujo; de R\$ 50.000,00 para R\$ 10.000,00 (STJ – AgRg no Ag 127244/MG, 14.06.2011, Min. João Otávio de Noronha); de R\$ 4.000,00 para R\$ 25.000,00 (STJ – AgRg no REsp 1136802/PI, Min. Raul Araujo).

21 Op. cit., p. 62.

22 A propósito e talvez – como parêntesis à questão em mesa – vale observar que o caráter punitivo não reside na esfera do direito material civil, de modo que – apesar da jurisprudência e doutrina que agasalham tal solução (compensação e dissuasão) – dever-se-ia considerar a compensação ao ofendido, nada mais, pois esse é o propósito da indenização por dano moral. A prevalecer, cumulativamente, o aspecto punitivo do autor do ilícito com o intuito de persuadi-lo a não reiterar a ofensa, depois de fixado o quantum da indenização/punição e satisfeita a compensação ao ofendido, até o limite restritivo do locupletamento sem causa, o que dela (indenização) sobejar, dever-se-ia, por aplicação analógica do § único do art. 883 do Código Civil – *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, – destinar a estabelecimento de beneficência, a ser determinado pelo juiz.

23 SANTOS, Antônio Jeová, **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 153.

13 BEVILAQUA, Clóvis, *op. cit.*, 1953, v. I, p. 85.

14 Caso concreto (Ação Ordinária de Indenização por Dano Moral, processada perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Grossa, Paraná): funcionário público estadual aposentado, professor universitário e ocupante de cargo de chefia na instituição, com rendimentos mensais de R\$ 8.000,00 obteve sentença que fixou a indenização, face negatização ilícita no Serasa de iniciativa de estabelecimento bancário, em R\$ 36.000,00, acrescida de juros e correção monetária desde a data (29.06.2001) da inscrição. Dessa decisão recorreu o autor para pleitear uma indenização de R\$ 96.259,50, correspondente a dez vezes o valor dos títulos; o réu pela improcedência ou redução da indenização. O Tribunal, adotando o critério da razoabilidade e quejandos reduziu a indenização para R\$ 12.000,00, com juros e correção monetária a partir da data do Acórdão (nº 035.0245057-5 – DJPR de 12.12.2003): defasagem de dois anos e meio do ilícito, de modo que o valor real (ou aquisitivo) de então era equivalente a um vencimento seu.

15 Em entrevista à Revista Veja (ed. 2.286, ano 45, n. 37, 12.09.2012 a Ministra Eliana Calmon, ex-Corregedora do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referindo-se aos "bandidos de toga" – ainda que menos de 2% do universo de 16.000 juízes – disse que eles sabem quais os processos podem render dinheiro: "Existem alguns nichos preferenciais, como os processos por dano moral". E exatamente porque o dano moral não é mensurável patrimonialmente.

16 Reis, Clayton, **Avaliação do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 75.

17 Indenização por protesto indevido, fixada em R\$ 367.619,50 foi reduzida pelo STJ a R\$ 46.500,00 (AgRg 8665431/RJ, 04/11/2010,

Em arremate a essas díspares situações ou soluções (?), vale citar a preocupação do Desembargador do TJRS, Décio Antônio Erpen, ao referir-se a demandas nas quais se postulam indenizações exageradas: “A realidade é alarmante e a preocupação tem razão de ser porque estar-se-ia estimulando demandas pela via pretoriana”.²⁴

É, sem dúvida, a coqueluche forense dos dias atuais: indenização por dano moral por “dá-cá-aquela-palha” (coisa sem nenhuma importância).²⁵

CONCLUSÃO

Pois bem, apesar desses percalços, o prudente arbítrio do juiz, nos termos de sua definição e de seu alcance, é de recorrência cada vez maior nos dias de hoje,²⁶ notadamente diante do descompasso entre a atividade legislativa e as transformações sociais em curso. Há de se preservar o prudente arbítrio, necessário para, diante da lei posta no ordinário e raízes no passado, se alcançar a justiça (*suum cuique tribuere* – Ulpiano). Como expressa o lema do estandarte da Subseção da OAB de Ponta Grossa: *legem habemus, sed iustitia finis*. Ou como está no 4º Mandamento de Couture: “... quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”. Segundo ele: “o direito é tão-somente um meio para atingi-la”.

Nessa escaramuça sobressai o prudente arbítrio do juiz, do qual pende a balança da justiça, “função, sobre todas augusta, de preencher as lacunas da lei, de suprir as deficiências do legislador”.²⁷

É ver a realidade e, prudentemente, tomar a decisão certa!

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1957.

CALAMANDREI, Piero. **ELES, OS JUÍZES, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. **Sobre o juiz, a lei e a idéia de justiça**. Universidade Estadual de Ponta Grossa, 1986.

NOGUEIRA, Luiza Souto. **O pensamento de São Tomás de Aquino e o julgamento com base em princípios jurídicos**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15069&revista_caderno=15>. Acesso em: 06 jun. 2016.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

24 O dano moral e a desagregação social - RT 758/43.

25 Nem uma nem duas vezes, mais até, em meu escritório, a pessoa depois de relatar fato que lhe desagradou, pergunta: Doutor, isso dá dano moral?

26 Em pesquisa junto ao Superior Tribunal de Justiça (em 02.06.2016), foram encontrados trezentos e vinte e oito (328) acórdãos fazendo referência ao “prudente arbítrio do juiz”, seja para tomar providências na condução da *litiscontestatio* seja para garantia do interesse das partes. Além disso, quatorze mil e cento e oitenta e uma (14.181) decisões monocráticas que a ele (prudente arbítrio) se reportam. A legislação material civil é extremamente parcimoniosa a respeito, tal como o § único dos artigos 944 e 945.

27 Clóvis, op. cit. (1953), p. 89.



SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Homero Alves da Silva¹
Thais Medeiros Silva²

Resumo: O presente estudo analisa o instituto da Substituição Tributária/Antecipação do fato gerador. Trata-se de um tema de extrema relevância e objeto de muito interesse em decorrência das controvérsias que gera. Este trabalho justifica-se na medida em que sua aplicação repercute de maneira importante no patrimônio do contribuinte. Objetivou-se, com esta pesquisa, contextualizar o instituto historicamente, bem como abordar a teoria que fundamenta o tema, demonstrando seu modelo constitucional e tratando de algumas das principais críticas da doutrina sobre o assunto. Para tanto, adotou-se uma metodologia essencialmente bibliográfica.

Palavras-chave: Substituição Tributária. Patrimônio do Contribuinte. Modelo Constitucional.

Abstract: The research analyzes the Replacement Tax/Generator Fact Anticipation. It is a subject of extreme relevance, which creates a great deal of interest because of all the controversies around the theme. The study is justified because its application has great consequences in the tax payer patrimony. The objective of the research was to place the subject historically, to analyse its theory, to demonstrate its constitutional model and to discuss some of the main critiques from the doctrine around the subject. To complete the study a bibliographical methodology was adopted.

Keywords: Replacement Tax. Tax Payer Patrimony. Constitutional Model.

1. INTRODUÇÃO

A figura contemplada no § 7º do art. 150 da CF de 1988 tem sido, em geral, denominada “substituição tributária”, expressão não muito adequada.

Embora o termo “substituição tributária” esteja consagrado na doutrina, o instituto a que se refere o dispositivo constitucional é na verdade a figura da substituição com antecipação do fato gerador. Entretanto, devido ao fato de a expressão “substituição tributária”, já estar consagrada na doutrina e na jurisprudência, a figura será tratada ao longo do estudo ora como substituição tributária ora como substituição com antecipação, ou simplesmente antecipação do fato gerador.

O trabalho divide-se em duas partes. Inicialmente, apresenta um breve recorte histórico da legislação e aborda a teoria geral da obrigação e da responsabilidade tributária – posto que o tema principal está inserido no estudo da responsabilidade. De tal forma, o estudo da regra matriz de incidência, das figuras do contribuinte e responsável, bem como das espécies de responsabilidade elencadas no Código Tributário Nacional serão oportunamente revistos, diante de sua importância teórica para a compreensão do estudo.

Em seguida, revisa-se também o modelo constitucional da Substituição Tributária, à luz do marco teórico do estudo, qual seja a doutrina de Marco Aurelio Greco com importantes referências ao julgamento paradigmático.

1 Advogado – Pós-graduado em Direito Tributário.

2 Advogada – Mestre em Direito pela Université Paris II Panthéon-Assas.

mático da Suprema Corte, RE 213.396-5 da relatoria do Ministro Ilmar Galvão. Por fim, destacou-se algumas das principais objeções e críticas acerca do tema.

Uma das questões centrais consiste na possibilidade de que um instituto jurídico, embora tenha previsão expressa na Lei Maior, possa ser incompatível com o “modelo constitucional”. Isso porque, como dito frequentemente na Academia, “*nem tudo que está na Constituição é constitucional*” – frase que, pelo seu uso excessivo, frequentemente despida está de fundamentação. Sem muitos argumentos para rebater essa afirmativa, depara-se com um problema, consistente na conformação constitucional no instituto objeto da análise. Dessa inquietação, surgiu a ideia de pesquisar o instituto e verificar se havia sua inserção no modelo constitucional e, em caso afirmativo, se esta se dava do modo correto.

A hipótese apresentada para verificação do modelo constitucional da antecipação do fato gerador repousa no fato de que o sistema jurídico comporta mais de um modelo obrigacional – não apenas o modelo clássico defendido pela grande maioria da doutrina.

O tema é alvo de acirradas discordâncias, o que é comum no direito. Respeitada esfera da doutrina não enxerga o instituto como constitucional, a exemplo de Roque Carraza, um de seus maiores críticos. O ilustre doutrinador, em seu discurso no VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário realizado em São Paulo, quando discorria acerca da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, proferiu as seguintes palavras:

[...] Estou disposto a aceitar tributação de fato futuro, como se prevê nesta Emenda Constitucional. Estou disposto a aceitar que um fato que ainda não aconteceu possa ser um ‘fato gerador’ de obrigação tributária. Posso aceitar isso, estou disposto, no instante em que também se emende a Constituição para dizer que nós poderemos, cidadãos, ser punidos por crimes que ainda não cometemos.

Diante de contundente afirmação, expressada por autoridade desse calibre, pode-se constatar que a pesquisa sobre o tema é desafiadora. Estudar a constitucionalidade de um tema é sempre um desafio, pois tal estudo requer a complexa verificação da compatibilidade formal e material de normas jurídicas, regras e princípios da Constituição.

Ademais, enfrentar objeções doutrinárias demanda um cuidadoso estudo, pois, embora sejam elas em sua maioria legítimas e pertinentes, não se pode olvidar que as convicções pessoais fazem parte da formação de qualquer pessoa e o estudioso do direito não é diferente.

Com o intuito de solucionar o problema da compatibilidade legal da substituição tributária progressiva e sua subsunção ao modelo constitucional, a pesquisa não só contextualiza historicamente o instituto, ressaltando as importantes repercussões geradas, como também, sempre apoiada em seu marco teórico – qual seja, a obra de Aurelio Greco – possibilita responder à

problemática principal quanto à sua inserção constitucional, previamente mencionada.

A substituição tributária não constitui uma figura nova na legislação brasileira e encontra-se inserida no ordenamento muito tempo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Portanto uma análise histórica faz-se indispensável. Especificamente, a análise do tema dentro de seu próprio campo teórico – a responsabilidade tributária – mostra-se fundamental.

2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO

Contextualizar um instituto jurídico permite identificar sua relevância social, econômica e política. O início dos anos de 1960 foi marcado por estagnação na economia, que registrava altos picos de inflação e queda de investimentos nacionais e estrangeiros. Diante deste cenário, o regime político em 1964 teve como objetivo controlar a inflação, a fim de propiciar uma recuperação econômica. Esse fato ensejou a adoção de medidas fiscais que ao final acabaram de fato propiciando forte crescimento econômico no país, no final daquela década.

Neste contexto político e econômico efervescente nasce, em 25 de outubro de 1966, mediante a Lei nº 5.172, o Código Tributário Nacional. Tal lei dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional, instituindo normas gerais de direito tributário, aplicáveis a todos os entes federativos. A figura da substituição tributária é uma dessas regras, prevista no então artigo 58. O texto original tinha a seguinte redação:

Art. 58. Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promova a saída da mercadoria.

§ 1º Equipara-se a comerciante, industrial ou produtor qualquer pessoa, natural ou jurídica, que pratique, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias.

§ 2º A lei pode atribuir a condição de responsável:

I - ao comerciante ou industrial, quanto ao imposto devido por produtor pela saída de mercadoria a ele destinada;

II - ao industrial ou comerciante atacadista, quanto ao imposto devido por comerciante varejista, mediante acréscimo, ao preço da mercadoria a ele remetida, de percentagem não excedente de 30% (trinta por cento) que a lei estadual fixar;

Esta redação, porém, foi alterada pelo Ato Complementar Nº 34 de 30 de janeiro de 1967 – destaca-se:

Artigo 58: Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promova a saída da mercadoria.

[...]

§ 2º A lei pode atribuir a condição de responsável:

[...]

II – ao industrial ou comerciante atacadista,

quanto ao imposto devido por comerciante varejista, mediante acréscimo.

Após a leitura do texto legal é possível identificar dois atores na relação jurídica ora em comento, quais sejam, contribuinte e responsável. Essas respectivas figuras serão estudadas a fundo no item que trata da responsabilidade tributária, por ora é importante apenas destacá-las como o responsável, o qual não necessariamente detém o débito, e o contribuinte, que é de fato o devedor, pois delas decorrem discussões acirradas que embasarão grande parte do trabalho.

Observa-se que o artigo acima citado foi extirpado da norma tributária por meio do Decreto-lei nº 406, em 1968. Posteriormente, em 07 de dezembro de 1983, foi reinserido novamente no Decreto por meio da Lei Complementar nº 44.

Em 5 de outubro de 1988 o Código Tributário Nacional foi incorporado à ordem jurídica, conforme manifestação explícita contida no §5º do artigo 34 do Ato de Disposições Constitucionais. Trata-se de aplicação do tradicional princípio da recepção, segundo o qual a norma jurídica infraconstitucional é entendida como compatível com o vigente texto constitucional. Este princípio permite que se evite uma intensa e dura movimentação por parte dos entes legislativos no tocante à implementação de normas jurídicas que já se encontram prontas e acabadas.

A Lei 5.172 de 1966 é formada por uma centena de artigos e evidentemente nem todos são compatíveis com os novos preceitos e parâmetros estabelecidos. Assim, as normas já existentes, compatíveis com o novo ordenamento inaugurado pela nova Carta Política, tiveram o condão de irradiar sua eficácia.

Em 17 de março de 1993 a Emenda Constitucional n.º 3 confere à substituição tributária de uma forma mais ampla e abrangente, *status* constitucional; de um lado, proporcionando segurança jurídica e, de outro, gerando grandes debates decorrentes de controvérsias doutrinárias – o que é muito estimulante para o estudioso do tema. A inserção pode ser considerada ampla porque o parágrafo 7º, adicionado ao artigo 150 da Constituição Federal, prevê a figura do sujeito passivo responsável pelo pagamento do tributo em um contexto onde o fato jurídico tributável irá ocorrer em momento posterior.

Isso permite, em uma primeira assertiva, afirmar que a figura disciplinada no parágrafo 7º é, na realidade, a *substituição tributária enquanto antecipação do fato gerador*, e não a substituição tributária ordinária, observada em outras modalidades de responsabilidade. Cumpre ressaltar que a substituição tributária está inserida no estudo da responsabilidade tributária, que por sua vez está contida no estudo da obrigação tributária.

A seguir todos os elementos desse instituto serão tratados à luz do Código Tributário Nacional, fazendo-se um paralelo à doutrina especializada.

3 OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Quando se pensa na ciência jurídica, a primeira ideia que se tem é de um todo único e orgânico. No entanto, a vida acadêmica demonstra que o estudo do direito ocorre de forma fragmentada. Não obstante essa realidade, a necessidade da pesquisa interdisciplinar é fundamental para que se reflita um fenômeno jurídico unitário.

Nessa linha de raciocínio são as lições do ilustre filósofo Miguel Reale:

Quando várias espécies de normas do mesmo gênero se correlacionam, constituindo campos distintos de interesse e implicando ordens correspondentes de pesquisa, temos as diversas disciplinas jurídicas, sendo necessário apreciá-las em seu conjunto unitário, para que não se pense que cada uma delas existe independentemente das outras (2001, p. 6).

Estudar a obrigação tributária, certamente seria tarefa mais árdua sem as lições colhidas do direito civil. Sendo assim, destaca-se a seguir um conceito clássico de obrigação formulado pelo civilista Carlos Roberto Gonçalves:

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação (2007, p. 2).

Extraí-se da leitura do texto três elementos formadores da obrigação tributária, quais sejam: sujeito ativo, composto pelo credor; sujeito passivo, composto pelo devedor; e objeto, que é a prestação. Havendo o cumprimento da prestação, economicamente avaliada, extingue-se a relação pessoal entre os sujeitos.

No direito tributário, Luciano Amaro assevera que:

Ao tratar da obrigação tributária, interessa-nos a acepção da obrigação como relação jurídica, designando o vínculo que adstringe o devedor a uma prestação em proveito do credor, que por sua vez, tem o direito de exigir essa prestação a que o devedor está adstrito (2005, p. 245).

Observa-se de imediato a identidade de conceitos entre o direito obrigacional clássico com o direito tributário. Quase todos os elementos são idênticos. As prestações, objeto da obrigação, têm outra similaridade ao constituírem-se em obrigações de dar, fazer ou não fazer.

Tendo em vista que o direito tributário é um ramo do direito público, a obrigação diz-se *ex lege*, ou seja, decorre de lei. Logo seu conteúdo diverge do direito privado. Destaca-se que a obrigação vem da lei porque a vontade dos sujeitos é irrelevante para que ela se forme.

Quanto aos participantes, a figura do sujeito ativo é incorporada pelo Estado, o que torna a obrigação indisponível. Diferentemente do direito civil, em que as obrigações nascem de acordo entre partes, exce-

tuando-se as decorrentes de atos ilícitos, a obrigação tributária ignora a vontade dos atores. Assim, no campo privado, o sujeito ativo pode dispor de seu crédito e até desistir de demandas judiciais contra o devedor. Tal possibilidade, em regra, não pode ser cogitada pelo ente fiscal, porque não lhe pertence. Neste caso, o titular é a coletividade, o que torna a obrigação indisponível.

Existem hipóteses em que o sujeito passivo é liberado da obrigação, porém essa liberação só poderá ser concedida por atos vinculados e executados em conformidade com as delimitações previamente estabelecidas pela norma jurídica: um objeto prévia e objetivamente tipificado, de maneira a permitir um único comportamento possível em face de uma situação.

Dessa forma os entes federativos têm a aptidão constitucional para instituir tributos, aptidão tal que só pode ser exercida mediante lei. Como consequência, se não houver poder legislativo, não há capacidade para instituir tributos. Para que surja essa capacidade, a norma padrão deve conter todos os elementos requisitados.

Para melhor compreensão do tema, cumpre estudar a Regra Matriz de Incidência, desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho.

3.1 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA

A Regra matriz de incidência é uma fórmula composta de dois polos: hipótese e consequência.

Na hipótese, encontram-se três critérios: a) material, constituído de um comportamento; b) espacial, indicando um determinado local; e c) temporal, informando o momento da ocorrência de tais comportamentos. De tal forma, os dois critérios últimos subordinam e condicionam o comportamento das pessoas.

O critério material é, sem dúvida, o mais complexo, pois contém todos os dados objetivos da hipótese. O critério espacial possibilita o reconhecimento da condição que marca, no espaço, o acontecimento do fato, restringindo-o a determinada extensão do território. O critério temporal visa delimitar o momento em que ocorreu o fato, para que se possa determinar o surgimento da obrigação tributária.

A hipótese é simultaneamente descritiva e qualificadora do fato. Este se torna jurídico porque ingressa no universo do direito pela porta aberta, que é a hipótese. Ao conceituar os critérios, ensejadores do nascimento da relação jurídica tributária, o legislador também seleciona as propriedades que julgou importantes para caracterizar a hipótese tributária.

Na consequência, são apontados os sujeitos passivos e ativos, o critério pessoal e a base de cálculo e alíquota, bem como o critério quantitativo. Os polos estão ligados por um “dever ser” neutro, em que, ocorrida a hipótese, deve ser a consequência, e, um “dever ser” modalizado, que é a obrigação, estabelecendo uma relação jurídica, consistente na entrega de quantia em dinheiro por parte do sujeito passivo ao sujeito ativo.

A base de cálculo é uma medida do fato descrita na hipótese de incidência, constitutiva do padrão de

referência a ser observado na quantificação financeira dos fatos tributários.

A alíquota é o fator matemático que, ao incidir sobre a base de cálculo, dará o valor total da dívida devida pelo contribuinte a título de tributo. Isso permite o estudo das espécies de obrigação previstas no CTN.

3.2 OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA

Como já citado alhures, o instituto da obrigação é originário do direito civil, por este motivo optou-se por citar acima a formulação dada na seara do direito privado. Também a classificação é similar: a Lei 5.172 de 1966 indica as espécies de obrigação tributária, estando elas dispostas no artigo 113 da referida norma:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

É possível observar, da leitura do texto legal, que o legislador cuidou de elencar as espécies de obrigação principal e acessória e delinear os contornos de cada uma delas. Conforme o primeiro parágrafo, surge a obrigação com a ocorrência do fato gerador, objetivando o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária. É possível, dessa forma, a identificação do conteúdo essencialmente patrimonial dessa modalidade de obrigação.

Na realidade fática, tal fenômeno é facilmente observado ao analisar os tributos em espécie, v.g. do que ocorre quando se dá a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, fato gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza, previstos expressamente no 43, I do CTN.

O problema maior refere-se a determinação do fato gerador da obrigação tributária, que tem como objeto o pagamento de penalidade. A resposta mais lógica é fornecida pelo artigo 114 do Código, a infração. Nesse contexto, quando o sujeito passivo se omite do cumprimento da obrigação tal conduta, surge uma obrigação cujo objeto é uma sanção administrativa.

A grande crítica feita a essa espécie de obrigação repousa no conteúdo do artigo 3º do Código Tributário Nacional, que define tributo como sendo a prestação pecuniária que não constitua sanção por ato ilícito.

O sistema não fecha! Não pode um dispositivo afirmar que o tributo não pode ser constituído por uma sanção e ao mesmo tempo permitir a sua cobrança por atos objetos de sanção.

As discrepâncias não param por aí. Como já foi dito, a segunda espécie de obrigação é a acessória e,

de acordo com o artigo supracitado, esta não tem conteúdo econômico aferível em moeda corrente. Pelo contrário, elas correspondem a prestações positivas ou negativas por parte do sujeito passivo, impondo a este a facilitação do ente fazendário no exercício da fiscalização. Tal fato levanta uma série de objeções quanto ao seu caráter obrigacional, posto que o conteúdo patrimonial é da essência das obrigações em geral.

Invocando o conceito privado, não haveria como reconhecer a essa modalidade a condição de obrigação, por não ter conteúdo pecuniário.

Uma última crítica feita pela doutrina é quanto ao aspecto acessório da obrigação. À luz do princípio geral, a sorte do aspecto acessório deve ser a mesma do aspecto principal. Porém, no caso das obrigações tributárias, não se pode inferir que a obrigação acessória dependa da existência da principal. Como já mencionado, as obrigações acessórias, também chamadas formais e instrumentais, têm por objetivo permitir uma melhor atuação fiscalizatória.

Tais condutas compreendem obrigações consistentes em emitir documentos fiscais, escrituração de livros, entrega de declarações – e não embarçar de forma geral o Fisco. Elas podem, no entanto, converter-se em obrigação principal, relativamente à obrigação pecuniária, conforme parágrafo 3º do artigo 113.

A seguir, serão analisados os personagens que compõem o polo passivo da relação jurídica tributária, pois a lei estabelece e conceitua duas figuras distintas: o responsável e o contribuinte.

3.3. RESPONSÁVEL E CONTRIBUINTE

As premissas delimitadas nos itens anteriores possibilitam a abordagem específica dos atores passivos, cujo exame será feito no presente tópico. Em regra geral, o responsável pelo pagamento do tributo é o contribuinte, porém, como estará demonstrado a seguir, haverá determinadas situações em que essa posição será ocupada pelo responsável, terceiro vinculado ao fato gerador diverso do contribuinte.

Estudar os institutos jurídicos de forma dicotômica é técnica deveras comum, logo, optou-se nesse tópico por analisar as figuras de maneira a compará-las. Sabbag, quando compara as duas figuras, ressalta as lições de Ricardo Lobo Torres:

As diferenças fundamentais entre o contribuinte e o responsável são as seguintes: (I) o contribuinte tem o débito (debitum, Schuld), que é o dever de prestação e a responsabilidade (halfung), isto é, a sujeição do seu patrimônio ao credor (obligatio), enquanto o responsável tem a responsabilidade sem ter o débito, pois ele paga o tributo por conta do contribuinte; (II) a posição do contribuinte surge com a realização do pressuposto previsto na lei que regula a responsabilidade, que os alemães chamam de fato gerador da responsabilidade (Haftungstabestand) (2012, p. 703).

Nosso ordenamento jurídico, inspirado pelo Direito Alemão, positiva a norma pertinente à responsabili-

dade, identificando os sujeitos ora em análise, estando assim dispostos:

Artigo 121: Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Percebe-se claramente que a posição ocupada pelo contribuinte é a de sujeição passiva direta, posto que, em regra, aquele que pratica o fato gerador será também o responsável pelo recolhimento do tributo. Contudo, em certas situações a lei autoriza que a responsabilidade do recolhimento recaia sobre sujeito diverso do contribuinte, sendo mesmo possível afirmar que a figura do responsável pode ser ocupada por uma pessoa qualquer, ainda que não tenha praticado o fato. Exige-se, porém, que tal pessoa disponha dos meios suficientes para adimplir a obrigação por fato tributável praticado por outra pessoa.

Analisando o tema em questão Maria Rita Ferragut, declara: “*Desconhecemos a existência de qualquer norma constitucional que indique quem deva ser o sujeito passivo de uma relação jurídica tributária*” (2007, p. 10). Por este motivo, a autora entende que a escolha é infraconstitucional.

A lei traz inúmeros exemplos em que o responsável recolherá aos cofres públicos o valor devido do tributo. O exemplo clássico é o empregador que recolhe o IRPF, além de outras tantas situações que a lei determina.

Nesse sentido, vale citar o disposto no artigo 156, inciso II da Constituição Federal, norma instituidora do ITBI:

Art. 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...]

II - transmissão intervivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

A conclusão que infere-se do texto constitucional coaduna-se perfeitamente com o acima exposto. A norma constitucional, ao outorgar competência municipal para a criar o ITBI, não diz quem será o contribuinte do tributo, se o alienante do bem ou o adquirente. Esta tarefa é reservada às leis infraconstitucionais. A Norma Magna limita-se a determinar a pessoa jurídica legislativa com a aptidão para exigir o tributo e estabelece a materialidade da possível tributação, critério material consistente sempre num comportamento.

As considerações acima permitem identificar o contribuinte como sujeito passivo direto e o responsá-

vel como sujeito passivo indireto. Este, muito embora não tenha relação econômica pessoal direta com o fato gerador, será o responsável pelo recolhimento do tributo aos cofres públicos.

Posto isso, faz-se mister o estudo aprofundado da responsabilidade tributária. Hugo de Brito Machado, citado por Sabbag, assevera que:

No Direito Tributário a palavra responsabilidade tem um sentido amplo e outro estrito. (...) Em sentido amplo, é a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do Fisco de exigir a prestação da obrigação. (...) Em sentido estrito, é a submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é o contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do Fisco de exigir a prestação Respectiva. (2012, p. 700).

A responsabilidade em sentido estrito é a que interessa ao presente estudo, porém, tanto o Código Tributário como os diferentes autores e doutrinadores, apontam diversas classificações para o tema.

O assunto que segue vai cuidar de conceituar o instituto dentro de uma conjuntura jurídica geral e também especificamente, considerando apenas o âmbito do direito tributário. As diferentes classificações doutrinárias serão analisadas a seguir.

4 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

O estudo da Responsabilidade Tributária é mister para essa pesquisa, posto que o tema principal está inserido nesse instituto. Imperiosa faz-se, dessa forma, a distinção entre obrigação e responsabilidade, uma vez que, no campo do Direito Civil, o estudo desta está inserido no campo daquela.

Assim afirma Carlos Roberto Gonçalves:

Obrigação é um vínculo jurídico entre credor (sujeito ativo) e devedor (sujeito passivo), conferido àquele o direito de exigir deste o cumprimento de determinada prestação. A obrigação deve ser cumprida de forma espontânea e surge de diversas causas. Quando ocorre o descumprimento da obrigação, dá-se origem à responsabilidade (2007, p. 2).

Entende ainda o mesmo autor que *“a responsabilidade civil, em regra, decorre de atos ilícitos e do descumprimento de uma obrigação”* (2007, p. 3). Todavia, na seara tributária a responsabilização não decorre necessariamente do cometimento de atos ilícitos.

Tal afirmação é confirmada por Maria Rita Ferragut, ao conceituar a responsabilidade tributária:

Diferentemente da responsabilidade civil que, salvo nas exceções legais, surge da prática de ato ilícito culposo ou doloso, que resulte em dano a terceiro, e que implica a obrigação de indenizar, a responsabilidade tributária, embora em alguns casos requeira a prática de atos ilícitos (artigos

134, 135 e 137 do CTN), por diversas vezes existe independentemente deles (artigos 129 ao 133 do CTN) (2007, p. 11).

Observa-se que o nascimento da responsabilidade tributária ocorre por atos lícitos, como o empregado quando auferir renda, o sujeito que adquire bem imóvel e o inventariante que paga os tributos relativos ao espólio em razão da morte. Decorre, outrossim, de atos ilícitos, como dos mandatários contra seus mandantes ou dos diretores de empresas contra essas.

Ferragut assevera também que: *“o enunciado ‘responsabilidade tributária’ detém mais de uma definição, posto se tratar de proposição prescritiva, relação e fato”* (2007, p. 11). Logo, enquanto proposição prescritiva, contém uma conduta abstratamente descrita, independente de sua ocorrência no mundo fenomênico. A relação refere-se ao liame jurídico entre a conduta do sujeito, obrigado a cumprir a prestação, com o Estado personalizado na figura do Fisco. E, por último, como fato é a ocorrência da conduta anteriormente e abstratamente descrita na norma, no mundo real, o que em realidade enseja o nascimento da obrigação tributária.

Tais lições norteiam o estudo da responsabilidade tributária, e, assim como no direito civil, esta possui diversas espécies. Neste diapasão afirma Eduardo Sabbag,

Em princípio, o tributo deve ser cobrado da pessoa que pratica o fato gerador. Nessas condições, surge o sujeito passivo direto (“contribuinte”).

Em certos casos, no entanto, o Estado pode ter necessidade de cobrar o tributo de uma terceira pessoa, que não o contribuinte, que será o sujeito passivo indireto (“responsável tributário”) (2012, p. 101).

Como se observa da leitura do texto, a lei aponta diversas modalidades de responsabilidade, detalhadamente estudadas a seguir em consonância com o Código Tributário Nacional e com a doutrina especializada.

4.1 RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES

Como já foi dito anteriormente, a lei pode eleger pessoas diferentes do contribuinte para que efetivamente cumpram a prestação de entrega do valor correspondente ao tributo. Isto é, o que determina a norma estabelecida expressamente no artigo 128 do CTN.

Os artigos subsequentes, mais precisamente artigos 129 a 133, tratam da responsabilidade dos sucessores. O primeiro dispositivo dispõe em detalhes desta espécie de responsabilidade; destaca-se:

Art. 129. O dispositivo nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

A leitura do texto permite afirmar que caberá aos sucessores a responsabilidade de eventuais dí-

vidas fiscais de seus sucedidos. A responsabilidade neste caso não limita-se apenas aos lançamentos já efetuados à data da sucessão, mas também daqueles constituídos após, atendido o requisito de que estes créditos devem ser relativos a obrigações surgidas até a data da sucessão.

Observa-se que o Código de início faz referência ao lançamento, e só ao final menciona a obrigação. Todavia, esta última é de suma importância para a compreensão do que dispõe a norma.

É possível afirmar que toda e qualquer obrigação existente à época da sucessão transfere-se ao sucessor, ainda que não tenha havido o lançamento do crédito pelo ente fazendário. O que importa é o fato gerador, que faz nascer a obrigação tributária.

O Código ainda trará, nos artigos subsequentes, quatro hipóteses de responsabilidade por sucessão: sucessão imobiliária, artigo 130; sucessão intervivos, artigo 131, I; sucessão comercial, artigo 133; e, por fim, sucessão empresarial, artigo 132.

4.2 RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS

Tal espécie de responsabilidade está disciplinada nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional.

O primeiro dispositivo determina que as pessoas indicadas nos incisos respondam solidariamente com o contribuinte, quando este não cumpre a obrigação principal. Cumpre destacar que não se trata, todavia, de responsabilidade solidária, como o texto sugere.

A leitura do artigo determina que dois requisitos essenciais sejam observados para que surja a responsabilidade dos terceiros. Primeiro, ela ocorrerá quando não puder ser exigida do contribuinte. Segundo, ocorrerá também em situações em que o terceiro tenha intervindo nos atos ensejadores do nascimento da obrigação ou quando indevidamente se omitirem.

O texto fala de solidariedade, porém, neste caso, o caráter da responsabilidade é supletivo, ou seja, aplica-se quando não for possível o adimplemento da obrigação por parte do contribuinte, não importando o motivo da insolvência.

Há, ainda, a exigência de uma intervenção quando v.g. houver a compra de um imóvel por incapaz, ato que deverá ser suprido pelo seu representante legal. É importante lembrar novamente, que esta é outra hipótese de responsabilidade por transferência.

Não obstante a redação do texto legal trazer a expressão “solidariamente”, é fácil observar que se trata de responsabilidade subsidiária, visto que não fica evidenciado de forma solar o conteúdo de responsabilidade solidária.

Os incisos cuidam de identificar todos os casos em que ocorrerá a responsabilidade de terceiros: dos pais, dos tutores e curadores, dos administradores, do inventariante, do síndico, do comissário, dos tabeliães, escrivães e dos sócios.

4.3 RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÕES

O tema é tratado nos artigos 136 a 138 do Código

Tributário Nacional. Inaugura o assunto o artigo 136, prevendo que:

Salvo disposição de lei em contrário a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

No direito penal, a responsabilidade do agente é sempre subjetiva, logo, para que a sanção seja imposta, é necessária a configuração do dolo ou culpa. É evidente que o direito tributário em nada se identifica com a norma penal, e neste caso não inclui no rol os crimes tributários.

Logo, a princípio, a intenção do contribuinte não importa em nada ao Fisco, e isto é deveras fácil de aceitar e compreender. Imagine-se a situação em que o sonegador de imposto alegasse desconhecimento da lei fiscal. Tal fato comprometeria sob medida a atuação fiscalizatória do Estado.

O artigo 137, por sua vez, exemplifica a hipótese em que haverá responsabilidade pessoal do contribuinte. A intenção da norma ali contida é punir pessoalmente os infieis, os venais, que intencionalmente agem com intuito de causar prejuízo aos seus representantes, clientes ou a pessoas jurídicas. Nestes casos, a atribuição pessoal da responsabilidade é para os pagamentos de multas fiscais.

O artigo 138 cuida de hipóteses em que a responsabilidade será excluída por denúncia. Tais circunstâncias poderão ser acompanhadas do pagamento do tributo devido, dos juros de mora ou do depósito da importância arbitrada.

Essas são as espécies que o código expressamente prevê. Cumpre ainda abordar algumas comparações feitas pela doutrina.

4.4. RESPONSABILIDADE PESSOAL VERSUS SUBSIDIÁRIA

A leitura do artigo 128 do Código Tributário Nacional permite identificar as nuances que distinguem essas modalidades de responsabilidade.

Como já dito alhures, o terceiro vinculado ao fato gerador pode ser responsável individualmente, desde que haja expressa previsão legal. No entanto, tal responsabilidade também pode ser atribuída subsidiariamente.

A responsabilidade subsidiária é amplamente debatida, posto ser objeto de demandas em várias áreas distintas do direito: trabalhista, empresarial, civil, administrativo. Da mesma forma ocorre no direito tributário.

Na área trabalhista, tal instituto é tema de acirrados debates quando se trata de litisconsórcio passivo, composto pela tomadora e a prestadora de serviços.

No direito tributário existem regras quanto à exigências relativas a ordem de preferência. Segundo Sabbag: “inicialmente, cobra-se do contribuinte; caso este não disponha de recursos suficientes, cobra-se do responsável” (2012, p. 707). Assim, o contribuinte será o

primeiro na ordem de exigência, e apenas no caso em que não seja possível o adimplemento por parte deste é que o Fisco poderá cobrar do terceiro responsável.

É o caso do artigo 133 do Código Tributário – *in verbis*:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: [...]

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

O texto legal determina que o adquirente será exclusiva e integralmente responsabilizado no caso em que o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade. A responsabilidade será, no entanto, subsidiária ou supletiva, quando o alienante prossegue explorando as mesmas atividades, ou no caso em que exercer, no prazo de 6 (seis) meses, nova atividade, seja no mesmo ou em outro ramo.

A parte final do artigo trata da responsabilidade pessoal, abordando situações em que o contribuinte será totalmente excluído. Tal responsabilidade pessoal exclui totalmente o contribuinte e o foco todo recai sobre o terceiro. Todavia, para que isso ocorra é necessário o preenchimento de certos requisitos: vinculação ao fato gerador bem como previsão legal expressa.

Os artigos 131 e 135 do Código Tributário Nacional preveem taxativamente os pessoalmente responsáveis. Da leitura do art. 131 tem-se o seguinte:

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

I - o adquirente ou remetente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos com inobservância do disposto no artigo 191;

I - o adquirente ou remetente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;

II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

No caso do inciso I é necessário que a leitura seja feita com cautela, pois os bens aqui referidos são tanto móveis quanto imóveis. A leitura não pode ser literal, pois quando uma pessoa compra um par de sapatos, v.g., não é plausível admitir que o adquirente tenha que pagar o imposto caso a loja em que o produto foi comprado não o tenha feito.

Nos casos dos incisos II e III referem-se a hipótese da pessoa que vem a falecer devendo tributos.

A redação do texto no inciso III não permite uma fácil interpretação do estudioso, pois o texto diz que *o espólio é responsável pelos tributos até a abertura da sucessão*. Ora, a redação é frágil, pois é sabido que a sucessão é aberta imediatamente com a morte – trata-se do princípio da *saisine*, consubstanciado no artigo 1.784 do Código Civil. Esse princípio é uma ficção jurídica e, como tal, autoriza os herdeiros à apreensão imediata dos bens deixado pelo *de cujus*, independente de qualquer ato. Neste momento transmite-se aos herdeiros todo o patrimônio tal como estava, ativo e passivo.

Ao contrário do que pode se pensar, a sucessão não ocorre no momento da partilha, portanto, é importante que se deixe claro que, por força do princípio ora em comento, em caso de eventuais tributos surgidos após a morte, quem responde é o espólio, imediatamente.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Os exemplos citados nesse artigo referem-se a casos em que haja a prática de excesso de poderes.

A obrigação é estendida pessoalmente a quem praticar tais atos, a exemplo de mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas.

4.5 RESPONSABILIDADE POR TRANSFERÊNCIA

Eduardo Sabbag ensina que a “*responsabilidade por transferência: quando, por expressa previsão legal, a ocorrência de um fato, posterior ao surgimento da obrigação, transfere a um terceiro a condição de sujeito passivo da obrigação tributária, que até então era ocupada pelo contribuinte*”. 2012, p.702).

Da leitura do texto, conclui-se que, havendo expressa previsão legal, haverão casos em que fatos ocorridos depois do surgimento da obrigação poderão atribuir a condição de sujeito passivo a pessoa diversa do contribuinte. O princípio da estrita legalidade, nesses casos, tem aplicação imperativa, pois todas as situações ensejadoras da responsabilidade deverão, obrigatoriamente, estar previstas em lei.

A transferência pode excluir a responsabilidade do terceiro ou pode responsabilizá-lo supletivamente. A responsabilidade por transferência pode comportar a responsabilidade por solidariedade, a responsabilidade dos sucessores e a responsabilidade de terceiros.

Como muito bem observa Baleeiro, citando Caio Mario da Silva Pereira,

A ideia da transferência de um débito, repitamos, para retomar o fio de um raciocínio, não é aberrante da nossa sistemática. De início, recordamos que ela se mostra perfeitamente integrada

na normalidade da vida jurídica, quando ocorre por força de transmissão mortis causa. Dentro das forças da herança, tem o credor o direito de perseguir no herdeiro a prestação que lhe devia o de cujus e, se o devedor não invocar o benefício, mesmo *ultra vires hereditatis*. Quer dizer que o Direito reconhece a substituição do devedor pelos seus sucessores, sem alteração na substância do vínculo obrigacional (Cf. op. Cit. p. 325; 2006, p. 744).

4.6. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE

A responsabilidade solidária se caracteriza pela pluralidade de credores e/ou devedores. A teoria geral do direito trata deste instituto, o qual tem previsão legal expressa na norma civil em seu artigo 264.

No caso de relações jurídicas civis, o sujeito ativo pode exigir o cumprimento da obrigação de apenas um dos devedores e caso este a cumpra liberará todos os demais. Não é possível presumir a responsabilidade solidária, conforme o artigo 265 do Código Civil é necessário que haja previsão legal ou decorra da vontade das partes. Logo, caso não haja expressa previsão legal ou cláusula contratual, a obrigação não será solidária, porque não se pode presumi-la.

Como já foi identificado alhures, no direito tributário o sujeito ativo é o Fisco, e o polo passivo em regra é composto pelo contribuinte.

O artigo 124 do Código Tributário Nacional estabelece o seguinte:

Art. 124 - São solidariamente obrigadas:

- I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;
- II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Observa-se da leitura do texto que para a norma tributária o que interessa é a figura do sujeito passivo nas obrigações tributárias, diferentemente do que ocorre no direito civil, uma vez que está estabelecido que a figura do sujeito ativo é sem dúvida o Fisco. Este pode exigir a totalidade do débito de qualquer um dos obrigados, não permitindo a eles escolher a ordem de preferência. Isto é o que determina o parágrafo único do dispositivo.

Inferre-se da leitura do texto legal que o Fisco pode dar início ao processo executivo, indicando no polo passivo tanto o contribuinte como o responsável, tornando impossível invocar por parte dos sujeitos passivos benefício de ordem.

O artigo identifica duas espécies de solidariedade. A primeira refere às pessoas que tenham interesse comum na situação descrita na hipótese de incidência do fato gerador, e a segunda às que tenham interesse nos casos que a lei assim determinar. A segunda hipótese não gera dificuldades, visto que é o legislador quem irá definir tais situações. Fabio Sabbag chama a primeira de solidariedade natural e a segunda de solidariedade legal (2012, p.716-717).

Em que pese a primeira modalidade, a pergunta que implora ser feita é: que interesse comum é este

de que trata o dispositivo? A resposta não é objetiva e somente a análise de casos concretos pode resolver tais questões.

A título ilustrativo recorta-se a seguir julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se reconhece a solidariedade passiva.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. [...] 2. É firme a jurisprudência do Col. STJ no sentido de que: “nos contratos de execução de serviços mediante cessão de mão-de-obra, o contratante e a empresa contratada respondem **solidariamente** pelo cumprimento das obrigações previdenciárias decorrentes dos serviços realizados. Tal responsabilização somente poderá ser afastada em relação à empresa tomadora se esta comprovar que a prestadora dos serviços recolheu os valores devidos. (...) O instituto da solidariedade tributária caracteriza-se por **não comportar o benefício de ordem**, de maneira que pode o credor cobrar os valores devidos a título de contribuição previdenciária de qualquer um dos obrigados à satisfação do crédito”. (STJ - RESP 794118/RS, Rel.(a) Min.(a) DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 26.10.2006 p. 237) 3. Apelação improvida.

As modalidades de responsabilidade supramencionadas refletem o modelo clássico obrigacional adotado pelo direito tributário nacional.

Greco assevera que,

A doutrina do Direito em geral, na primeira metade do século XX, desenvolveu-se, predominantemente, apoiada numa concepção causalista do mundo, em que o conhecimento da realidade implicava o conhecimento das causas e dos efeitos dos atos, bem como de seus autores. Esta postura repercutiu na disciplina e na doutrina do Direito, identificando-se nos vários campos uma legislação e uma teorização centrada na ideia de um “ato ou fato” como “causa” de determinado efeito jurídico”. (2001, p.18)

É possível observar esse fenômeno nas diversas áreas do Direito, a exemplo dos conceitos de delito e de ato administrativo para o Direito Penal e Administrativo, respectivamente.

O Direito Tributário decorre originalmente do poder de força do Estado. Somente no final do século XIX é que passa a ser estruturado sob uma ótica de relação de direito e não mais de força. Nesse novo modelo nasce a concepção de fato gerador, cuja essência é a obrigação tributária.

Contudo, é mister ter em conta que a sociedade ao longo dos tempos evoluiu, e com ela os modelos doutrinários. Isso permite concluir que acreditar em um só modelo vigente é andar na contramão da história. É neste sentido a doutrina defendida por Marco Aurelio Greco: “a competência tributária constitucionalmente conferida às entidades tribu-

tantes comporta todos os modelos operacionais que não contrariem o desenho e a amplitude dela decorrentes” (2001, p. 20).

Fundamentado essa certeza, o capítulo seguinte cuidará de defender a ideia desse novo modelo, em que a substituição tributária, com antecipação do fato gerador, tem papel fundamental e rompe o paradigma tradicional do modelo clássico obrigacional adotado e ainda hoje defendido por tantos dentro do Direito Tributário.

5 O MODELO CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

O marco teórico principal do presente trabalho é a obra do ilustre tributarista Marco Aurelio Greco, denominada Substituição Tributária (antecipação do fato gerador). Ao longo do estudo serão mencionados como fundamentação das argumentações o RE n.º 213.396-5 de 1999, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão.

No que tange ao modelo constitucional da substituição tributária, o instituto prevê três modalidades, regressiva, concomitante e progressiva. As duas primeiras não despertam grandes debates. A terceira, contudo, posto estar fundada em fato gerador presumido, gera uma enorme celeuma na doutrina e nos tribunais nacionais, e por esse motivo é o objeto do presente estudo. Na substituição tributária progressiva, temos uma antecipação do fato gerador, ou um fato gerador presumido. Essa é a pedra no sapato da substituição tributária, ensejadora de grandes discussões e objeções na doutrina em geral: ante a aparente ausência de materialidade, a cobrança do tributo seria inconstitucional.

O grande trabalho é estabelecer um equilíbrio entre o modelo operativo da exigência fiscal, que deve buscar o aperfeiçoamento da arrecadação e a proteção da propriedade, ou o patrimônio do contribuinte.

A parcela doutrinária que critica o instituto tem uma visão tradicional do direito tributário, inserido no modelo clássico centrado na obrigação, causa e efeito. Para esse sistema não há obrigação antes da ocorrência do fato gerador no mundo fenomênico. Assim sendo, a cobrança do tributo só poderia ocorrer após a verificação da ocorrência do fato gerador tributável.

Contraponto essa visão estão os que acreditam que o instituto é constitucionalmente compatível, uma vez que está fundamentado em uma concepção finalista do Direito.

Como já foi anteriormente afirmado, em regra, a obrigação tributária deve ocorrer nos moldes previstos na regra matriz de incidência após a verificação de todos os elementos contidos na norma. Hipótese, composta pelos critérios material, temporal e espacial e a consequência, composta pelos critérios pessoal, sujeito ativo e passivo e quantitativo, base de cálculo e alíquota.

No entanto, o §7º do artigo 150 da Constituição Federal permite que o modelo clássico sofra grandes

modificações, ensejando críticas e objeções, questões que serão posteriormente analisadas.

É verdade que a Constituição Federal estabelece as competências, conferindo aos diferentes entes federativos as aptidões necessárias para a criação de tributos. As esferas competentes, ao criar os tributos, buscam a geração de recursos para desempenhar suas mais variadas funções: segurança, educação, saúde dentre outras, buscando com isso atingir suas finalidades.

Neste sentido, assevera Marco Aurelio Greco: “*A atribuição constitucional de competência tributária poderá adotar como critério de discriminação a indicação de uma finalidade a ser buscada ou a especificação de certa materialidade concreta*”. (2001, p. 18). O autor explica que ao escolher o segundo critério, o legislador abandona o modelo clássico, cuja essência da tributação está centrada na obrigação, pois este não é o único modelo permitido.

A visão tradicional, contrariando o posicionamento do citado autor, não leva em consideração que as normas jurídicas são atos de vontade e seus múltiplos e variados preceitos são válidos, desde que não contrariem a Norma Maior.

Nesse contexto cumpre ressaltar que a grande finalidade da substituição tributária com antecipação do fato gerador é facilitar a atividade fazendária, tornando o hercúleo trabalho, que incumbe à Administração Tributária, viável.

Tal finalidade deve levar em consideração as garantias de proteção ao patrimônio do contribuinte. E é nesse ponto que o papel da Administração revela-se desafiador, ao dever encontrar o ponto de equilíbrio entre uma atividade fazendária eficiente, na qual seja possível simplificar a arrecadação, e ao mesmo tempo proteger o patrimônio dos contribuintes.

Isso só poderá ser atingido num cenário de certeza e segurança jurídica, em que pesem a incidência tributária e os valores exigidos a título de tributo. O único veículo apto a promover tal equilíbrio é, sem dúvida, a lei. Por esse motivo o próprio dispositivo constitucional exige que haja uma lei que permita a figura da antecipação do fato gerador e consequente atribuição de responsabilidade nela prevista. Essa imposição decorre da norma contida no artigo 150, inciso I, da CF, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Neste sentido afirma Greco que,

Em primeiro lugar é necessário dispor sobre os aspectos funcionais, ou seja, a lei precisa instituir o mecanismo (antecipação com ou sem substituição, criando o modelo de antecipação em relação àquele tributo específico que está sendo considerado. [...] Além disso, como a antecipação implica escolher, para fins de incidência, uma fase preliminar da ocorrência do fato legal e constitucionalmente previsto, a indicação deste

evento também dependerá de lei específica. [...] Da mesma forma, só a lei poderá dispor sobre os aspectos subjetivos. [...] O mesmo se diga quanto aos aspectos objetivos. [...] Por fim, também os aspectos de dimensionamento deverão encontrar na lei sua previsão expressa". (2001, p. 22).

Ora, infere-se da leitura do texto que as mesmas garantias que revestem o modelo obrigacional clássico se aplicam também ao modelo da substituição tributária com antecipação do fato gerador, o que permite asseverar que a legalidade é fator determinante em sua criação. Isso ocorre porque a Administração Pública está subordinada ao princípio da legalidade, consoante o artigo 37 da Constituição Federal.

Tal constatação leva ao estudo das cláusulas constitucionais em que a substituição tributária com antecipação do fator gerador é segmentada: cláusula de vinculação e atribuição.

6 CLÁUSULAS DE VINCULAÇÃO E ATRIBUIÇÃO

Marco Aurelio Greco, em sua obra, lembra A. R. Sampaio Dória, para quem a figura da antecipação do fato gerador é de fato uma técnica legislativa esdrúxula, porém reconhece e conclui pela sua constitucionalidade ao dizer que *"trata-se, antes, de opção válida do legislador"* (2001, p. 25).

Segundo o autor, essa figura tem como característica ser resultante de uma opção legislativa, na qual seleciona-se como tributável uma fase preliminar de exteriorização de um fenômeno econômico.

O fenômeno da antecipação tributária poderá ser econômico ou jurídico, a depender do critério utilizado pela Constituição ao discriminar a competência.

Percebe-se então que nessa figura a legislação conecta a exigência do pagamento do tributo a uma fase preliminar e assim antecipa as consequências, que no modelo tradicional somente ocorreriam após a realização do fato no mundo real. O relevante, na conceituação da antecipação do fato gerador, é a referência à opção do legislador em qualificar uma fase preliminar como critério para fins de exigência do recolhimento do tributo.

Disso decorre a conclusão de que o Direito comporta diferentes modelos obrigacionais, ou seja, o modelo clássico não é o único possível e viável. No caso da substituição tributária com antecipação do fato gerador, o fato propriamente dito ocorrerá ao longo do processo econômico.

A fase preliminar deverá estar conectada a um fenômeno econômico, o qual compõe a materialidade da competência tributária. Assim é imperativa a distinção entre pressuposto de fato e fato gerador: o primeiro é parcela da realidade econômica que o Direito pretende alcançar, enquanto que o segundo é tão somente o fato concreto.

A Carta Magna prevê exatamente quais são os pressupostos de fato ensejadores da exigência fiscal.

Nesse sentido, a tabela seguinte desenha os pressupostos de fato e o fato tributável de alguns tributos a título ilustrativo, vejamos:

	Pressuposto de Fato	Fato
I.R.	Renda	Percepção de salário, ganho de capital
I. I.	Introdução do bem na economia	Entrada do bem no território nacional ou seu registro
I.C.M.S.	Existência de ciclo econômico de produção e circulação de mercadorias	Negócio jurídico translativo de propriedade

As características do pressuposto e do fato são diferentes, muito embora devam ser compatíveis entre si. Os pressupostos de fato devem corresponder à manifestação da capacidade contributiva do contribuinte, enquanto que o fato só poderá ser aquele que indique a existência de seu pressuposto. Deve haver então uma conexão entre os dois, esse é o elemento mais importante.

Nas palavras de Marco Aurelio Greco: *"O vínculo só será válido se, realmente, houver um conjunto suficiente de circunstâncias que permitam afirmar que o fato deva ocorrer"*. (2001, p. 27).

Isso permite afirmar que não é qualquer situação que autoriza esta vinculação: é imperativo que existam condições de fato conectando o pressuposto ao fato tributável que deve ocorrer em etapa posterior. Portanto, o *"deva ocorrer"* consagra o requisito essencial da conexão. Este evento posterior não só conecta como legitima o pressuposto de fato.

A exemplo do que ocorre com o ICMS, esse imposto deve incidir sobre o processo de produção e circulação de mercadorias e não sobre o patrimônio do contribuinte, o que permite afirmar que a figura em análise tem por limite esse efeito, não pode se transformar em mecanismo que resulte numa oneração fiscal sobre o patrimônio.

Resta, neste momento, a análise da cláusula de atribuição. Tal cláusula, contida no dispositivo constitucional, não distingue se a imputação do dever de recolher o tributo se dará em razão do contribuinte, neste caso antecipação sem substituição, ou em relação ao responsável, que é a antecipação com substituição.

Na primeira hipótese, o caso mais comum é o ITBI, em que o fato gerador se materializa somente com o registro do imóvel no cartório, embora o dever do recolhimento do tributo ocorra em fase preliminar, ou seja, quando da lavratura da escritura pública.

Já o ICMS é o exemplo típico da segunda hipótese, cuja previsão se observa desde a redação original do Código Tributário Nacional, como foi mencionado no primeiro capítulo. Sobre esse assunto muito se discutiu ante a previsão expressa do instituto, bem como sua omissão no ordenamento jurídico.

Houve inúmeras alterações na norma tributária ao longo do processo histórico do instituto mencionado no capítulo primeiro, uma delas foi inclusive a revogação do instituto a exemplo do que ocorreu com o Decreto-lei 406 de 1968.

Entretanto a atual norma constitucional, precisamente no parágrafo 7º do artigo 150 da Constituição, não somente prevê expressamente a figura como regula um modelo que alcança os dois tipos de antecipação do fato gerador com ou sem substituição. Sua aplicação sem dúvida é maior no âmbito do ICMS, em decorrência da grande gama de mercadorias a ele sujeitas, não sendo deste tributo figura exclusiva.

O dispositivo constitucional analisado exige que o dever de antecipar alcance somente as pessoas vinculadas por um nexos objetivo ou subjetivo com seu pressuposto de fato. Não será qualquer pessoa que poderá resultar vinculada para efeito da antecipação do fato gerador. Pelo contrário, somente as pessoas que mantenham a conexão entre o pressuposto de fato e fato gerador tributável estão aptas a figurar no polo passivo e, conseqüentemente, serem responsáveis pelo pagamento do tributo.

7 CRÍTICAS E OBJEÇÕES

Muito embora a figura da antecipação esteja constitucionalmente prevista, o instituto é alvo de severas críticas. Dessa forma, a fim de que se possa analisar de forma adequada a figura, algumas das objeções mais marcantes serão destacadas nesta parte do trabalho.

É importante mencionar desde pronto que a Suprema Corte Nacional afastou todas as oposições feitas, por ocasião do julgamento do RE 213.396. Trata-se de recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmatório de sentença pela qual foi declarada inconstitucional a antecipada exigência do fabricante, na qualidade de substituto tributário, do ICMS incidente sobre automóveis distribuídos à empresa concessionária do produto e alusivo à operação subsequente de venda do bem ao consumidor final, ao fundamento de cuidar-se de exigência tributária despida de fato gerador.

Sustentou o recorrente ser constitucional o Convênio n.º ICM 66/88, no ponto em que institui a sistemática de substituição tributária para o ICMS e, bem assim, o Convênio ICMS 107/89, que o regulamentou, na conformidade da competência para isso outorgada aos Estados pelo §8º do artigo 34 da ADCT, inexistindo, de outra parte óbice constitucional à exigência antecipada do tributo em face do fato gerador, por via do substituto tributário, o que não se confunde com a cobrança do imposto, que pode ocorrer em momento diferente, posto tratar-se de consequência inerente ao instituto da substituição tributária, que já era prevista pelo CTN há muitos anos.

Observa-se deste breve relato que o recurso extraordinário tem todos os ingredientes do tema escolhido. Portanto, a escolha de algumas das principais

objeções levantadas pela doutrina e jurisprudência foram escolhidas para serem abordadas

Os próximos itens enfrentarão as seguintes questões: a inconstitucionalidade da norma; a temporalidade do recolhimento em relação ao fato gerador; a figura do empréstimo compulsório e, finalmente, o respeito ao princípio da segurança jurídica.

7.1 NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL

Com frequência, alega-se que a antecipação tributária é em realidade uma norma constitucional inconstitucional. Para tanto são invocados os ensinamentos de Otto Bachof, em palestra proferida em 1951 em Heidelberg, a qual originou o livro “Normas Constitucionais?”

Ocorre que o ilustre constitucionalista discutiu em sua obra o tema que envolve o exame da legitimidade de normas vs. sua legalidade, proferindo as seguintes palavras naquela ocasião:

As questões dos limites da atuação estadual em todas as suas formas – seja mesmo na veste da atuação constituinte – da relação entre a legitimidade e a legalidade, das possibilidades e limites do controle judicial da legitimidade, têm de pôr-se em toda e qualquer ordem soberana que se sabe vinculada ao Direito e à Justiça; pois elas são, em último termo, as questões da essência, do sentido, da validade e da força obrigatória do Direito. (2001, p. 45).

Segundo Marco Aurelio Greco:

Depois de ler atentamente tal estudo, creio que dele não se pode automaticamente extrair a conclusão de que haveria um controle de constitucionalidade pelo simples confronto entre normas constitucionais (2001, p. 45).

Para o autor Otto Bachof, supracitado, o exame das normas e da legalidade diz respeito à configuração de critérios supraconstitucionais. Tais critérios devem estar em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana. Esse fundamento deve nortear toda uma conjuntura e, conseqüentemente, toda a produção de normas.

É sem dúvida uma visão jusnaturalista do Direito!

Esse autor faz questão de incluir no debate o problema da apreciação das normas constitucionais ditas contrárias ao Direito Natural, que contraria um Direito supralegal. A preocupação repousa essencialmente com a justiça e com todos os meios de controle sobre a ação legislativa.

Para tanto, é necessário a existência de um consenso social acerca das ideias fundamentais do que seja justiça, em que haja respeito e proteção da vida humana e da dignidade do homem. Assim fica proibida a degradação do homem em um objeto, permitindo o nascimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, exigindo-se igualdade de tratamento e proibição do arbítrio. Verdadeiros postulados de justiça de evidência imediata.

Importa ressaltar que tais preceitos exsurgiram do contexto histórico atravessado pela Alemanha naquele início do século XX. A pergunta formulada pelo autor está muito mais ligada à circunstância de uma deliberação legislativa ter alterado a Constituição Alemã, pois naquele momento tal deliberação teve o condão de permitir a insurgência do regime nazista, o qual provocou tantas mazelas de repercussões sem precedentes.

Destarte, só tem sentido afirmar que uma norma constitucional é inconstitucional quando esteja diante de casos excepcionais, como o mencionado acima. Naquele contexto histórico a violação a valores básicos e elementares do ser humano foram comprovadamente vilipendiados.

Na ótica do presente estudo, não é possível a comparação, uma vez que o debate acerca da antecipação do fato gerador, não configura um valor básico da pessoa humana. É sim uma discussão limitada a mera técnica arrecadatória, que tem por objetivo a busca da concretização de princípios da administração pública, quais sejam, a eficiência e especialidade.

A inserção do instituto por meio de emenda à Constituição é um meio de proteção dos contribuintes contra investidas do Estado na atividade de arrecadação.

7.2 RECOLHIMENTO ANTERIOR AO FATO GERADOR

Como já dito anteriormente, conforme a regra matriz de incidência e o modelo obrigacional clássico, não se pode cobrar tributo sem a verificação do fato gerador.

De acordo com Marco Aurelio Greco sobre o assunto:

Este argumento está apoiado numa premissa correta, mas desemboca numa conclusão viciada. A premissa de que a obrigação tributária nasce da ocorrência do fato gerador é verdadeira, mas é uma premissa parcial, pois alcança apenas uma fração dos modelos impositivos admitidos pela norma de competência e criados pela legislação. (2001, p. 47).

A competência dos entes federativos criadores dos textos legais consiste na aptidão concedida pela Constituição. Isso significa que a norma hierarquicamente superior válida a inferior, na medida em que haja correspondência entre a Lei Maior e os fatos qualificados ou objetivos visados pela lei. Por isso a doutrina alude às técnicas de validação condicional ou finalística. Ou seja, é possível e justificadamente permitido que se crie uma norma respondendo a pergunta: *Porque a norma é feita ou para que a norma é feita?*

Todas as normas, incluindo as de competência, comportam uma parcela de realidade e autorizam determinada autoridade a regular ou modalizar condutas humanas. Significa dizer que as normas são editadas em situações para regularizar as condutas das pessoas.

É a tipicidade da norma, em que se apresenta uma moldura estabelecendo limites à ação do ente, que produz a norma impedindo que se ultrapasse o dese-

nho legal. Esse desenho não pode ultrapassar o modelo da norma constitucional.

Para o Direito Tributário, o que se tem é que a norma de competência elenca uma parcela da realidade e permite que cada ente tributante possa vincular aquela realidade à conduta de pagar o tributo ou a entrega de dinheiro aos cofres do Estado.

Porém, a Constituição não diz que aquela parcela de realidade só pode ter um tipo de disciplina normativa. O modelo constitucional comporta quaisquer situações jurídicas subjetivas que se mostrem adequadas em termos funcionais a fim de viabilizar a entrega da pecúnia tributária. O cerne da competência tributária não é um determinado tipo de situação jurídica, v.g. o modelo clássico obrigacional.

Importante é manter o vínculo necessário entre a realidade e a entrega do dinheiro. É a relação de conexão citada anteriormente. Logo, é a Constituição que autoriza o legislador conectar uma certa porção da realidade a uma conduta de pagar o tributo.

A autorização constitucional, embora restrita àquela realidade, não está subjugada a um único modelo. O meio pelo qual serão vinculadas a realidade e a conduta é de escolha do legislador, está em seu campo de escolha.

Em síntese, tudo se revolve em compreender que o ente tributante tem o poder de criar leis que disciplinem condutas que possam viabilizar a entrega do tributo.

Ao exercer tais competências esses entes definirão quais situações jurídicas subjetivas que de maneira mais eficaz possam resultar na entrega do dinheiro, ou do pagamento do tributo. Para tanto, deverão ser criados modelos de aplicação do tributo, os quais poderão ter múltiplos perfis.

Isso se justifica porque o ponto de partida referencial do exercício da competência não é a obrigação, mas a geração dos recursos financeiros que o Poder Público precisa ter para atender a todas suas finalidades. Nesse caso a pergunta é para quem os tributos são criados e não por que eles são, ou seja, uma concepção finalista tributária perfeitamente justificada.

7.3 EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

Esta espécie de tributo está prevista expressamente no atual texto constitucional – destaque-se:

Art. 148. 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.

Para Kiyoshi Harada, “A aplicação dos recursos arrecadados a título de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição, cujas hipóteses se encontram taxativamente enumeradas na Carta Política” (2010, p. 311).

É um tributo que nasce para ser devolvido. Consiste na tomada compulsória de certa quantidade em dinheiro do contribuinte a título de “empréstimo”, para que este o resgate em certo prazo, conforme as determinações estabelecidas por lei.

Na prática, o passado está recheado de episódios em que empréstimos compulsórios só foram devolvidos após muito tempo. Como o Brasil vivia crise de hiperinflação, o dinheiro devolvido foi reduzido a pó, talvez por isso a comparação com o instituto analisado seja feita. O empréstimo compulsório serve para atender a situações excepcionais, e só pode ser instituído pela União.

Não se pode aceitar a argumentação de que a figura da substituição com antecipação não passa de empréstimo compulsório, pois esse modelo constitucional não pode ser confundido com aquele, pois aquele é espécie autônoma que encontra na Constituição um perfil definido.

A figura da substituição tributária, contrária ao empréstimo compulsório, não é espécie tributária, como o imposto, taxa e contribuição de melhoria. A antecipação é mera técnica arrecadatória que o legislador adotou em seu âmbito de competência constitucionalmente concedido. Logo as figuras estão em planos distintos.

Em sendo técnica operacional de tributação, a figura da substituição poderá surgir tanto em impostos como em contribuições. É possível, no entanto que a cobrança do empréstimo compulsório possa ser feita, em tese, por meio da figura da antecipação, mas não é a mesma coisa.

Recolhe-se de forma antecipada em contemplação a um evento futuro. Esse evento é a condição de validade da própria exigência, enquanto que o empréstimo compulsório tem como finalidade intervir no domínio econômico, ou atender a despesa excepcional, custear a seguridade, dentre outras possibilidades.

E, finalmente, a principal diferença é que a antecipação não implica em necessidade de haver devolução, o que é exatamente o oposto do empréstimo compulsório, cuja definição e natureza implicam na restituição de todo o valor recolhido.

Vale mencionar que no empréstimo compulsório é mister que seja feita a devolução. Esse é um elemento fundamental, próprio de sua essência, e como tal compõe o perfil da figura. É cobrado o tributo para utilização prevista na Constituição Federal, contudo o Fisco deve devolver o valor integralmente após decorrido determinado prazo.

A substituição tributária, por outro lado, tem na devolução uma vicissitude. Explica-se: ocorrerá a devolução caso não haja a ocorrência do fato gerador. O dispositivo constitucional prevê sua preferencial e imediata devolução caso não haja o evento ou o fato

tributável. Contudo, no caso concreto é possível uma distorção do perfil da substituição tributária em que, erroneamente, atribui-se a ela o mesmo efeito do empréstimo compulsório.

7.4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Na esfera tributária, a segurança jurídica é compreendida como um pressuposto essencial para garantir a confiança do contribuinte nas suas relações com o Fisco. Esse princípio consiste no direito da pessoa à estabilidade em suas relações.

Tal direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter, com a certeza de que tais relações não podem ser alteradas para se tornarem instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, seu presente e até mesmo seu passado.

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, indicando-lhe quais são as normas de convivência a serem observadas de modo a viabilizar relações jurídicas válidas e eficazes.

Ante tais argumentos, vê-se que a segurança jurídica atinge um patamar de relevância ímpar, constituindo-se em instrumento de preservação da justiça. Tal princípio torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos, sem sujeitar-se à conveniência política de cada momento.

Duas ideias importantes podem ser destacadas, quais sejam, previsibilidade e certeza. Tornar possível o conhecimento antecipado das obrigações tributárias configura-se, efetivamente, como uma ferramenta indispensável à concretização do princípio da segurança jurídica.

Assim sendo, por esse princípio deve-se assegurar ao contribuinte, a previsibilidade de eventual ação fiscal por parte do Estado, cuja certeza deve decorrer de leis e não de costumes e uma expectativa precisa de direitos ou tranquilidade.

Uma das objeções feitas pela doutrina refere-se a citado princípio da segurança jurídica, e tem em Ives Gandra Martins um ardente crítico segundo o qual,

O § 7º do artigo 150 da CF fere o princípio da estrita legalidade, considerado como cláusula pétrea da Constituição Federal. “Considera devido um tributo que não existe, pois a realidade econômica sobre a qual incidiria ainda não foi gerada. “Ferindo uma cláusula pétrea da Constituição Federal, que é o princípio da estrita legalidade em matéria tributária, à nitidez, o § 7º é manifestamente inconstitucional (1994, p. 98).

Ora o autor desconsidera fato relevante, qual seja: a figura da substituição tributária com antecipação do fato gerador existe há décadas no ordenamento jurídico. Nesse ponto, o ministro Ilmar Galvão em sua relatoria do RE 213.396-5, página 397, cita Hamilton Dias de Souza segundo o qual:

A substituição tributária é mecanismo de origem antiga, remontando ao sistema impositivo vigen-

te na Europa, no fim do século XVIII, adotado como forma de alargar a sujeição passiva tributária. Sua utilização foi sempre justificada pelos doutrinadores, sendo apontadas de forma uníssona por juristas do mundo moderno, suas finalidade e vantagens.

O fato da exigência antecipada não fere a segurança jurídica, desde que esteja atendida a cláusula constitucional de vinculação.

E, por fim, cumpre ressaltar que a segurança jurídica não é proporcionada pela formulação abstrata da norma, mas sim pela sua aplicação no caso concreto.

8 CONCLUSÃO

Chegando ao encerramento do presente trabalho, cumpre apontar-se os principais pontos nele abordados como forma de realizar uma integração temática e possibilitar uma melhor compreensão da figura da substituição tributária/antecipação do fator, inserida em um modelo constitucional.

Inicialmente, buscou-se analisar o tema e contextualizá-lo historicamente. Observou-se, para tanto, que a figura analisada está prevista há décadas no ordenamento jurídico pátrio, tendo sua inserção legal observada desde a edição original do Código Tributário Nacional, conforme o antigo artigo 58. O estudo da obrigação compõe a parte teórica do tema.

A fim de compreender a cientificidade do assunto, foi analisada a regra matriz de incidência, cuja formulação determina os parâmetros legais aptos a ensejar a responsabilidade tributária. Para tanto, um estudo geral da obrigação, sob a ótica da teoria geral do Direito, bem como do estudo específico dentro do Direito Tributário foi realizado.

A pesquisa compilou todos os modelos de responsabilidade previstas no CTN, inclusive identificando a responsabilidade por substituição como uma das espécies de responsabilidade.

Feito o delineamento desses institutos principais, o que proporcionou a base teórico-científica, foi possível estudar o modelo constitucional da substituição tributária e enfrentar algumas das principais objeções doutrinárias à figura da antecipação do fato gerador.

Na segunda parte foram abordadas as cláusulas de vinculação e atribuição normativas da substituição tributária e as críticas concernentes à constitucionalidade da figura: o recolhimento anterior a ocorrência do fato gerador, a figura do empréstimo compulsório e o princípio da segurança jurídica.

Conclui-se deste estudo que a figura está ampla e devidamente regulada, pois já era agasalhada no texto original do Código Tributário Nacional, logo, o argumento de que a figura esteja despida de legislação não procede, além do que a matéria é contemplada no texto constitucional e devidamente regularizada pela Lei Complementar 87 de 1996.

O estudo da obrigação tributária e da regra matriz de incidência permite, de maneira irrefutável, a constituição da responsabilidade tributária de forma legal.

No entanto, a argumentação exposta pela doutrina clássica, daqueles que se insurgem contra a figura da antecipação com substituição, está apoiada na afirmação de que obrigação tributária nasce da ocorrência do fato gerador e, portanto, qualquer cobrança só pode ser efetuada depois que ele ocorrer. Esta é uma visão causalista do Direito, contudo, como verificado, o ordenamento pátrio admite mais de um modelo, neste caso, o modelo finalista permite a antecipação do fato gerador.

Em relação à objeção doutrinária de que se trata de “norma constitucional inconstitucional”, tal argumento não merece prosperar, pois a figura da substituição com antecipação não configura um valor básico da pessoa humana. Trata-se de mera técnica de tributação voltada à busca da maior eficácia na arrecadação em função de eventuais dificuldades de fiscalização e controle por parte do Fisco.

Foi comprovado também que o ordenamento positivo admite o recolhimento anterior à ocorrência do fato legal qualificado, pois o fato tributável pode ser gerador – o que acarreta o nascimento da obrigação tributária ou do fato legitimador, em que se confirma o recolhimento final.

Isto é possível porque a competência legislativa é norma atributiva da aptidão para editar normas jurídicas sobre matérias diversas às quais visam atingir determinadas finalidades.

Logo, desde que a norma superior valide a norma inferior, na medida em que haja correspondência entre elas e os fatos qualificados ou os objetivos visados, a compatibilidade constitucional estará configurada.

Afirmam ainda alguns críticos que a figura da antecipação do fato gerador nada mais é do que empréstimo compulsório. Entretanto, como restou-se amplamente demonstrado, a natureza da antecipação não é a mesma do empréstimo compulsório e com ele não se confunde. O empréstimo compulsório já nasce para ser devolvido, enquanto que a substituição com antecipação tem essa característica apenas como uma vicissitude, pois somente na hipótese de não realização do fato haverá a imediata devolução.

E, por fim, a figura da substituição não fere o princípio da segurança jurídica, uma vez que os valores consagrados por esse princípio estão devidamente acobertados. Relembrando que esse princípio impõe um estado geral de tranquilidade e previsibilidade das normas que regulam as condutas.

Ora, como já demonstrado, a figura da substituição tributária nasceu na edição do Código Tributário, há cerca de 50 anos, existe farta legislação sobre o tema e previsão constitucional expressa no artigo 150, além da Lei Complementar 87 e dos diversos convênios estaduais. Destarte, tal afirmativa está completamente despida de fundamentação.

Oportuno destacar que reconhece-se o valor da matéria estudada sob a perspectiva dos direitos huma-

nos. O que resulta em uma forma de melhor tutelar os interesses do contribuinte, tanto o é que o parágrafo 7º do artigo 150 impõe a imediata devolução caso o evento não se realize.

Ante a um dispositivo constitucional não cabe ao interprete repeli-lo puramente por razões de inconveniência ou porque a figura consagrada pode gerar incômodo ou ônus ao contribuinte ou ao Fisco.

Pelo contrario, é *mister* que o estudioso interprete e busque a adequação dos institutos à uma sistemática, com o objetivo de procurar extrair toda a aplicação possível sob a ótica e cotejo de princípios constitucionais.

Não aplicar um dispositivo oriundo de emenda deve depender da demonstração da ocorrência de violação a uma cláusula da própria Constituição ou de uma incompatibilidade lógica insuperável.

As críticas e objeções levantadas pela doutrina e abordadas na pesquisa não permitem a inaplicabilidade da substituição tributária com antecipação.

O estudo objetivou apontar as limitações e insuficiências das críticas e objeções formuladas em matéria de substituição tributária, almejando, com isso, não encontrar a solução salvadora, a resposta final para todos os questionamentos, mas, apenas, contribuir e participar do debate.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Eduardo. A Obrigação Tributária. In: _____. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Obrigação Tributária*. In: _____. Teoria Geral da Obrigação Tributária. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barrosa. Eduardo. A Regra-Matriz de Incidência. Hipótese Tributária e Fato Jurídico Tributário. In: _____. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinicius. Responsabilidade Tributária Conceitos Fundamentais. In: _____. *Responsabilidade Tributária*. São Paulo: Dialética, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de. Código Tributário Nacional Comentado. *Revista dos Tribunais*, 4. ed. São Paulo, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. As várias acepções de responsabilidade. In: _____. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Marco Aurelio. Substituição Tributária (antecipação do fato gerador). 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

HARADA, Kiyoshi. In: _____. *Direito Financeiro Tributário*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MATTOS, Eloá Alves Ferreira de; MATTOS, Fernando César Baptista de. Os sujeitos da obrigação tributária. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro. *Curso de direito tributário brasileiro*. V.1. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MEDEIROS, Danilo Querino. *A Economia Brasileira nos Anos 60 e 70*. Disponível em: <http://www.zemoleza.com.br/carreiras/12373-a-economia-brasileira-nos-anos-60-e-70.html>. Acesso em: 24 jun. 2013

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REALE, Miguel. O Direito e as ciências afins. In: _____. *Lições preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SABBAG, Eduardo. Responsabilidade Tributária. In: _____. *Manual de Direito Tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



VITIMOLOGIA DE GÊNERO: A VÍTIMA MULHER NO CENÁRIO DO CRIME E A RECENTE EVOLUÇÃO DOS MEIOS LEGAIS DE SUA PROTEÇÃO

Daniele Cristina Bahniuk¹
Juliana Marques Santos Oliveira²
Valéria Mariano Costa³

RESUMO Vitimologia estuda as questões atinentes à situação da vítima e seu comportamento ante a ocorrência do crime, bem como as formas como se dá a vitimização em seus diversos graus. As primeiras noções de Vitimologia deram-se após a Segunda Guerra Mundial, através de definições trazidas por Benjamin MENDELSON. O crescimento dos movimentos vitimológicos experimentado nos últimos anos demonstra que a sociedade necessita que o Direito passe a se preocupar com as vítimas, até então esquecidas. Assim, a Vitimologia é o campo propício para apresentar a vítima como um sujeito de direitos. No caso de estudo, dá-se um enfoque à mulher e como a legislação vem tratando sua condição nos últimos anos. Os novos instrumentos protetivos de amparo à mulher são paradigmas da Vitimologia e sua influência tem sido importante para o resgate da cidadania das vítimas e a melhor compreensão do fenômeno da violência de gênero. A Vitimologia é uma área do conhecimento de suma importância para as ciências penais, pois traz percepções inter e multidisciplinares, com aspectos biológicos, psicológicos e sociais.

Palavras-chave: Gênero. Mulher. Crime. Vitimologia. Legislação.

GENDER VICTIMOLOGY: THE FEMALE VICTIM AT THE CRIME SCENE AND THE RECENT EVOLUTION OF LEGAL MEANS OF THEIR PROTECTION

Abstract: *Victimology studies the issues related to the situation of the victim and his behavior at the occurrence of the crime, as well as the ways it gives victimization in its various degrees. The rudiments of Victimology gave up after the Second World War, through the definitions brought by Benjamin MENDELSON. The growth of victimological movements experienced in recent years shows that society needs the right pass to worry about the victims until then forgotten. Thus, the victimology is the favorable field to present the victim as a subject of rights. In the case study, it gives a focus on women and the legislation has been treating her condition in recent years. The new protective instruments of support to women are paradigms of Victimology and its influence has been important for the recovery of citizenship of the victims and a better understanding of the phenomenon of gender violence. The Victimology is an area of knowledge very important for criminal sciences, it brings inter and multidisciplinary insights with biological, psychological and social.*

Keywords: *Gender. Women. Crime. Victimology. Law.*

¹ dcbahniuk@gmail.com

² UEPG

³ UNOPAR

1 INTRODUÇÃO

O estudo da vítima e seu papel desempenhado no cenário do crime é chamado de Vitimologia. Apesar do lugar de destaque que conseguiu no âmbito do Direito Penal/Criminologia, ainda é pouco explorada em âmbito nacional, mas o recente acontecimento no Rio de Janeiro, no chamado ‘estupro coletivo’, trouxe à tona essa discussão. O caso ganhou destaque na mídia; uma adolescente de 16 anos de idade foi violentada por aproximadamente 30 homens, sendo que vídeos e imagens suas circularam na Internet.⁴ A jovem contou que foi até a casa de um rapaz com quem se relacionava há três anos, estava a sós na casa dele, e só recorda que acordou no dia seguinte em uma outra casa, na presença de todos esses homens, armados com fuzis e pistolas. Este é apenas um exemplo da importância e aplicabilidade desta ciência.

O presente trabalho busca estudar a Vitimologia de Gênero Feminino, investigando como a legislação brasileira trata desta vítima. Quando ocorre um delito, há uma preocupação maior sempre com o sujeito ativo, com o criminoso. Esquece-se, porém, do sujeito passivo, qual seja: a vítima. Isso acontece porque os ensinamentos foram sempre direcionados para a observação do lado considerado “perigoso” na prática criminosa, afinal, a própria palavra vítima possui conotação hostilizada, passando a ideia de pessoa a mercê de uma situação. Na ocorrência de um crime, deve-se analisar todos os aspectos a ele relacionados: as circunstâncias em que foi praticado, o delinquente e a vítima. Não há uma graduação de importância entre este ou aquele fato ou entre os sujeitos; tudo deve ser minuciosamente analisado, investigado, sob pena de cometer-se sérias injustiças. Uma figura tão imprescindível na análise do delito não poderia continuar adstrita à condição de mera figurante.

Historicamente, as mulheres têm sido submetidas a relações de dominação, exploração e violência, mas nas últimas décadas movimentos vitimológicos cresceram fortemente, buscando respostas estatais à superação dessa violência como condição necessária para a construção de nossa humanidade.

Chamando para si a responsabilidade para coibir e punir as condutas socialmente reprováveis, o legislador cuidou de prever em tipos penais as mais diversas formas de violência. Sejam as que ocorrem na sociedade em geral, sejam aquelas envolvendo pessoas com laços de sangue, de afetividade ou de convivência. Nos últimos anos, a legislação brasileira caminhou a fortes passos para criminalizar a violência contra as mulheres e criar estruturas específicas para proteger as vítimas e/ou punir os agressores.

4 Vítima de estupro coletivo no Rio conta que acordou dopada e nua. **Portal G1**. Rio de Janeiro, 26 mai. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-conta-que-acordou-dopada-e-nua.html>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

2 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Busca-se com este artigo fazer um resgate dos institutos legais sob a perspectiva da vítima, fundamental no resgate da cidadania feminina, empoderando-a e possibilitando a sua busca pela igualdade de direitos. Passa-se pelos estudos iniciais acerca da Vitimologia perfazendo a reflexão sobre a importância deste campo de estudo e seu desenvolvimento, focalizando sua natureza científica. Após, os estudos são centrados na especificação das mais importantes leis brasileiras que surgiram em decorrência de respostas aos movimentos vitimológicos às mulheres, em especial a Lei Maria da Penha e a Lei que tipificou o Femicídio.

O tipo de pesquisa utilizada será a exploratória, cujo objetivo é proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Seu planejamento é flexível, possibilitando considerar vários aspectos do objeto estudado.⁵ A técnica de pesquisa utilizada é documental indireta escrita, como notícias jornalísticas, coleta de bibliografia, formulada através de leituras, materiais já publicados, consultas de livros jurídicos, assim como de outras ciências auxiliares.

Procura-se contribuir para o avanço do conhecimento, dando suporte a uma análise crítica das respostas estatais formalizadas por meio de lei às mulheres vítimas de crimes. Utiliza-se do método dedutivo, em que se procede de proposições universais para proposições particulares, proporcionando a conclusão destas premissas.

Da mesma forma, faz-se uso do método histórico, eis que importe pesquisar as raízes do conceito para compreender sua natureza e função. Este método consiste basicamente em investigar acontecimentos do passado para verificar a sua influência na sociedade contemporânea e verificar como as instituições alcançaram sua forma atual, com as alterações sofridas no protrair do tempo.⁶

3 DISCUSSÃO:

3.1 A VITIMOLOGIA COMO CIÊNCIA:

Através da vitimologia procura-se estudar o sujeito passivo do crime em todas as suas nuances, seja personalidade, comportamento, antecedentes, condições de vida, ou seja, sob os aspectos antropológicos, psíquicos e sociais. Como é uma ciência multi e interdisciplinar, busca amparo, principalmente, na Crimino-

5 GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002. Disponível em <https://professores.faccat.br/moodle/pluginfile.php/13410/mod_resource/content/1/como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2016, p. 24-25.

6 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: <http://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india>. Acesso em: 25 ago. 2016, p. 106-107.

logia, na Psicologia Criminal e na Sociologia Criminal. Não se trata de mudar o enfoque da questão, mas sim de ampliá-lo com o objetivo de compreender o cenário de um crime em todas as suas dimensões, e não mais somente em relação ao criminoso.

O estudo do comportamento da vítima e como ela pode contribuir para gerar ou excitar o agressor ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, com os horrores sofridos pelas vítimas do holocausto. O documento mais importante do cenário internacional foi elaborado no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção e Tratamento de Delinquentes, Milão, Itália, 1985 – *Declaração sobre os Princípios Fundamentais da Justiça para as Vítimas e Abuso de Poder*. Tal declaração recomenda que sejam estipulados parâmetros e padrões nacionais e internacionais de proteção à vítima e prescreve diretrizes voltadas para que elas recebam a assistência material, médica, psicológica e social que lhes for necessária⁷.

O primeiro a atribuir a autonomia à Vitimologia foi o advogado e professor israelita Benjamin MENDELSON, fundador da Ciência Vitimológica, que estuda o trinômio crime-delinquente-vítima, com um enfoque diferente ao atribuído, até então, pelo Direito Penal.

O foco da Vitimologia é a vítima e não toda a estrutura social e o papel do crime ou da lei criminal nua. As atividades que tratam da vítima previnem a vitimização, protegem as vítimas, assistem, reduzem o sofrimento e ajudam a adaptação do impacto da vitimização; são as atividades que compreendem o campo no qual a vitimologia opera com sucesso⁸.

O significado da expressão “vítima”, palavra derivada do latim e do grego *victimia/victus*, é modificada de acordo com o momento histórico e social da humanidade. Antigamente, no período medieval, era vítima aquela pessoa ou animal oferecido aos deuses, ou ainda, como “pagamento” a uma promessa religiosa⁹. Com o passar dos tempos, o significado de vítima sofreu grandes alterações.

Na já citada *Declaração sobre os Princípios Fundamentais da Justiça para as Vítimas e Abuso de Poder* considera-se como vítima aquela pessoa que, individual ou coletivamente, tenha sofrido um prejuízo, lesão física ou mental, sofrimento emocional, perda material, ou grave atentado aos seus direitos fundamentais,

como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado-Membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

Impossível falar-se da Vitimologia sem o estudo da *personalidade e do comportamento* do sujeito passivo do crime, uma vez que é uma ciência baseada no empirismo, ou seja, na observação e na experiência humana, ao contrário da maioria das disciplinas que surgem de conceitos *a priori*.

O vocábulo personalidade significa aquilo que é pessoal, caráter próprio e exclusivo de uma pessoa, individualidade. Para a Psicologia, personalidade é algo próprio, único de um indivíduo, é a sua estrutura interna, sendo resultado de uma série de fatores (físicos, psíquicos e sociais), que se formam ao longo da experiência de vida de cada ser humano. No sentido axiológico do termo, acrescenta-se a este o elemento valorativo, ou seja, a avaliação da personalidade: se boa ou má; caridosa ou egoísta. Quanto ao significado ético da palavra personalidade tem-se que é a soma dos conceitos psicológicos e valorativos, muito utilizada nas legislações para beneficiar ou não determinado criminoso. No Código Penal Brasileiro, por exemplo, encontra-se o conceito ético de personalidade em diversos dispositivos, como da individualização/aplicação da pena (artigo 59) e no caso da suspensão condicional da pena (artigo 77)¹⁰.

Relativamente ao estudo do comportamento de uma pessoa para fins de aplicação na Vitimologia, tem-se que isso diz respeito a como ela age/reage nas mais variadas situações. Traduz-se na sua adequação nas circunstâncias da vida cotidiana. Por ser algo que está mais exposto aos fatores exógenos, o comportamento humano é mais variável, flexível a mudanças e adaptações. Contudo, assim como o temperamento e o caráter, o comportamento também não passa de um reflexo da personalidade do ser humano.

No estudo da personalidade e do comportamento da vítima, deve-se considerar os fatores que podem influenciá-los, como, por exemplo, o alcoolismo, a dependência em drogas e alguns tipos de transtornos psicológicos-psicopáticos, além de fatores sociais, familiares e econômicos que somados formam o fator biopsicossocial¹¹.

Conceituar e definir a Vitimologia ainda é uma tarefa difícil, pois são vários os conceitos atribuídos, não havendo um consenso a respeito. Para Benjamin Mendelshon é a ciência que estuda a personalidade da vítima sob os pontos de vista psicológico e sociológico na busca do diagnóstico e na terapêutica do crime e da proteção individual e geral da vítima¹².

Alguns como Frederico Abrahão de OLIVEIRA, atribuem à Vitimologia um conceito mais estrito, limitada

7 ONU. *Declaração sobre os Princípios Fundamentais da Justiça para as Vítimas e Abuso de Poder*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

8 KIRCHHOF, Ferdinand Gerd; *apud*. OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Manual de Criminologia*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1996, p. 81.

9 NASCIMENTO, José Flavio Braga. *Curso de Criminologia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 155.

10 OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e Direito Penal*: o crime precipitado ou programado pela vítima. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, 2003. p. 60-61.

11 *Ibid.*, p. 64.

12 FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995. p. 456.

a condição de probabilidade de ser vítima, para a qual a vitimologia seria um estudo do comportamento da vítima frente à lei, através de seus componentes biosociológicos e psicológicos, visando apurar as condições em que o indivíduo pode apresentar tendência a ser vítima de uma terceira pessoa ou de processos decorrentes de seus próprios atos¹³.

Faz-se necessário estudar na Vitimologia o fenômeno de vitimização e o fator vitimogéno, aspectos que integram a ciência vitimológica, uma vez que possibilitam uma melhor compreensão dos aspectos relacionados ao crime.

O fenômeno da vitimização corresponde ao processo que leva uma pessoa a se tornar vítima de sua própria conduta, de conduta de terceiros ou de fato da natureza. Para tanto existem alguns graus de vitimização: a vitimização primária, que é aquela que deriva diretamente do crime, ou seja, é o primeiro momento em que a vítima sofre as consequências do ato delituoso; a vitimização secundária, que corresponde às respostas formais e informais que a vítima recebe dos órgãos responsáveis pela aplicação da lei. Neste grau de vitimização secundária, com a exposição da vítima junto às instituições, como Polícia Civil e Militar, Institutos de Criminalísticas e Poder Judiciário, a vítima se depara com uma situação tão dolorida e constrangedora quanto a primária. Há ainda, a vitimização terciária que se relaciona a conduta posterior da própria vítima, como ela passará a se comportar após ser vitimizada. Ela pode manter viva e nítida a lembrança do dano sofrido, e, até mesmo, se autodefinir como delinquente¹⁴.

Já o fator vitimogéno, trata de qualquer influxo, endógeno ou exógeno, capaz de levar o homem ao crime¹⁵. Com o seu estudo é possível identificar os criminosos que se caracterizam como “vítimas do infortúnio”, ou seja, indivíduos cujas vidas sempre estiveram diretamente ligadas às condições favoráveis, propícias à execução de um crime, como por exemplo, o indivíduo que quando criança sofria maus tratos, crescendo em um ambiente violento, podendo, devido a isso, incorporar a violência a sua personalidade.

3.2 A VITIMOLOGIA DE GÊNERO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Neste momento, passa-se a discutir as previsões legislativas que permitem a construção de mecanismos de proteção das vítimas do sexo feminino.

Indubitavelmente, a Lei nº 9.099, promulgada em 26 de setembro de 1995, foi a primeira legislação a ter uma preocupação mais expressiva com a satisfação da vítima. Veio a atender aos pedidos dos movimentos vi-

timológicos, adotando o modelo consensual de justiça penal, dando maior ênfase à participação da vítima na solução do conflito, com medidas reparatórias e despenalizadoras.¹⁶

Todavia, para a violência doméstica contra a mulher, esta Lei não atendeu a função para a qual foi idealizada, chegando a agravar a situação da vítima, pois o agressor não acreditava nas punições brandas e as vítimas saíam humilhadas e desacreditadas no amparo da Justiça.¹⁷ A exemplo disso, temos a pesquisa sobre os casos de Violência Doméstica e análise da Justiça Penal nos casos concretos no Município de Ponta Grossa, ano de referência 2003, em que se constatou que na Delegacia da Mulher, naquele ano, foram registrados 584 boletins de ocorrência noticiando a prática do crime de lesão corporal entre pessoas com vínculos de sangue, afetividade ou convivência. Destas 584 notícias de crime, somente 152 evoluíram para termos circunstanciados, ou seja, saíram da Delegacia de Polícia, da fase investigatória, e foram para o Juizado Especial Criminal para processo e julgamento do infrator. Estatisticamente, 26% dos casos noticiados tiveram prosseguimento. Em outras palavras, 74% dos casos de violência intrafamiliar levados ao conhecimento da autoridade policial sequer começaram a serem investigados, porque as vítimas “retiraram” o boletim de ocorrência, não ofereceram a necessária representação, abortando o procedimento.¹⁸

Para tentar resolver este problema da violência contra a mulher, a Lei nº 10.455/02 modificou a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, alterando o parágrafo único do artigo 69 com a instituição do afastamento cautelar do agressor nos casos de violência doméstica.¹⁹

Percebeu-se que a uma grande mudança estava por vir, com a publicação da Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004, que fez uma significativa alteração no Código Penal. Tal diploma acrescentou ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848/40 os parágrafos 9º e 10, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”.²⁰

16 FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no Direito Brasileiro. In: _____. (Org). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: UNESP, 2011. p. 16. Disponível em <http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/Estudos_contemporaneos_de_vitimologia_-_Final.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

17 OLIVEIRA, Giordana Bruno Leite de.; BARROS, Lívy Ramos Sales Mendes de. **A Vitimologia e os Novos Institutos de Proteção à Mulher Vítima de Crimes**. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/viewFile/195/84>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

18 BAHNIUK, Daniele Cristina; COLMAN, Danielli Taques; PATRICIO, Suzane Maria Carvalho do Prado. Violência Doméstica e análise da Justiça Penal nos casos concretos no Município de Ponta Grossa. In: Seminário Nacional de Experiências na Atenção à Violência Doméstica e Sexual: conquistas, desafios e proposições. **Anais...** Carta de Curitiba, 2006, Curitiba.

19 BRASIL. **Lei nº 10.455, de 13 de maio de 2002**. Modifica o parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10455.htm> Acesso em: 25 ago. 2016.

20 BRASIL. Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004. Acrescenta pa-

13 OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Manual de Criminologia**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto.1996. p. 82.

14 BERISTAIN, Antonio. **Nova Criminologia: à luz do Direito Penal e da Vitimologia**. São Paulo: UNB, 2000. p. 103-109.

15 BRANCO, Elaine Castelo Branco. A análise da vítima na consecução dos crimes. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 11, n. 50, 29 fev. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4400&revista_caderno=3>. Acesso em: 23 jun. 2016.

Finalmente, foi especificado como um crime a violência doméstica, o que antes era tratado como lesão corporal de forma ampla.

O entrave da fluidez na proteção da mulher vítima de violência residia no fato do crime de violência doméstica estar no rol dos chamados crimes de menor potencial ofensivo, aqueles com pena máxima cominada inferior a dois anos, o que possibilitava os acordos de transação penal, com pagamento de cestas básicas, frustrando as expectativas das vítimas.²¹

Visando assegurar com eficiência a proteção da vítima mulher, a maior inovação legislativa na defesa de pessoas vulneráveis foi a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – de combate à violência de gênero. Editada com fundamentos constitucionais (artigo 226, §8º da Constituição Federal), baseado na igualdade entre homem e a mulher, bem como com base na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.²²;

A nova lei protecionista alterou o Código Penal, triplicando a pena para agressões domésticas contra mulheres e, em consequência, aumentando os mecanismos de proteção às vítimas. Essa lei proibiu a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (artigo 17). Possibilitou que os autores de crime fossem presos em flagrante ou preventivamente (artigo 20), bem como especificou medidas protetivas de urgência que obriçam o agressor (artigo 22 e seguintes).

(...) De um avanço extraordinário, reconheceu-se que a violência de gênero é um problema social e político que transcende a esfera privada das relações pessoais, exigindo a intervenção dos poderes públicos e da sociedade. Caminha-se, assim, para a superação do senso comum que tem legitimado a violência contra a mulher e justificado a agressividade masculina, conseqüente da histórica discriminação da mulher, desconstruindo o modelo patriarcal de dominação e construindo outro, baseado na igualdade e no respeito entre os gêneros²³.

rágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.886.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

21 --- OLIVEIRA, Giordana Bruno Leite de.; BARROS, Lívy Ramos Sales Mendes de, op. cit., p. 11.

22 BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

23 FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de, op. cit., p. 21.

Mais do que aumentar penas, a Lei Maria da Penha veio para mudar o paradigma de enfrentamento à violência contra a mulher, com alusão a promoção de estudos e pesquisas de gênero relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher e a celebração de convênios e parcerias com o objetivo de implementar programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra as mulheres (artigo 8º, incisos VI e VIII).

Finalmente, destacamos a mais recente lei que veio acudir aos anseios dos movimentos vitimológicos, a Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015, conhecida como a Lei do Feminicídio. Esta altera o art. 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, bem como para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos, no artigo 1º da Lei nº 8.072/90. Estabelece a lei que, quando o homicídio de mulher acontece por “razões de condição de sexo feminino”, deverá ser considerado crime hediondo, por atentar contra os valores basilares da sociedade, pelo que deve merecer maior reprovação por parte do Estado²⁴. Caracteriza o feminicídio quando a agressão envolve violência doméstica e familiar, ou quando evidencia menosprezo ou discriminação à condição de mulher, caracterizando crime por razões de condição do sexo feminino.

4 CONCLUSÕES

A Vitimologia busca a compreensão da vítima em seus mais diversos aspectos, como o biológico, o psicológico e o social, a fim de que seja possível determinar sua maior ou menor participação na ocorrência dos delitos. É da sua natureza o estabelecimento de intercâmbio de informações com outras áreas do conhecimento, pois se estuda a personalidade, comportamento da vítima juntamente com suas atitudes, ações e reações.

Conforme se pode constatar, o estudo da ciência vitimológica é de suma importância para a correta análise do crime, possibilitando aos aplicadores do Direito, especificamente, uma compreensão mais ampla do cenário criminoso, o qual envolve uma série de fatores e personagens e não apenas a “dupla” infrator-vítima. Neste prisma, a vítima assume grande relevância jurídica e social.

Havia um clamor de movimentos vitimológicos exigindo mudanças na lei de proteção às vítimas, em especial as mulheres, uma vez que a violência de gênero é uma situação que se alastra pelo tempo desde o início da vida em sociedade. A elaboração e promulgação das leis examinadas neste trabalho vieram para garantir a adequada proteção a todas as mulheres que sofrem com a violência. O Estado deixou a passividade de lado e reconheceu a vulnerabilidade destas vítimas, passando a adotar medidas

24 BRASIL. Instituto Sangari. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil**. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016, p. 67.

eficazes para a minimização dos efeitos das infrações penais.

Ainda que a Vitimologia seja considerada, por muitos, um ramo da ciência independente, pouco se discute sobre o assunto. Somente com delitos de grande repercussão, como o recente caso do estupro coletivo do Rio de Janeiro, é que este tema é abordado com mais ênfase pelos operadores do Direito. Neste caso, a adolescente sofreu o fenômeno de vitimização correspondente ao processo que a levou a se tornar vítima de conduta de terceiros. Vale dizer que vítimas de estupro, acabam, muitas vezes, parando na Vitimização Primária, pois sentem vergonha de denunciar a prática criminosa, ou não querem se submeter aos exames periciais, dentre outros motivos. Igualmente, sofrem com o processo de Vitimização Terciária, uma vez que a sociedade começa a ver aquela vítima com “maus olhos”, como se por alguma razão a vítima tivesse dado motivo para que a violência fosse cometida contra ela²⁵.

A tutela dos interesses das vítimas é uma necessidade de justiça social na condição de sujeito de direitos, cujo direito fundamental é a proteção e a assistência integral. Dessa forma, verifica-se a importância e contribuição da Vitimologia para sua proteção.

5 REFERÊNCIAS

BAHNIUK, Daniele Cristina; COLMAN, Danielli Taques; PATRICIO, Suzane Maria Carvalho do Prado. Violência Doméstica e análise da Justiça Penal nos casos concretos no Município de Ponta Grossa. In: Seminário Nacional de Experiências na Atenção à Violência Doméstica e Sexual: conquistas, desafios e proposições. **Anais...** Carta de Curitiba, 2006, Curitiba.

BERISTAIN, Antonio. **Nova Criminologia**: à luz do Direito Penal e da Vitimologia. São Paulo: Unb, 2000.

BRANCO, Elaine Castelo Branco. A análise da vítima na consecução dos crimes. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 11, n. 50, 29 fev. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4400&revista_caderno=3>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. Instituto Sangari. **Mapa da Violência 2015**: Homicídio de Mulheres no Brasil. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016, p. 67.

BRASIL. Lei nº 10.455, de 13 de maio de 2002. Modifica o parágrafo único do art. 69 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10455.htm> Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004**. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.886.htm> Acesso em: 25 ago. 2016.

25 CABETTE, Eduardo Luiz Santos; PAULA, Verônica Magalhães de. Crime de estupro: até quando julgaremos as vítimas? **Revista Conteúdo Jurídico**, 24 abr. 2013. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,crime-de-estupro-ate-quando-julgaremos-as-vitimas,43148.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm> Acesso em: 25 ago. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; PAULA, Verônica Magalhães de. Crime de estupro: até quando julgaremos as vítimas? **Revista Conteúdo Jurídico**, 24 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,crime-de-estupro-ate-quando-julgaremos-as-vitimas,43148.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no Direito Brasileiro. In: _____. (Org). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: UNESP, 2011. p. 16. Disponível em <http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/Estudos_contemporaneos_de_vitimologia_-_Final.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. Disponível em: <https://professorres.faccat.br/moodle/pluginfile.php/13410/mod_resource/content/1/como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2016.

KIRCHHOF, Ferdinand Gerd; *apud*. OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Manual de Criminologia**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1996.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em <http://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india>. Acesso em: 25 ago. 2016.

NASCIMENTO, José Flavio Braga. **Curso de Criminologia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e Direito Penal**: o crime precipitado ou programado pela vítima. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, 2003.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Manual de Criminologia**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1996.

OLIVEIRA, Giordana Bruno Leite de.; BARROS, Lívy Ramos Sales Mendes de. **A Vitimologia e os Novos Institutos de Proteção à Mulher Vítima de Crimes**. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/viewFile/195/84>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

ONU. **Declaração sobre os Princípios Fundamentais da Justiça para as Vítimas e Abuso de Poder**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

Vítima de estupro coletivo no Rio conta que acordou dopada e nua. **Portal G1**. Rio de Janeiro, 26 mai. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-counta-que-acordou-dopada-e-nua.html>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

ESCLARECIMENTOS E NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

1. DAS NORMAS GERAIS

- 1.1 A Revista Jurídica da UNOPAR, destina-se à publicação de artigos de divulgação de pesquisa, debates acerca da doutrina jurídica e de atualização do Direito.
- 1.2 Os trabalhos enviados para publicação devem ser inéditos, não sendo permitida a sua apresentação simultânea em outro periódico. A Revista reserva todos os direitos autorais do trabalho publicado, inclusive de tradução, permitindo, entretanto, a sua posterior reprodução com devida citação de fonte.
- 1.3 A Revista receberá para publicação trabalhos redigidos em português, ficando os textos dos mesmos sob inteira responsabilidade dos autores, não refletindo obrigatoriamente a opinião do Editor e do Corpo de Consultores.
- 1.4 Os trabalhos deverão ser enviados através do e-mail revistajuridicapontagrossa@unopar.com.br ou em CD, o texto deve ser digitado em programa Word 2013 ou mais recente. Os trabalhos em CD devem ser endereçados para Revista Jurídica da UNOPAR. Prof. Dr. José Robson da Silva. Rua Tibúrcio Pedro Ferreira, 55 Ponta Grossa Pr, CEP 84010-090.
- 1.5 Deverão constar, no final dos trabalhos, endereço completo, telefone e e-mail de pelo menos um dos autores, para o encaminhamento de correspondência.
- 1.6 A Revista reserva o direito de submeter todos os originais à apreciação do Editor e Corpo de Consultores, que dispõem de plena autoridade para decidir sobre a conveniência ou não da publicação, podendo, inclusive reapresentá-los aos autores, com sugestões para que sejam feitas alterações necessárias no texto e/ou para que os adaptem às normas editoriais da Revista. Nesse caso, o referido trabalho será reavaliado pelos consultores.
- 1.7 Caberão a cada autor de artigo, dois exemplares da revista, como única indenização por direitos autorais.
- 1.8 Não serão publicadas fotos coloridas, a não ser em casos de absoluta necessidade e a critério da comissão editorial, com custos para os autores.
- 1.9 Todos os trabalhos deverão estar conforme as normas internacionais de proteção e defesa dos direitos humanos.

2. DA APRESENTAÇÃO DO ORIGINAL

Os originais destinados à Revista Jurídica da UNOPAR deverão ser redigidos de acordo com as seguintes normas:

- 2.1 Os originais deverão ser redigidos em Português, digitados no formato de papel tamanho A4 (210 mm X 297 mm), com espaço 1,5 e margem de 2cm de cada um dos lados, com o total de no máximo 25 páginas. Utilizar fonte Times New Roman, tamanho 12 para o texto, para notas de rodapé fonte tamanho 10 e para o título fonte tamanho 14.
- 2.4 As notas devem ser reduzidas ao mínimo e digitadas em pé de página, numeradas a partir de 1. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Estas devem ser feitas no corpo do trabalho.
- 2.5 O artigo deverá ser observado a seguinte estrutura:
- a) Cabeçalho:
- . Título do artigo (e subtítulo se houver).
 - . Nome do(s) autor (es) com indicação da instituição de origem.
- b) Resumo
- Apresentação concisa do texto, em no máximo 250 palavras.

c) Palavras-chave

Correspondem às palavras ou expressões que identificam o conteúdo do artigo. No máximo 5.

d) Abstract

Consiste na apresentação concisa em inglês, deve conter, no máximo, 250 palavras.

e) Key words

Correspondem às palavras ou expressões em inglês que identificam o conteúdo do artigo. No máximo 5.

OBS: Também se aceita o resumo e as palavras-chave em espanhol.

f) Texto:

Introdução, considerações metodológicas, discussão, conclusões.

g) Referências bibliográficas

Ordenada alfabeticamente pelo sobrenome do autor. As abreviaturas dos títulos dos periódicos citados deverão estar de acordo com as normas internacionais. Seguir as normas da ABNT.

Obs. A exatidão das referências bibliográficas é de responsabilidade dos autores. Comunicações pessoais, trabalhos em andamento e os não publicados não devem ser incluídos na lista de referências bibliográficas, mas citados em notas de rodapé.

h) Endereço dos autores: incluir e-mail, telefone e fax do autor principal.

3. DO ENCAMINHAMENTO DOS ORIGINAIS

Os originais e correspondência deverão ser encaminhados aos cuidados do Prof. José Robson da Silva, Revista Jurídica Faculdade União, por e-mail revistajuridicapontagrossa@unopar.com.br / jose.rdsilva@kroton.com.br ou via correio: União Sistema de Ensino Revista Jurídica da UNOPAR. Rua Tibúrcio Pedro Ferreira, 55, Ponta Grossa Pr, CEP 84010-090.



REVISTA JURÍDICA
DA UNOPAR

UNIDADE PONTA GROSSA



unopar