BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 938

(Ano XI)

(28/12/2019)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

MARCELO FERNANDO BORSIO *(MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.*

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO *(MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.*

RODRIGO LARIZZATTI *(DF/Argentina)**:** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.*

MARCELO FERREIRA DE SOUZA *(RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.*

KIYOSHI HARADA *(SP)**:** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.*

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO *(Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.*

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

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

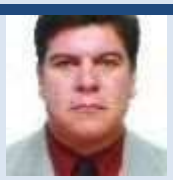
Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COLUNISTA DA SEMANA



A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343, de 23.8.2006 (Lei de Combate a Psicotrópicos) e a incoerência do STF
26/12/2019 | Sidio Rosa de Mesquita Júnior.....05

ARTIGOS

Decretar condução coercitiva agora pode caracterizar crime de abuso de autoridade
27/12/2019 | Eduardo Luiz Santos Cabette 34

O incidente da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade na execução fiscal
27/12/2019 | Danillo Augusto Gomes de Moura e Silva 42

Presunção x indícios: reflexões sobre a força dos indícios no ordenamento jurídico brasileiro
27/12/2019 | Ivaldo pereira Santiago Junior 55

Análise do princípio do promotor natural
27/12/2019 | Priscilla Ribeiro Paulino 69

Ativismo judicial e o STF
27/12/2019 | Wilson Cesar Carvalho 82

O poder diretivo do empregador frente ao direito fundamental à intimidade do empregado
26/12/2019 | Claudia Aparecida Ferreira de Souza 104

O território da tríplice fronteira amazônica (Brasil, Colômbia e Peru): estratégias de integração no âmbito da segurança nacional
26/12/2019 | Flávio Eugênio da Silva 179

Os institutos da extradição e da entrega no direito brasileiro
26/12/2019 | Caio Nunes de Barros 195

A importância do controle externo sobre as decisões da Administração Pública
26/12/2019 | Luciana Cavalcante Paim Machado 213

Direito penal do inimigo: direito para o cidadão e sanção ao criminoso
26/12/2019 | Caio Antunes de Assis 226

Depressão como doença ocupacional no âmbito da Justiça do Trabalho
26/12/2019 | Eric Alves Mandrick 246

Lavagem de capitais – as peculiaridades do bem jurídico tutelado
24/12/2019 | Marcio José da Cruz 276

Disposições Finais e Transitórias do Novo Código de Processo Civil
24/12/2019 | Marcus Vinicius Balbino de Oliveira 288

Função social da propriedade urbana: o legítimo fundamento para a Desapropriação Urbanística com Indenização em Títulos da Dívida Pública
24/12/2019 | Paulo Martins Brasil Filho 296

O direito sistêmico como instrumento efetivador do direito fundamental à busca pela felicidade
24/12/2019 | Jamile Goncalves Serra Azul 344

Os processos executivos "Walking Dead" e a indispensável promoção de balizas
24/12/2019 | Leandro Florencio Rocha de Araujo 363

Pluralismo Jurídico e Direito Alternativo no Brasil
24/12/2019 | Caio Nunes de Barros 374

A prisão civil por débito alimentar no Código de Processo Civil de 2015: uma análise acerca da (im)possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios
23/12/2019 | Taline Conâco 383

A sistemática da concessão do benefício da justiça gratuita a partir da Reforma Trabalhista
23/12/2019 | Danilo Gonçalves Gaspar 421

Sistemas de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro e o papel do Supremo Tribunal Federal na atualidade
23/12/2019 | Lázara Cristina Gonçalves Tavares de Souza 436

A voz soturna dos tribunais: o outro lado da história das 'medidas protetivas' liberais
23/12/2019 | Luiz Fernando Cabeda 458

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A relatividade da soberania do Tribunal do Júri
23/12/2019 | Jessica Cardozo Santiago 481

Ação civil pública como instrumento de proteção de direitos constitucionais
23/12/2019 | Caio Nunes de Barros 512

TESE DE DOUTORAMENTO

Educación fiscal tributária, politización y control del Fisco: una nueva perspectiva de promoción social y combate a la corrupción
23/12/2019 | Edisio de Sousa Lima 522

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI N. 11.343, DE 23.8.2006 (LEI DE COMBATE A PSICOTRÓPICOS) E A INCOERÊNCIA DO STF

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

RESUMO: A constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 será o ponto central de discussão no presente artigo, o qual terá por base, fundamentalmente, os votos proferidos pelos Ministros do STF no julgamento do RE n. 635.659, com repercussão geral declarada, a partir da alegação de que o referido tipo incriminador viola a intimidade e a vida privada, direitos fundamentais individuais, e por contrariar o art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, deve ser declarado inconstitucional. Nosso referencial teórico será o recurso em questão, sem deixar de analisar livros e artigos doutrinários sobre os assuntos.

Palavras chave: Art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Penal. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO: *1. Introdução. 2. Art. 28 da Lei n. 11.343/2006. 2.1 Tipo objetivo. 2.2 Tipo subjetivo. 2.3 Norma criminal em branco. 2.4 Princípio da insignificância. 3. Recurso Extraordinário n. 635.659. 3.1 Petição inicial e andamento do processo. Incidência da prescrição. 3.2 Voto do relator. 3.3 Voto do Min. Edson Fachin. 3.4 Voto do Min. Roberto Barroso. 4. "Habeas Corpus" n. 143.798. 5. Conclusão. Referências.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo terá por objetivo verificar a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, do art. 28 da Lei n. 11.343, de 23.8.2006. A análise terá por ponto de partida a apresentação do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, visando a demonstrar o ponto central da discussão. Depois de fazer um estudo do artigo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

enfrentando, inclusive, o princípio da insignificância, passaremos ao exame imediato do Recurso Extraordinário (RE) n. 635.659-SP.

Tentaremos ser objetivos, razão de utilizar muitas transcrições, haja vista que nada melhor para expor a visão dos julgadores para evidenciar o que eles próprios expuseram.

Mais interessante é o Min. Roberto Barroso, no *Habeas Corpus* (HC) n. 143.798-SP, ter concedido liminar, não com base em jurisprudência da corte, mas com base em tendência dela.

Teremos uma única hipótese, a de que o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 viola o princípio da subsidiariedade, bem como invade a vida privada e a intimidade do brasileiro, portanto, é inconstitucional.

2. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006

A Lei n. 11.343/2006 dispõe:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
>
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
>
> II - prestação de serviços à comunidade;
>
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
>
> § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.
>
> § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.
>
> § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.
>
> § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.
>
> § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:
>
> I - admoestação verbal;
>
> II - multa.
>
> § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Sou deveras crítico ao transcrito art. 28. Afirmo ser inconcebível ter um crime cuja única pena a ser concretizada será advertência (podem até serem aplicadas outras penas restritivas de direito, mas cada uma das penas cominadas poderá ser aplicada isoladamente). Nesse sentido, dispõe a Lei n. 11.343/2006:

> Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Afirmei alhures:

> Insisto em dizer que o Direito Criminal não pode ser banalizado por meio da incriminação de condutas pouco relevantes. A cominação da pena de advertência, por si só, justifica o equívoco da incriminação do porte de substância entorpecente para consumo próprio, tornando-se imperiosa a sua imediata descriminalização.[1]

O cerne da discussão do RE 635.659-SP pode esbarrar em uma preliminar prejudicial do exame do mérito, que é uma causa extintiva da punibilidade em razão do tempo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por isso passaremos à exposição do referido RE, isso logo após explicarmos rapidamente o referido tipo incriminador.

2.1 Tipo objetivo

Sendo um tipo composto de núcleo alternativo, o transcrito art. 28 é doutrinariamente anormal porque insere em si um elemento subjetivo. qual seja: "para consumo pessoal". No entanto, o que interessa aqui é dizer o que está objetivamente previsto no tipo. Sobre ele ensinam Alexandre Bizzoto e Andreia Rodrigues:

> .,..É um crime comissivo, por depender de um agir humano. Contém diversos núcleos do tipo, sendo classificado pela doutrina como crime de ação múltipla ou de ação variada e, como consequência a prática de qualquer uma das condutas ou de várias delas consequência a prática de qualquer uma das condutas ou de várias delas corporifica um só crime.[2]

É um tipo anormal, também, por conter elemento normativo, eis que decorre de norma em branco, exigindo o conhecimento de outra norma. Destarte, oportuna é a lição de Andrey Mendonça e Paulo de Carvalho:

> Em relação aos verbos-núcleo do tipo, não houve alteração. Pune-se a conduta de quem semeia (lança sementes ao solo), cultiva (fornece elementos para se desenvolver) e faz a colheita (retira a planta do solo). Apesar da omissão do legislador, tais condutas somente serão incriminadas se praticadas sem autorização ou desacordo com determinação legal ou regulamentar (elemento normativo implícito).[3]

É um tipo que é anormal por inserir elemento subjetivo e, também, conforme transcrito, elemento normativo, eis que exigirá o conhecimento da norma regulamentar para a completa compreensão do que está nele inserido. Mas, ainda é oportuno o que escrevi alhures:

> É crime *comissivo* (exige ação, embora possa ser praticado mediante *omissão* do garante), *unissubjetivo* (pode ser praticado por uma única pessoa, nada obstando o concurso eventual de pessoas), *unissubsistente* (nas
> modalidades *transportar*, *guardar* e *trazer consigo*, não admite tentativa, uma vez que a conduta típica não pode ser fracionada, sendo os atos preparatórios impuníveis), *plurissubsistente* (na modalidade adquirir a tentativa é punível, haja vista que a conduta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pode ser fracionada), *de perigo* (não exige a ofensa ao objeto jurídico, bastando a ameaça a ele), *doloso* (exige a vontade ou o assumir o risco do resultado), de *tipo anormal* (o tipo contém, além de elementos *objetivos* – núcleo e elementos descritivos – o tipo contém elementos *normativo* e *subjetivo*), de tipo de *núcleo composto* (a conduta típica se caracteriza por mais de uma conduta – mais de um verbo), de tipo de *núcleo alternativo* (não é necessária a realização de todos os núcleos do tipo, bastando uma das condutas nele descritas) e *vago* (o sujeito passivo não é personificado).[4]

Não detalharemos aqui cada um dos verbos-núcleos do tipo, visto que a limitação monográfica do presente artigo, que tem em vista a apreciação que está sendo realizada pelo Plenário do STF, acerca da sua constitucionalidade.

2.2 Tipo subjetivo

Considero suficiente expus alhures, *in verbis*:

> Diz-se que é anormal o tipo que contém elemento subjetivo ou normativo, já o disse. No caso do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, a inserção do elemento subjetivo é expressa. Ao expor "para consumo pessoal", a lei estabeleceu o denominado dolo específico, que é o especial fim de agir do agente expressamente inserido no tipo.
>
> A teoria finalista nega a distinção entre dolo genérico e dolo específico, uma vez que para ela toda conduta está dirigida a um fim. No entanto, tal teoria não conseguiu criar uma denominação adequada para o dolo específico, daí os autores brasileiros, referindo-se ao dolo específico, dizem que ele é o "especial fim de agir contido no tipo", o que não muda nada em relação à denominação tradicional. No crime em comento, "para consumo próprio" constitui o dolo específico.[5]

Independentemente da discussão sobre ser "para consumo próprio" um "dolo específico", é – indiscutivelmente – o elemento subjetivo do tipo. Desse modo, o tipo subjetivo é o dolo, mediante especial fim de agir: "para consumo próprio".

2.3 Norma criminal em branco

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda invocando o que expus academicamente:

> As normas relativas aos psicotrópicos constituem normas em branco em sentido estrito, haja vista que exigem complementação por fontes de origem diversa da incriminadora. Quem as complementa é a ANVISA, o que as torna norma em branco em sentido estrito. De outro modo, as normas em branco em sentido amplo são as complementadas por outras da mesma origem legislativa.[6]

É elementar do tipo do art. 28 em discussão, "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar", o que deixa indene de dúvidas tratar de norma em branco em sentido estrito. No caso vertente, o laudo de constatação evidencia ser a substância apreendida uma daquelas proibida pela norma regulamentar (maconha).

2.4 Princípio da insignificância

O recorrente do Recurso Extraordinário n. 635.659-SP foi acusado de estar com 3 gramas de maconha em suas vestimentas. Os tribunais não admitem a incidência do princípio da insignificância, postura severamente criticada por mim. Vejamos:

> Maior expectativa de vida não corresponde, necessariamente, à melhor qualidade de vida. De qualquer modo, o viciado em entorpecentes tende à invalidez, transformando-se em um problema social e, portanto, um mal público. Outrossim, a autolesão não pode constituir crime. Daí ser questionável a postura judicial que entende ser inaplicável o princípio da insignificância ao porte de substância entorpecente para consumo próprio. Ora, se o objeto jurídico é a saúde pública e se a quantidade é tão pequena que não pode sequer ofender a saúde do portador, não se pode falar em crime. Faz-se necessária a distinção entre usuário e viciado porque, por maior que seja a quantidade de psicotrópico ilícito que se destine ao uso próprio, o usuário gerará a autolesão não podendo ser considerado criminoso. Quanto à quantidade insignificante que atingiria terceiro, por não ter sequer potencial lesivo ao objeto jurídico, não pode levar à conduta típica.[7]

O recorrente do recurso extraordinário nupercitado estava preso quando a maconha foi localizada no interior da sua cela. Portanto, em face de vetores eleitos pelo STF não poderia ser reconhecido o princípio da insignificância, conforme decidiu monocraticamente o Min. Celso de Mello:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **2. Consoante entendimento jurisprudencial**, o 'princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a)** a mínima ofensividade da conduta do agente, **(b)** a nenhuma periculosidade social da ação, **(c)** o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e **(d)** a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público' (**HC n. 84.412-0/SP**, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004).[8]

Não obstante a objeção que apresento à postura dos tribunais brasileiros, acerca do princípio da insignificância, é de se reconhecer a inaplicabilidade ao caso do recorrente do referido recurso extraordinário, uma vez que um preso estar praticando crime é comportamento de elevado grau de reprovabilidade.

3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659-SP

O Ofício n. 3.844/2009, oriundo do Centro de Detenção Provisória de Diadema, datado de 22.7.2009, retrata bem os fatos, *in verbis*:

> Comunico a Vossa Senhoria, que na data de 21.7.2009 por volta das 18h20, o servidor Nelson Ferreira Tavares Junior RG:29.889.342-3, acompanhado pelo servidor Renato Fernando Finateli Lucena, RG: 40.513.590-7, durante procedimento praxe de Revista *Blitz* realizado nas dependências desta unidade prisional, vieram a lograr êxito ao encontrar no interior da cela 3 do raio 21, 1 (um) invólucro de substância aparentemente entorpecente de cor esverdeada em posse do detento FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, Matricula n.: 281.048-9.[9]

O laudo de constatação indica peso líquido apreendido de 3 g, com resultado positivo para maconha.[10] O Exame Químico Toxicológico Definitivo, confirmou positivamente para "canabis sativa L (maconha)", com "presença de tetrahidrocanabinol, responsável pelos principais efeitos farmacológicos da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

maconha".[11] Daí a denúncia, datada de 9.11.2009, imputando a FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA às penas do art. 28 da Lei n. 11.343/2006,[12] a qual foi recebida pela Juíza Titular da 2ª Vara Criminal da Comarca de Diadema-SP, em 13.11.2009.[13]

Em audiência, em 26.2.2010, o pedido condenatório foi julgado procedente, impondo-se a pena de 2 meses de prestação de serviços à comunidade ao recorrente.[14] Na mesma data, o réu interpôs recurso.[15]

Em 18.6.2010, o Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema, negou provimento ao recurso, sendo que a matéria constitucional ficou devidamente prequestionada, conforme se extrai do voto do relator:

> A tese de inconstitucionalidade do delito de porte de substância entorpecente não é nova. Seu questionamento já subsistia quando em vigor a Lei n. 6.368/1976, na qual o tipo penal da denúncia era o art. 16, de redação quase idêntica ao atual art. 28 da Lei n. 11.343/2006. E os julgados, de forma absoluta e reiterada rejeitam referida tese, que como em nada inova, é solucionada pela antiga jurisprudência, ora transcrita: "difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões maiores que justificam incriminação do art .16 da Lei de Tóxicos" (TJRS-Incidente de Inconstitucionalidade na AC 686062340-Rel. Milton dos Santos Martins-RJTJRS 128/33). De igual teor: RJTJRS 127/97 e 132/49.
>
> Neste aspecto deve ser salientado que a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as típicas descritas no art. 28 a conduta de "usar". E tal esteriliza a ofensa a liberdade individual.[16]

Valendo-se de petição datada de 9.8.2010, o recorrente interpôs o recurso extraordinário, dirigindo o pedido ao Presidente do Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema-SP. Requereu-se o recebimento e o processamento do recurso e a sua remessa ao Supremo Tribunal Federal.[17]

3.1 Petição inicial e andamento do processo. Incidência da prescrição.

Assistido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o recorrente sustentou:

> Ora, o acórdão proferido violou o direito fundamental de intimidade e vida privada do recorrente, assegurado no inciso X do artigo 5º da Constituição da República, uma vez que condenou o recorrente por porte de drogas para uso próprio, assim

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> consideradas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344/1998, e que determinam dependência física e psíquica, consistentes em maconha, fazendo-o sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.[18]

Conforme já se expôs, a matéria constitucional foi prequestionada, constando expressamente do acórdão recorrido. O recurso transcende a discussão da violação da intimidade e da vida privada, visto que chega ao exame dos *princípios da ofensividade e da isonomia*, *in verbis*:

> Assim, apenas transformar aquele que tem a droga e tão-somente para uso próprio em agente causador de perigo à incolumidade pública, como se fosse um potencial traficante, implica frontal violação do *princípio da ofensividade*, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 50 da Constituição Federal.
>
> Além disso, a criminalização do porte para uso próprio também viola o *princípio constitucional da igualdade*, pois há flagrante 'distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica.[19]

A discussão está afeita ao respeito à diferença, sendo que o direito a ser diferente é consequência do *princípio da dignidade*, conforme consta das razões do recurso extraordinário:

> E não se olvide, ainda, que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afronta o respeito à diferença, corolário princípio da dignidade, albergado Constituição Federal e por inúmeros internacionais de Direitos ratificados pelo Brasil.
>
> Com efeito, a criminalização do porte de substância entorpecente dá uma bofetada no respeito ao ser diferente, invadindo a opção mora do indivíduo. Há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão imposto. Há uma espécie de eliminação social dos que não são iguais. (...). Cabe ao ser humano, desde que não interfira nos desígnios de terceiros e os lesione, de maneira individual, escolher e traçar os caminhos que mais lhe convém. Ao se reprovar o uso criminalizando o porte, a sociedade invade seara que não é constitucionalmente sua.[20]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com fulcro nos princípios constitucionais mencionados, o recorrente requer a sua absolvição por atipicidade da conduta (Código de Processo Penal, art. 386, inc. III).

O recurso foi autuado, em 22.2.2011, e, em 1.3.2011, foi distribuído ao Min. Gilmar Mendes. Em 26.4.2011 foi ofertada vista à Procuradoria-Geral da República, para parecer, a qual restituiu os autos, com parecer, em 1.6.2011.[21]

Foram cadastrados 12 *amici curiae*, ocorre que, em 19.8.2015, foram deferidas sustentações orais a 16 *amici curiae*. Também, em 9.12.2011, no Plenário Virtual, houve decisão pela existência de repercussão geral. Sobre tal incidente, não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Cármem Lúcia.[22]

Em 2015, o processo já contava com 8 volumes físicos, sendo interessante notar que a Turma Recursal Criminal de Belo Horizonte encaminhou diversas decisões de sobrestamento de processos, em face de estar aguardando a decisão do STF.

O relator votou no dia 20.8.2015, ocasião em que o Min. Edson Fachin pediu vista. Em 31.8.2015, ele devolveu os autos para julgamento. Então, em 10.9.2015, os Min. Edson Fachin e Roberto Barroso votaram. Foi quando o Min. Teori Zavascki pediu vista.

A morte do Min. Teori Zavascki, em 19.1.2017, sendo sucedido pelo Min. Alexandre de Moraes, fez com que fosse determinada a remessas a ele, em 6.9.2017. No dia 23.11.2018, os autos foram devolvidos para julgamento. Por isso, a Presidência do STF, em 18.12.2018, incluiu no calendário para julgamento no dia 5.6.2019, mas foi excluído do calendário, em 30.5.2019.

No dia 14.6.2019, o processo foi reincluído no calendário, para julgamento no dia 6.11.2019. Ocorre que, devido ao início julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n. 43, 44 e 54, que coloca em discussão o art. 283 do Código de Processo Penal, novamente, em 28.10.2019, o processo foi excluído do calendário de julgamento, a fim de permitir a conclusão do julgamento daquelas ADC's.

Os fatos já contam com mais de 10 anos, tendo sido interrompida a prescrição com a sentença condenatória (Código Penal, art. inc. IV). O acórdão que confirmou a sentença condenatória não interrompe a prescrição e, mesmo que interrompesse, ele foi proferido a mais de 9 anos. Desse modo, observe-se o que dispõe a Lei n. 11.343/2006:

> Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É vetusta a jurisprudência do STF, no sentido *qui non potest condemnare, non potest absolver*. Nesse sentido:

> **EMENTA**: DIREITO PENAL. CONFIGURADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NÃO HÁ COMO O ÓRGÃO REVISOR APRECIAR MATÉRIA RELATIVA À INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CONDENATÓRIO OU A INOCÊNCIA DOS RÉUS: *QUI NON POTEST CONDEMNARE, NON POTEST ABSOLVERE*. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DECLARADA. RECURSO CRIMINAL PREJUDICADO.[23]

Veremos que o Min. Edson Fachin limita o alcance do seu voto à maconha porque se trata de controle difuso de constitucionalidade, portanto, vinculado ao caso concreto. Se é assim, deveria o STF se atentar para a impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade do art. 28, ante o caso concreto, eis que já está extinta a punibilidade, sendo impossível absolver o recorrente.

O maior escopo do processo é a pacificação social. Apresento os fundamentos da prescrição em um livro (falta de interesse de agir; segurança jurídica; desaparecimento dos efeitos do delito e esquecimento dos fatos; desnecessidade da pena; e dificuldade para apuração dos fatos),[24] os quais são compatíveis com a ideia de pacificação social sem a intervenção jurídico-criminal. De todo modo, a situação nos deixa em dúvida, haja vista que a declaração de repercussão geral estabilizará a matéria de forma mais adequada do que simplesmente extinguir o processo pela prescrição.

3.2 Voto do relator

Conforme exposto, o Min. Gilmar Mendes, relator do recurso extraordinário, votou, em 20.8.2015. O seu voto pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, sem limitar o alcance da decisão à maconha. O STF apresentou o seu voto da seguinte maneira:

> O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), relator do Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral reconhecida, votou pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que define como crime a porte de drogas para uso pessoal. Segundo o entendimento adotado pelo ministro, a criminalização estigmatiza o usuário e compromete medidas de prevenção e redução de danos. Destacou também que se trata de uma punição desproporcional do usuário, ineficaz no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

combate às drogas, além de infligir o direito constitucional à personalidade.

Em seu voto, o relator declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas sem redução de texto, de forma a preservar a aplicação na esfera administrativa e cível das sanções previstas para o usuário, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento em curso educativo. Segundo seu entendimento, os efeitos não penais das disposições do artigo 28 devem continuar em vigor como medida de transição, enquanto não se estabelecem novas regras para a prevenção e combate ao uso de drogas.

O ministro ainda estabeleceu que, nos casos de flagrante por tráfico de drogas, a fim de dar validade à prisão preventiva, será necessária a apresentação imediata do autor à presença do juiz. Essa medida seria necessária a fim de evitar que usuários sejam presos preventivamente por tráfico sem provas suficientes, atribuindo ao juiz a função de analisar as circunstâncias do ato e avaliar a configuração da hipótese de uso ou de tráfico.

Em seu voto, o ministro deu provimento ao recurso apresentado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e absolveu o réu por atipicidade da conduta. No caso, que deverá servir de parâmetro para os demais processos sobre a matéria, trata-se de um detento flagrado com a posse de três gramas de maconha.

Descriminalização e legalização

O relator destacou em seu voto que a descriminalização do uso não significa a legalização ou liberalização da droga, que continua a ser repreendida por medidas legislativas sem natureza penal, assentando que podem haver outras medidas adequadas para lidar com o problema. Cita ainda diversos países que adotaram legislações que optaram por não criminalizar o uso, havendo ainda casos em que a decisão foi tomada pela Suprema Corte, como na Colômbia, em 1994, e na Argentina, em 2009.

Quanto à opção tomada pelo legislador brasileiro na Lei 11.343/2006, que retirou do ordenamento a previsão da pena de privação de liberdade, a manutenção do uso como tipo penal acaba tendo ainda assim efeitos nocivos para o usuário e para a política de drogas.

"Apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas, em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e prevenção de riscos."

Dano coletivo e privado

Para declarar a inconstitucionalidade da previsão do artigo 28 da lei, o ministro vê que a norma possui vícios de desproporcionalidade, uma vez que dados indicam que em países em que o consumo foi descriminalizado, não houve aumento significativo do uso. Isso porque, entre os fatores que levam o indivíduo ao consumo de drogas, a criminalização seria um fator de pouca relevância.

O uso de drogas, em seu entendimento, é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário, não cabendo associar a ele o dano coletivo possivelmente causado à saúde e segurança públicas. "Ainda que o usuário adquira as drogas mediante o contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais", afirma.

Direito de personalidade

Por fim, o ministro entende que a criminalização acaba interferindo no direito de construção da personalidade dos usuários, principalmente os jovens, mais sujeitos à rotulação imposta pelo tipo penal, classificados como criminosos por uma conduta que, se tanto, implica apenas autolesão.

"Tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao desenvolvimento da personalidade em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional", afirma.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ações do CNJ

O voto propôs também que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) seja acionado para diligenciar, em articulação com Tribunais de Justiça, Ministério da Justiça, Ministério da Saúde e Conselho Nacional do Ministério Público os encaminhamentos necessários à aplicação dos dispositivos do artigo 28 em procedimento cível. Também cabe ao CNJ, segundo o relator, articular estratégias preventivas e de recuperação de usuários com os serviços de prevenção. O CNJ também deve, em seis meses, regulamentar, a apresentação imediata do preso em flagrante por tráfico ao juiz, e apresentar relatórios semestrais com providências tomadas e resultados obtidos.[25]

O voto do relator traz solução adequada ao controle concentrado de constitucionalidade, mais própria do controle de inconstitucionalidade por omissão, propondo, inclusive a normatização para aplicação administrativa das sanções cominadas na lei.

O Min. Gilmar Mendes passou pela discussão aberta por Luiz Flávio Gomes *et alii*, visto que este autor, partindo do art. 1º da *Lei de Introdução ao Código Penal* (Decreto-Lei n. 3.914, de 9.12.1941), afirmou que, como não reclusão, detenção ou prisão simples cominada no art. 28 em discussão, houve descriminalização do porte de psicotrópico para consumo pessoal.[26]

A posição esposada pelo relator foi a defendida por Alexandre Bizzotto e Andréia Rodrigues dizem que houve despenalização da conduta.[27] Esta é a posição do STF e pelo Superior Tribunal de Justiça. Este último tribunal sequer admite a incidência de reincidência. Observe-se:

PROCESSO	HC 453.437-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 4.10.2018, DJe 15.10.2018
RAMO DO DIREITO	DIREITO PENAL

TEMA	Tráfico de entorpecentes. Condenação anterior pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas. Caracterização da reincidência. Desproporcionalidade.

DESTAQUE

Condenações anteriores pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não são aptas a gerar reincidência.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente cumpre salientar que consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE 430.105/RJ, sabe-se que a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve *abolitio criminis*. Contudo, ainda que a conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 tenha sido despenalizada e não descriminalizada, essa conduta é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo". Além disso, não existe a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento. Cabe ressaltar que as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> nem é punível com pena privativa de liberdade. Ademais, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21.8.2018, proferiu julgado nesse mesmo sentido.[28]

Ao contrário, afirmo:

> No âmbito internacional, a Resolução n. 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas estabelece as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), o que foi decidido na 68ª Sessão Plenária, de 14.12.1990, marcando a vontade de evitar a pena privativa de liberdade e fomentar a busca de caminhos menos onerosos e mais eficazes que a prisão.
>
> A pena restritiva de Direito constitui efetiva pena, a qual, nos termos do CP, é autônoma (art. 44, *caput*). Na época da edição da Lei n. 3.914/1941, não se falava em pena restritiva de direito. Esta era concebida, no CP, como "pena acessória" (art. 67). A pena restritiva de direito, como a única possível, deve ser a regra, abandonando-se a cultura de que a prisão é a panaceia para todos os males.[29]

Diante do que já se expôs, verifica-se que, não obstante a jurisprudência se oriente no sentido de que o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 descreve crime e não comine pena, o RE 635.659-SP e o voto do relator, pela inconstitucionalidade do referido preceito legal, só se justificarão se o porte de psicotrópico para consumo pessoal for crime punível.

3.3 Voto do Min. Edson Fachin

O Min. Edson Fachin, após o pedido de vista, devolveu o processo em prazo razoável para continuação do julgamento, sendo que, em seu voto, tentou se limitar ao caso concreto, expondo:

> Não obstante, quando se está diante de um tema de natureza penal, é prudente judiciosa autocontenção da Corte, pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais, seja sob o ponto de vista do regime das liberdades, seja sob o ponto de vista da proteção social insuficiente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Assim sendo, em virtude da complexidade inerente ao problema jurídico que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal no presente recurso extraordinário, propõe-se estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.
>
> É a este caso e à substância objeto do presente recurso (maconha), portanto, que me concentrarei.[30]

Para o Ministro Edson Fachin, o julgamento deverá ficar adstrito ao caso concreto. Ora, se é assim, o julgamento não pode continuar, eis que a prescrição concretizada é uma questão preliminar, prejudicial do exame do mérito, o que impossibilita a conclusão do voto, assim exposta:

> Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso nos seguintes termos, para:
>
> (i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta;
>
> (ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas;
>
> (iii) Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343;
>
> (iv) Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto;
>
> (v) Absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.
>
> (vi) E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização.[31]

Veja-se que limitar à maconha e determinar que a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) uma adequada política antipsicotrópicos, que respeite à proporcionalidade concreta dos danos, em 90 dias, constitui *contradictio in terminis*, uma vez que a conclusão tende ao controle abstrato de constitucionalidade.

Mesmo estando adstrito ao caso concreto, depois da incidência da prescrição da pretensão punitiva, o Min. Edson Fachin votou no sentido de absolver o recorrente com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, o que constitui uma *contradictio in adjedicto*, uma vez que se olvida da própria jurisprudência do tribunal, firme no sentido de que não "podendo condenar, não pode absolver".

Reitera-se que o Min. Edson Fachin, caso pretendesse se cingir ao caso concreto, deveria ter verificado preliminarmente a concretização da prescrição, mas seu voto transcende para abarcar situações em abstrato. Com efeito, vê-se uma resistência à extensão do voto a outros psicotrópicos e ao mesmo tempo uma abertura para discutir e, quiçá, descriminalizar o porte para consumo próprio.

3.4 Voto do Min. Roberto Barroso

O Min. Roberto Barroso proferiu voto eloquente, mas preocupante porque disse ter sido conservador para ter chance de conquistar a maioria no Plenário do STF.[32] *Data venia*, Juiz não é parte e não deve decidir segundo o que pensa, mas segundo os ditames do Direito.[33]

Tratando do âmbito da vida privada, o Min. Roberto Barroso questionou se há maior gravidade naquele que fuma um "baseado" antes de dormir, a fim de relaxar, em relação àquele que toma uma garrafa de Whisky. Essa uma questão importante, trazida frequentemente por Maria Lúcia Karan, acerca da proporcionalidade na política de combate a psicotrópicos. Essa arbitrariedade na escolha daquilo que deve ser proibido é o tema central a se debater, conforme ensina a professora nupercitada:

> Daí se extrai o conteúdo do princípio da exigência de ofensividade da conduta proibida, que, além de se vincular ao postulado da proporcionalidade, extraído do aspecto material da cláusula do devido processo legal, também claramente se vincula ao próprio princípio da legalidade, dada a sólida relação deste com o princípio das liberdades iguais.
>
> Partindo da violação ao princípio da isonomia e à exigência de ofensividade da conduta proibida, as convenções internacionais e leis nacionais que discriminatoriamente criminalizam a produção, o comércio e o consumo das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas, ainda vão mais além. À medida que cresce o tom repressor, multiplicam-se regras que, estabelecendo especial rigor penal e processual contra condutas relacionadas àquelas substâncias proibidas, sob a falaciosa alegação de que tais ilegitimamente criminalizadas condutas não poderiam ser controladas por meios regulares, reiteram e ampliam a contrariedade a princípios garantidores inscritos nas declarações internacionais de direitos humanos e constituições democráticas.[34]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Juiz não é parte, nem Advogado da parte. A sua decisão deve ser imparcial e, uma visão de colegiado, permitirá votar vencido. Isso será melhor do que "dar um pequeno passo ao homem" que vota. Por isso, a desproporção não pode ser vinculada unicamente à maconha. Esqueceram-se que o "lança perfume" é proibido?

O Min. Roberto Barroso, em sua exposição, de forma eloquente, em apresentação oral do seu voto, destacou o caso concreto (3 g de maconha), para questionar sobre o porquê de ser a conduta de "fumar um baseado" mais grave à saúde pública do que ingerir whisky até desmaiar. Daí entender que a criminalização da maconha viola o princípio da proporcionalidade e que há franca violação à vida privada da pessoa humana.

Vê-se que os três Ministros que votaram mencionaram o *princípio da ofensividade*, isso porque a concepção moderna do Direito Criminal busca esclarecer que só pode ser crime aquela conduta que ofende o referido *princípio*. Este, conforme ensina Luiz Flávio Gomes, é primordial, cumprindo dupla função, a saber: a*) político-criminal* (dirigida ao legislador, que está obrigado a só descrever tipos penais ofensivos a bens jurídicos); b) *dogmática e interpretativa* (dirigida ao intérprete e ao aplicador da lei, que deve verificar se a conduta concreta afetou ou não o bem jurídico).

O *princípio da ofensividade* tem relação mais próxima com a necessidade do aplicador da lei verificar se o bem jurídico foi afetado, pois ele se traduz em uma ideia de um Direito Criminal "do bem jurídico".[35] Nesse sentido caminha a doutrina de Roxin, que sustenta "que o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas a bens jurídicos".[36]

Tratando dos usos da maconha, do álcool, do cigarro convencional etc. podem até ser imorais, mas não podem ser criminalizados porque representará confundir direito e moral.

4. *HABEAS CORPUS* N. 143.798-SP

Ao mesmo tempo que o Min. Roberto Barroso demonstra desejar "ganhar" na tese da descriminalização da maconha, defende postura temerária ao decidir monocraticamente:

> EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. IMPORTAÇÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE SEMENTES DE MACONHA. LIMINAR DEFERIDA.

> 1. O Plenário do STF (RE 635.659-RG) discute a constitucionalidade da criminalização do porte depequenas quantidades de entorpecente para uso pessoal.
>
> 2. Paciente primário que solicitou pela internet reduzida quantidade de sementes de maconha, ao que tudo indica, para uso próprio. Possível violação aos princípios da intimidade, vida privada, autonomia e proporcionalidade.
>
> 3. Liminar deferida.[37]

Extrai-se da decisão que o denunciado importou 14 sementes de maconha e, por isso, foi acusado de tráfico internacional de psicotrópico. O Min. Roberto Barroso, fez adequada e sucinto relato, *in verbis*:

> 2. Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado pelo crime previsto no artigo 33, § 1º, I c/c o artigo 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, acusado de importar pela *internet* 14 sementes de maconha.
>
> 3. O Juízo da 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP desclassificou o crime de tráfico de drogas para o crime de contrabando e aplicou o princípio da insignificância com fundamento na pequena quantidade da substância apreendida. Nesse contexto, o magistrado rejeitou a denúncia.
>
> 4. Dessa decisão, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento ao recurso.
>
> 5. Em seguida, a acusação interpôs recurso especial. O Relator do Resp 1.637.113, Ministro Jorge Mussi, deu provimento ao recurso "para cassar o acórdão regional e receber a denúncia pela prática do delito previsto nos artigos 33, § 1º, inciso I, c/c o 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/06, determinando-se a remessa dos autos à instância de piso para o prosseguimento da ação penal".[38]

No caso concretizado, é complicado compatibilizar jurisprudência e tendência do tribunal. Ora, uma decisão isolada não constitui jurisprudência.[39] Esta deverá ser um direito de prudência, de sabedoria, não podendo estar baseada em decisões isoladas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A mencionada decisão é de Jun2017, pendente de julgamento de mérito até o presente momento. Mais ainda, o julgamento do RE n. 635.659-SP, que ocorreria em Nov2019, continuaria a discussão. No entanto, não houve e faltam 8 Ministros a proferirem seus votos. Qual será a tendência do tribunal?

Carlos Maximiliano já nos ensinava:

> 199 – IV. Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser *uniforme* e *constante*. Quando esta satisfaz os dois requisitos granjeia sólido prestígio, impõe-se como revelação presuntiva do sentir geral, da consciência jurídica de um povo em determinada época; deve ser observada enquanto não surgem razões muito fortes em contrário: *minime sunt mutanda quoe interpretationem certam semper habuerunt* – "altere-se o menos possível o que teve constantemente determinada interpretação".[40]

Ao fim, parece que o STF está acolhendo a seguinte preleção doutrinária, no sentido de efetiva descriminalização judicial, porque aceita a tese da discriminação ao diferente. Corrobora:

> No plano concreto, a criminalização do porte de substância entorpecente dá uma bofetada no respeito ao ser diferente, invadindo na opção moral do indivíduo. Há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão imposto. Há uma espécie de eliminação social dos que não são iguais.[41]

O Min. Barroso é enfático em dizer que o direito não pode se confundir com a moral e invadir a vida privada. Mas, após proferir o seu voto, o Min. Teori Zavascki pediu vista e morreu algum tempo depois. O Min. Alexandre de Moraes, sucessor do Min. Teori, devolveu os autos para julgamento, mas foram retirados do calendário de julgamento, estando imprecisa a data do término. De todo modo, vê-se uma imperiosa declaração da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, mas com sérios complicadores jurídicos.

5. CONCLUSÃO

Não obstante o Ministério Público Federal ter se manifestado favorável à concessão da ordem de *habeas corpus* |no Processo n. 143.798, é imperioso concluir de que a premissa invocada pelo Min. Roberto Barroso é equivocada, haja vista que não há jurisprudência e sequer se pode falar em tendência do STF acerca da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que uma minoria votou.

O voto do Min. Gilmar, no RE n. 635.659-SP, parece ser mais coerente ao não limitar a discussão ao caso concreto porque se assim agisse. Interessante notar que o Min. Celso de Mello, durante a exposição do Min. Roberto Barroso, chamou à discussão o seguinte preceito da Lei n. 11.343/2006:[42]

> Art. 33. ...
>
> § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Veja-se que a discussão é ampla e durante o voto do Min. Roberto Barroso ampliou o alcance da inconstitucionalidade ao § 1º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o que foge da sua proposta de se limitar ao caso concreto que ensejou o RE n. 635.659-SP.

Entendemos que a prescrição da pretensão punitiva concretizada é uma objeção relevante ao exame do RE n. 635.659-SP, mas que a relevância da matéria autoriza a concessão de *habeas corpus* coletivo, de ofício, em favor de todos acusados dos crimes do art. 28 e art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006, quando, então, a discussão poderá ser feita em tese e de forma mais ampla. Assim, dever-se-á extinguir o recurso, mas conceder *habeas corpus* de ofício.

Na tentativa de verificarmos a viabilidade da hipótese eleita, a de que que o art. 28 da Lei n. 11.343, é inconstitucional, passamos inicialmente por alguns aspectos legislativos e teóricos que estão no ponto central da discussão, apresentando o artigo nupercitado, a partir dos seus tipos (objetivo e subjetivo) e rápida abordagem do princípio da insignificância. Depois, enfrentamos os fatos que ensejaram o RE n. 635.659-SP, a partir da apresentação do procedimento e votos dos Ministros que já votaram, a saber: Gilmar Mendes, Edson Fachin e Roberto Barroso.

Avançamos em nosso estudo, enfrentando alguns aspectos da notícia apresentada pelo Supremo do Tribunal Federal, no sentido de que o Min. Roberto Barroso, com fundamento em tendência do STF, nos autos do *Habeas Corpus* n. 143.798-SP,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

concedeu a ordem de *habeas corpus* em favor do paciente que importou 14 sementes de maconha.

Verifica-se que a nossa hipótese, construída no sentido de que o art. 28, *caput*, e por arrastamento, o § 1º de tal artigo, é inconstitucional, se apresenta viável porque há violação aos princípios da vida privada, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e o garantista princípio da ofensividade.

REFERÊNCIAS

BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários críticos à lei de drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. STF. 2ª Turma. Recurso Criminal 1.453-PA. Min. Célio Borja. Julgamento, em 23.8.1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RC.SCLA.+E+1453.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 21.10.2019, às 16h26.

BRASIL. STF. HC n. 143.798-SP. Min. Roberto Barroso, julgamento em 18.5.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312065798&ext=.pdf>. Acesso em: 3.11.2019, às 23h34.

BRASIL. STF. Imprensa. Notícias STF, 15.9.2015. *Em entrevista, Ministro Roberto Barroso comenta seu voto sobre a descriminalização da maconha*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299756>. Acesso em: 3.11.2019, às 14h26.

BRASIL. STF. Imprensa. Notícias STF, 20.8.2015. Relator vota pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>. Acesso em: 29.10.2019.

BRASIL. STF. Plenário. RE 635659. Min. Gilmar Mendes. v. 1, p. 9/263. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/ consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>. Acesso em: 19.10.2019, às 11h19.

BRASIL. STF. RHC 124.939/DF. Min. Celso de Mell. Julgamento, em 24.11.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/ listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28PRINCIPIO+E+INSIGNIFIC%C2NCIA+E+VETORES%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENPRO%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y25gzggc>. Acesso em: 3.11.2019, às 9h50.

BRASIL. STJ. Informativo de Jurisprudência n. 636, de 23.11.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 26.10.2018, às 15h.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Nova lei de drogas: comentada, artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 118-119.

KARAN, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Disponível em: <https://app.uff.br/slab/uploads/ Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf>. Acesso em: 3.11.2019, às 14h54.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas*: Lei n. 11.343, de 23 de agosoto de 2006. São Paulo: Método, 2007.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Comentários à lei antidrogas*: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Prescrição penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *passim*.

NOTAS:

[1] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Comentários à lei antidrogas*: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 37.

[2] BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de drogas*: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 42.

[3] MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas*: Lei n. 11.343, de 23 de agosoto de 2006. São Paulo: Método, 2007. p. 53-54.

[4] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Comentários à lei antidrogas*: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

[5] Ibidem. p. 33-34.

[6] Ibidem. p. 8-9.

[7] Ibidem. p. 27.

[8] BRASIL. STF. RHC 124.939/DF. Min. Celso de Mello. Julgamento, em 24.11.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1= %28%28PRINCIPIO+E+INSIGNIFIC%C2NCIA+E+VETORES%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENPRO%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y25gzggc>. Acesso em: 3.11.2019, às 9h50.

[9] BRASIL. STF. Plenário. RE 635659. Min. Gilmar Mendes. v. 1, p. 9/263. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>. Acesso em: 19.10.2019, às 11h19.

[10] Ibidem. p. 8/263.

[11] Ibidem. p. 53/263.

[12] Ibidem. p. 70 a 72/263.

[13] Ibidem. p. 73/263.

[14] Ibidem. f. 108 a 111/263.

[15] Ibidem. f. 112/263.

[16] Ibidem. f. 164/263.

[17] Ibidem. f. 168 e 169/263.

[18] Ibidem. f. 171/263.

[19] Ibidem. f. 184 e 185/263.

[20] Ibidem. f. 186 e 187/263.

[21] STF. Plenário. RE 635659. Min. Gilmar Mendes. Andamento disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 20.10.2019, às 14h30.

[22] Ibidem.

[23] BRASIL. STF. 2ª Turma. Recurso Criminal 1.453-PA. Min. Célio Borja. Julgamento, em 23.8.1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RC.SCLA.+E+1453.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 21.10.2019, às 16h26.

[24] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 69-70.

[25] BRASIL. STF. Imprensa. Notícias STF, 20.8.2015. Relator vota pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>. Acesso em: 29.10.2019.

[26] GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Nova lei de drogas: comentada, artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 118-119.

[27] BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 39-40.

[28] BRASIL. STJ. Informativo de Jurisprudência n. 636, de 23.11.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 26.10.2018, às 15h.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[29] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Comentários à lei antidrogas*: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 35.

[30] STF. Plenário. RE 635659. Rel. Gilmar Mendes. Voto do Min. Edson Fachin, p. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso em: 26.10.2019, às 14h30.

[31] Ibidem. p. 18-19.

[32] BRASIL. STF. Imprensa. Notícias STF, 15.9.2015. *Em entrevista, Ministro Roberto Barroso comenta seu voto sobre a descriminalização da maconha*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299756>. Acesso em: 3.11.2019, às 14h26.

[33] STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *passim*.

[34] KARAN, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Disponível em: <https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf>. Acesso em: 3.11.2019, às 14h54.

[35] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

[36] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 29.

[37] BRASIL. STF. HC n. 143.798-SP. Min. Roberto Barroso, julgamento em 18.5.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312065798&ext=.pdf>. Acesso em: 3.11.2019, às 23h34.

[38] Ibidem.

[39] BRASIL. STF. RE 635659-SP. Voto manifestado em Plenário pelo Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=z8LhuORvmko&t=2629s>. Acesso em: 7.11.2019, às 11h29.

[40] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 184.

[41] BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários críticos à lei de drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 79..

[42] BRASIL. STF. RE 635659-SP. Aparte do Min. Celso de Mello ao voto exposto pelo Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=z8LhuORvmko&t= 2629s>. Acesso em: 7.11.2019, às 12h.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DECRETAR CONDUÇÃO COERCITIVA AGORA PODE CARACTERIZAR CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

FRANCISCO SANNINI NETO[1]

(Coautor)

No dia 02 de janeiro de 2020 estrará em vigor a famigerada Lei 13.869/19, que trata dos crimes de abuso de autoridade. Destaque-se que o referido diploma normativo vem a lume em um cenário marcado por um embate entre a classe política brasileira e agentes estatais ligados ao sistema de justiça criminal. É inegável, portanto, a relação existente entre a nova lei e eventuais abusos ocorridos no desenvolvimento da denominada "Operação Lava-jato".

Tal constatação ganha força se analisarmos os diversos tipos penais constantes na proposta legislativa, inclusive alguns que foram objeto de veto por parte do Presidente da República (*v.g.* artigos 11, 14 e 17). Ao analisarmos os tipos penais da Lei 13.869/19, nós percebemos que, de um modo geral, são punidas condutas ligadas ao excesso na investigação ou instrução processual (arts. 15, 18, 27 e 33), excesso nos atos privativos da liberdade (arts. 9, 12 e 19), ações voltadas a manipulação da verdade (arts. 16, 22 e 23) e a violação da honra, intimidade e imagem das pessoas (arts. 28 e 38).

Particularmente, embora nos pareça impossível não relacionar a publicação dessa nova lei à "Operação Lava-Jato", fato é que a inovação legislativa apresenta avanços significativos se comparada a Lei 4.898/65, sempre muito criticada pelo conteúdo extremamente vago de seus tipos penais, o que, de acordo com a maioria da doutrina, caracterizava uma ofensa ao princípio da legalidade, especialmente em sua vertente que exige que a lei penal seja certa e taxativa.[2]

Sob tais premissas, acreditamos que a nova Lei de Abuso de Autoridade, se bem aplicada, não coloca em risco a Justiça, "encabrestando" os agentes públicos ligados à persecução penal, pelo contrário. Isto, pois, no seu artigo 1º, §1º, foi inserido um mecanismo de controle aos eventuais abusos cometidos na sua aplicação, exigindo-se, para a caracterização dos crimes, que as condutas sejam

praticadas com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Não é outro o entendimento de NUCCI ao fazer uma comparação entre os diplomas legais que trataram da matéria:

> Seria muito interessante que alguém conseguisse, comparando os artigos da Lei 4.898/65 com os da Lei 13.869/2019, apontar inconstitucionalidades desta última. A verdade é a seguinte: a) a Lei 4.898/65 tem sido inoperante há muitos anos; b) **a Lei 13.869/2019 surgiu para blindar, ainda mais, o agente público**. O que era inútil, pois a Lei 4.898/65 não era utilizada, passa a ser inútil e, mais, produtora de uma blindagem jamais vista em qualquer outra lei penal aos agentes da autoridade.[3]

Deveras, não se pode cogitar a prática do crime de abuso de autoridade sem que fique devidamente demonstrado o elemento subjetivo específico previsto na lei e que deve pautar a conduta do agente. Registre-se, ademais, que em caso de dúvida esta deve ser interpretada de forma favorável ao imputado, em respeito ao postulado do estado de inocência.

Feita essa introdução ao tema, focamos no ponto principal desse estudo, que abrange uma primeira análise ao artigo 10, da Lei 13.869/19, onde se pune, com pena de detenção de um a quatro anos, a conduta de "decretar condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo".

Destaque-se que o artigo em questão, conforme já exposto, está diretamente ligado à "Operação Lava-Jato", onde o então juiz Sérgio Moro decretou inúmeras conduções coercitivas de investigados, fazendo com que tal procedimento tivesse sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal (ADPFs nº 395 e 444). Ao enfrentar a questão a Corte firmou seu posicionamento pela inconstitucionalidade da condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório, uma vez que o imputado não seria legalmente obrigado a participar desse ato. Contudo, é importante frisar que a decisão do STF se refere exclusivamente à adoção deste procedimento para fins de interrogatório, não abrangendo, portanto, a condução coercitiva para outros atos, como a formalização de reconhecimento pessoal de suspeito ou a oitiva de testemunha recalcitrante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Considerando que o tipo penal em enfoque adota o termo "decretar", parcela da doutrina pode entender que apenas os magistrados podem figurar como autores desse crime. [4] Em sentido diverso é o escólio de Rogério Sanches e Rogério Greco, destacando que o delegado de polícia e o promotor de justiça, na presidência de investigações criminais, também podem figurar como autores do crime. Nas lições dos renomados penalistas:

> O delito se consuma no momento em que é decretada, isto é, determinada formalmente, *intra autos*, a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo.
>
> A efetiva condução coercitiva, trazendo a testemunha ou o investigado à presença daquele que a determinou, deve ser considerada um mero exaurimento do crime.[5]

Data máxima vênia, embora concordando que os magistrados não são os únicos sujeitos ativos, mas nos parece que o núcleo "decretar" deve ser interpretado de forma abrangente, tendo o mesmo significado de "determinar", "mandar" ou "ordenar" a medida em questão, alcançando, assim, outros agentes públicos, como os policiais, por exemplo. A decretação pode ser informal e não necessariamente formalizada "intra autos". Caso contrário, a fim de burlar a legislação, bastaria que as autoridades determinassem verbalmente as conduções, sem documentação do ato para que ocorresse atipicidade.

Note-se que, nesse contexto, a condução coercitiva representa, sem sombra de dúvidas, uma medida privativa da liberdade e, se decretada em desconformidade com o ordenamento jurídico (como na hipótese do interrogatório de investigado, por exemplo), poderia caracterizar a própria infração penal descrita no artigo 9º da Lei 13.869/19. Isso, é claro, se não houvesse um tipo penal específico, como o do artigo 10, ora em estudo.

Dessa forma, cremos que se um policial, após cumprir um mandado de busca e apreensão em domicílio de investigado, conduzi-lo coercitivamente até a Delegacia de Polícia para ser ouvido nos autos do inquérito policial respectivo, ele responde, ao menos em tese, pelo crime previsto no artigo 10, da nova Lei. Só vale lembrar que em todos os casos em que se vislumbre o abuso de autoridade deve ficar demonstrado o elemento subjetivo do tipo (art.1º, §1º).

Destaque-se que o artigo 10 deve ser interpretado como contendo duas condutas, uma em sua primeira parte, que se refere à determinação da condução coercitiva de testemunha *ou investigado*, claramente voltada com especial escopo para a Autoridade Policial e policiais em geral, já que não há "investigado" em juízo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e sim acusado ou réu. Somente na segunda parte é que a referência da lei é feita exclusivamente a magistrados, na medida em que trata da condução indevida porque não houve prévia intimação de comparecimento "juízo". É preciso ainda notar que a lei, em sua pobreza redacional, utiliza o termo "intimação" quando, na verdade, se trata de "notificação". As intimações, como de trivial conhecimento, se referem a atos já praticados, enquanto que as notificações se referem a atos que ainda serão praticados, como é o caso do comparecimento de testemunha ou investigado na Delegacia ou em Juízo. Não obstante, esse equívoco é bastante comum em vários textos legais pátrios, inclusive no Código de Processo Penal e até mesmo no Código de Processo Civil, de modo que acaba não gerando maiores problemas práticos. [6]

Marcado nosso posicionamento sobre quem pode figurar como sujeito ativo do crime, passamos a focar nossa atenção no seu sujeito passivo. Nos termos do tipo penal, a conduta punida sempre irá recair sobre "testemunha" ou "investigado". Com efeito, em respeito ao princípio da legalidade, que veda a analogia *in malam partem*, é atípica a conduta de decretar a condução coercitiva de acusado, ou seja, pessoa já submetida ao processo. Neste ponto discorda o autor Eduardo Cabette, com o seguinte fundamento:

O réu também poderá ser vítima do magistrado se conduzido ilegalmente, por exemplo, para o ato de interrogatório, pois nos parece que, embora a redação legal seja sofrível, também o magistrado deve responder por uma condução coercitiva decretada de forma "manifestamente descabida". Ademais, nesse caso do interrogatório, por exemplo, mesmo a prévia intimação do acusado não servirá para justificar sua condução por ordem judicial. Ocorre que a lei disse menos do que pretendia ("lex minus dixit quam voluit"). É mais do que claro que não poderia ser fato atípico uma condução coercitiva de acusado ou réu no bojo do processo, enquanto seria aquela realizada durante o Inquérito Policial ou outra forma de investigação. A palavra "investigado" há que ser, neste caso, interpretada de forma ampla, tal como já se decidiu em precedente do STJ quanto ao crime de obstrução da justiça nos casos de crime organizado, quando a Lei 12.850/13 faz menção apenas à "investigação", mas deve abranger também a obstrução do processo (STJ, HC 487.962, 5ª. Turma). [7] No mesmo diapasão a palavra "testemunha" deve ser interpretada no sentido amplo de "prova oral", abrangendo também eventual condução coercitiva manifestamente ilegal da vítima. Seria absurdo que a condução abusiva de testemunha fosse incriminada e a vitimização secundária do sujeito passivo do crime passasse em brancas nuvens. Portanto, entende-se que o legislador quis se referir à "testemunha" em sua ampla acepção que se refere à prova oral em geral. Para além de justa e coerente, essa interpretação do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"testemunho" abrangendo a palavra do ofendido em um sentido amplo é comum a autores clássicos que se debruçaram sobre o tema das provas no processo penal, tais como Malatesta e Mittermaier, os quais tratam explicitamente em suas obras do "testemunho do ofendido". [8]

Retomando a questão da partição do artigo sob comento, para a melhor compreensão do alcance da norma, devemos dividi-la em duas partes. Isso porque o tipo penal estabelece duas condições alternativas para a sua incidência. Pune-se, destarte, a condução coercitiva de investigado ou testemunha: a-) manifestamente descabida; e b-) sem prévia intimação de comparecimento em juízo.

Na primeira hipótese a condução coercitiva é decretada em desacordo com o ordenamento jurídico (elemento normativo do tipo), como, por exemplo, nos casos em que sua adoção objetiva a formalização do interrogatório, o que, conforme exposto, vai frontalmente de encontro com a jurisprudência do STF.

Já a segunda condição de incidência do tipo exige que a condução coercitiva seja determinada "sem prévia intimação de comparecimento **em juízo**" (grifamos). Aqui, por uma evidente falha legislativa, o dispositivo se torna praticamente inaplicável ao investigado por fazer menção expressa à necessidade de prévia intimação de comparecimento "em juízo".

Explica-se! Conforme sustentamos acima, somente o "investigado" e a "testemunha" podem ser alvo de condução coercitiva criminosa. Ocorre que o "investigado", ao menos em regra, não é intimado para comparecer perante o juiz na fase de investigação. Logo, diante desta condicionante, só se pode concluir que o investigado só será vítima do crime do artigo 10 se a condução coercitiva for manifestamente descabida.

É evidente que em se tratando do "investigado" em uma interpretação restritiva, ou seja, referindo-se somente àquele objeto de uma investigação criminal na sua fase pré – processual, conforme entende o coautor desse texto, Francisco Sannini. Agora, em se tratando, no caso de uma interpretação mais ampla, do acusado ou réu, como já visto, no entendimento de Eduardo Cabette, poderá ocorrer o crime perpetrado por Juiz de Direito, em casos onde seja cabível a condução, como para fins de reconhecimento, exame de corpo de delito etc., caso não haja prévia intimação desobedecida. Já no caso de interrogatório judicial, em qualquer situação, já que o réu tem direito ao silêncio e à não autoincriminação. Exatamente o fato de que a interpretação restritiva do que seja o "investigado" leva a uma lacuna certamente indesejada pelo legislador, está a alicerçar a indicação de cabimento de uma interpretação mais ampla.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para o autor Francisco Sannini, de maneira ilustrativa, valendo-se do mesmo exemplo do cumprimento de mandado de busca e apreensão, se o investigado for conduzido coercitivamente até a Delegacia de Polícia para participar do procedimento de reconhecimento pessoal, independentemente de prévia intimação, não há que se falar no crime em questão, uma vez que a parte final do dispositivo só pune a condução coercitiva adotada sem prévia intimação de comparecimento em **juízo**. Anote-se, nesse caso, nova discordância do autor Eduardo Cabette. Na verdade, o tipo penal prevê duas condutas criminosas, a condução sem prévia intimação em juízo e aquela manifestamente descabida. Ora, é também manifestamente descabida e abusiva a condução coercitiva imediata do suspeito à Delegacia, sem prévia intimação para o ato de reconhecimento ou qualquer outro, salvo em casos, por exemplo, de prisão em flagrante. É claro que se o suspeito acompanhar voluntariamente os policiais para a prática do ato, não há falar em crime, assim como em não havendo o elemento subjetivo específico previsto no artigo 1º., § 1º., da legislação em comentário.

Pelas mesmas razões, é entendimento de Francisco Sannini que se o acusado – que, vale lembrar, não é "investigado" – for conduzido coercitivamente perante o juiz para o mesmo procedimento de reconhecimento pessoal, independentemente de intimação prévia, não restará caracterizada a infração penal. Neste ponto reitera-se que, segundo entendimento divergente do coautor Eduardo Cabette, haveria sim a tipificação do abuso se não houver prévia intimação desobedecida, já que o acusado ou réu não deixa de, num sentido amplo, ser considerado um "investigado" durante a instrução criminal. Lembremos que a "persecução criminal" tem duas fases e em ambas o que se procura é apurar os fatos, reconstruir a micro – história do crime. Como já reconheceu o STJ (vide supra), em todo esse percurso há uma "investigação".

Conclui-se, pois, que para evitar esse tipo de discussão e aclarar o âmbito de incidência da norma, bastaria que o legislador punisse a condução coercitiva de imputados em geral, vítimas ou testemunhas, em desacordo com o ordenamento jurídico. Sob tais premissas, não temos dúvidas, o bem jurídico tutelado, qual seja, o regular funcionamento da Administração Pública e da Justiça e, secundariamente, a liberdade de locomoção, estariam devidamente resguardados.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRIME de embaraçar investigação previsto na lei do crime organizado não é restrito à fase do inquérito. Disponível

em http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Crime-de-embaracar-investigacao-previsto-na-Lei-do-Crime-Organizado-nao-e-restrito-a-fase-do-inquerito.aspx , acesso em 24.11.2019.

CUNHA, Rogério Sanches. GRECO, Rogério. *Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 – Comentada Artigo por Artigo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão.* Trad. Paula Zomer, et. al. São Paulo: RT, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Lei de* Direito e Razão. Trad. Ana *abuso de autoridade blinda ainda mais o agente público*. Disponível: http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/lei-de-abuso-de-autoridade-blinda-ainda-mais-o-agente-publico . Acesso em 21.11.2019.

NOTAS:

---

[1]Delegado de Polícia, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Pós-Graduado com Especialização em Direito Público. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de Lorena/SP. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

[2] Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25. E por todos: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão.* Trad. Paula Zomer, et. al. São Paulo: RT, 2002, p. 305.

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. *Lei de* Direito e Razão. Trad. Ana *abuso de autoridade blinda ainda mais o agente público*. Disponível: http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/lei-de-abuso-de-autoridade-blinda-ainda-mais-o-agente-publico . Acesso em 21.11.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[4] MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 79.

[5] CUNHA, Rogério Sanches. GRECO, Rogério. *Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 – Comentada Artigo por Artigo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 101.

[6] Expondo as distinções doutrinárias ente intimação e notificação e concluindo pela ausência de prejuízo ante a inobservância desse detalhe: Cf. MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 895 – 896.

[7] CRIME de embaraçar investigação previsto na lei do crime organizado não é restrito à fase do inquérito. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Crime-de-embaracar-investigacao-previsto-na-Lei-do-Crime-Organizado-nao-e-restrito-a-fase-do-inquerito.aspx , acesso em 24.11.2019.

[8][8] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 403. MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 257.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICABILIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

DANILLO AUGUSTO GOMES DE MOURA E SILVA:
Procurador Municipal, Advogado, Pós-graduado em Direito Público pela Anhaguera Uniderp.

RESUMO: O presente estudo tem como objeto a análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em sede de execução fiscal, em especial após a disciplina normativa do Código de Processo Civil de 2015, aliado ao entendimento jurisprudencial atual do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVES: Desconsideração da personalidade jurídica. Execução fiscal. Redirecionamento.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 3. O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL; 4. A DECONSIDERAÇÃO DA PERSONALIADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

É sabido que as pessoas jurídicas têm existência distinta dos seus membros. Trata-se da redação legal do art. 20 do Código Civil de 1916, que, embora não repetido pelo atual Código Civil, neste está contido pela ideia básica de que as pessoas jurídicas diferem dos seus membros[1].

Ocorre que, por vezes, esta autonomia existencial e até patrimonial da pessoa jurídica pode ser utilizada de forma desvirtuada, para acobertar ilícitos ou frustrar o pagamento de dívidas.

Nesse cenário é que surgiu a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica, devidamente explanada no tópico seguinte.

E a discussão que ora se propõe gira em torno da aplicação, ou não, deste instituto em sede de execução fiscal, considerando as especificidades do procedimento da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal), inclusive seu tratamento jurisprudencial conferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como sublinhado acima, as pessoas jurídicas têm personalidade jurídica própria e, como regra, isso enseja autonomia patrimonial do ente. Bem explicando este fenômeno, eis as lições de Marlon Tomazette:

> A última e mais importante consequência da personificação de uma sociedade é a autonomia patrimonial, isto é, a existência de um patrimônio próprio, o qual responde por suas obrigações. Disso decorre que, a princípio, é o patrimônio da pessoa jurídica a garantia única dos seus credores e, por conseguinte, os credores, a princípio, não possuem pretensão sobre os bens dos sócios. Do mesmo modo, o patrimônio social é imune às dívidas particulares dos sócios. A autonomia significa que as obrigações (créditos e débitos) da pessoa jurídica não se confundem com as obrigações (créditos e débitos) dos sócios, não havendo que se falar em compensação.[2]

Todavia, este autonomia patrimonial não é absoluta, podendo haver a sua superação nos casos expressos em lei. E tal se dá justamente por meio do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (ou teoria do levantamento do véu ou *Disregard Doctrine*), que pode ser conceituado como o fenômeno pelo qual os bens da pessoa jurídica podem vir a ser atingidos para satisfação de obrigações pessoais dos sócios (noção tradicional ou direta da desconsideração), ou até o contrário, quando os bens pessoais do sócio respondem pelas dívidas imputáveis à pessoa jurídica (desconsideração inversa).

De um modo geral, a doutrina indica o precedente histórico desta teoria no julgamento do caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, em 1897, na Inglaterra.[3]

No direito brasileiro, a aplicação desta teoria já vinha sendo há muito defendida pela doutrina majoritária, mas foi com a Lei n° 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que restou pela primeira vez positivada, nos seguintes termos:

> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

> § 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
>
> § 3° As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
>
> § 4° As sociedades coligadas só responderão por culpa.
>
> § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores[4].

O Código Civil atual assim prevê o instituto, no seu art. 50, recentemente alterado pela Lei nº 13.874/2019, *verbis*:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.
>
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.
>
> § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:
>
> I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
>
> II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e
>
> III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.
>
> § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.
>
> § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica[5].

A análise comparativa dos dispositivos indica a existência de duas teorias sobre o fundamento desconsideração: teoria maior e teoria menor da desconsideração.

A primeira teoria, a maior, demanda a comprovação do abuso da personalidade mais o prejuízo ao credor. Foi a teoria adotada pelo art. 50 do Código Civil, o qual, aliás, passou e prever expressamente os conceitos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial como situações caracterizadoras do abuso da personalidade, nos seus parágrafos primeiro e segundo, com redação dada pela Lei nº 13.874/2019, acima consignados.

A segunda teoria, a menor, exige apenas o prejuízo ao credor. Veja-se que há dispensa quanto à comprovação do abuso da personalidade. Foi a teoria acatada pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Não se deve confundir a desconsideração da personalidade jurídica, que é o afastamento episódico da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, com a despersonificação da pessoa jurídica, que nada mais é do que a dissolução da pessoa jurídica de acordo com o art. 51 do Código Civil.

Já no plano processual, o Código de Processo Civil passou a disciplinar expressamente os aspectos processuais da desconsideração nos seus arts. 133 e seguintes. Pelo menos de acordo com o citado Código, trata-se agora de forma típica de intervenção de terceiros e, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, sua consagração legal superou a discussão doutrinária dantes existente sobre a natureza instrumento processual que a viabiliza: cuida-se de incidente processual, e não de ação autônoma[6].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mas é de se registrar que o próprio art. 134, § 2º, do Código de Processo Civil, dispensa a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, caso em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica cuja personalidade requer-se desconsiderar.

3. O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA OS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA

Por redirecionamento da execução fiscal entende-se o procedimento de composição do seu polo passivo por terceira pessoa distinta daquela inicialmente executada, fazendo com que este terceiro passe a ser pessoalmente responsabilizado pelos débitos tributários excutidos.

As hipóteses que viabilizam o redirecionamento da execução fiscal estão nos arts. 124, 133 e 135 do Código Tributário Nacional, que tratam dos casos de responsabilidade por solidariedade, por sucessão e por ato de terceiros em matéria tributária.

O exemplo mais corriqueiro no que diz respeito ao redirecionamento da execução fiscal é em relação ao sócio gerente/administrador da pessoa jurídica executada.

Mas esse redirecionamento não é realizado só pelo fato de o sujeito ser sócio da pessoa jurídica executada. É necessária a comprovação de sua atuação com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade. Ilustrando esta temática:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO GERENTE. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR: DEVER DE CABAL DEMONSTRAÇÃO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA DE QUE A EMPRESA NÃO FUNCIONA NO LOCAL INDICADO NOS REGISTROS FISCAIS QUE, À MINGUA DE OUTROS ELEMENTOS INDICIÁRIOS, É INSUFICIENTE PARA O PRONTO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. INVIABILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. APLICAÇÃO, NO ENTANTO, DA SÚMULA 435 DO STJ. AGRAVO INTERNO DOS PARTICULARES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. A Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp.

1.101.728/SP, de relatoria do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, publicado em 23.3.2009, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou o entendimento de que o redirecionamento da Execução Fiscal contra o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da sociedade.

2. A Súmula 435 do STJ diz que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente.

3. A inteligência que se deve ter desse enunciado é de que a não localização da empresa no endereço fiscal é indício de sua dissolução irregular, mas independente de qualquer outro elemento, é insuficiente para o pronto redirecionamento da execução fiscal, que depende de prévia apuração das razões pelas quais tal fato ocorreu, bem como da comprovação do elemento subjetivo na conduta ilícita do sócio, a teor dos arts. 134 e 135 do CTN.

4. Existem julgados desta Corte Superior afirmando que a mera devolução do Aviso de Recebimento (AR-Postal) sem cumprimento não basta à caracterização de dissolução irregular. Esse entendimento pode ser estendido para outros tipos de certificação, inclusive aquela feita pelo Meirinho (AgRg no REsp. 1.075.130/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2010 e AgRg no REsp. 1.129.484/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 26.3.2010).

5. A maioria dos integrantes da Primeira Turma, todavia, entendeu pela aplicação da Súmula 435 do STJ em casos tais, razão pela qual, considerando a função constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo meu ponto do vista para acompanhar o entendimento sufragado por esta Turma e manter, no caso, o redirecionamento da Execução Fiscal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 6. Agravo Interno dos Particulares a que se nega provimento. (STJ, AgInt no REsp 1580182/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 28/11/2019)[7]

Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que a empresa que deixar de funcionar em seu domicílio fiscal, sem a prévia comunicação aos órgãos competentes, presume-se irregularmente dissolvida, de tal forma que isto autoriza o redirecionamento da execução fiscal:

> Súmula 435
>
> Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente[8].

Porém, deve-se ter em mente que o mero inadimplemento da obrigação tributária principal não autoriza, por si só, o redirecionamento da execução fiscal, porque este fator caracteriza apena mora, sendo insuficiente para a superação da autonomia patrimonial[9].

Assim, percebe-se que o redirecionamento é um instrumento amiúde utilizado na execução fiscal como forma de atingir bens de terceiros e, agora, passou a ser confrontado com o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, como abordado a seguir.

4. A DECONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

Com o advento do art. 795, § 4º, do Código de Processo Civil, que impõe a adoção do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para sujeição dos bens particulares às dívidas da sociedade, iniciou-se a discussão quanto à sua aplicação, ou não, para o procedimento de execução fiscal.

Uma primeira corrente doutrinária sustenta que o incidente da desconsideração da personalidade jurídica seria obrigatório para a promoção do redirecionamento da execução fiscal, diante do claro comando do citado art. 795, § 4º, do Código de Processo Civil. Nesse diapasão:

> Não é difícil imaginar que possa haver resistência na adoção de tal incidente no âmbito da execução fiscal, ao argumento de que sua instauração poderia frustrar a efetividade da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> execução, permitindo que o terceiro, ao ser citado, esvazie suas contas bancárias ou desvie seus bens para escapar de eventual ou futura constrição. Tal argumento não deve ser utilizado para afastar a adoção do referido incidente. Primeiro, porque qualquer alienação feita pelo terceiro será ineficaz se sua responsabilidade vier a ser reconhecida (CPC, arts. 137, 790, 792, § 3º). Ademais, é possível, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, haver a concessão de tutela provisória, seja de urgência, seja de evidência. É possível que o juiz, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, conceda tutela provisória, seja de urgência, seja de evidência, desde que presentes seus pressupostos, para já determinar, por exemplo, o bloqueio de ativos do terceiro ou para tornar indisponível algum bem dele, a fim de garantir futura penhora, na eventualidade de vir a ser acolhido o incidente e reconhecida sua responsabilidade[10].

Adiciona-se a essa argumentação, ainda, o disposto no art. 1º da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal), que admite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Uma segunda corrente, por sua vez, defende a não aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica no feito executivo fiscal, sob o argumento central de que este instituto seria incompatível com os fins da Lei nº 6.830/1982 (Lei de Execução Fiscal). Esta corrente doutrinária já foi acolhida em precedente recente da 4º Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.786.311, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, julgado em 09.05.2019, ao analisar a responsabilidade de empresas componentes de um mesmo grupo econômico.

Diante da sua relevância, transcreve-se a ementa do citado acórdão:

> REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. I - Impõe-se o afastamento de alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida pelo recorrente foi examinada no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração. II - Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, em via de execução fiscal, deferiu a inclusão da ora recorrente no polo passivo do feito executivo, em razão da configuração de sucessão empresarial por aquisição do fundo de comércio da empresa sucedida. III - Verificado, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico e confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ. IV - A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal "a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível" (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Documento: 94741313 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 14/05/2019 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça Segunda Turma, julgado em 27/5/2014). V - Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito. VI -

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido[11].

Lado outro, em sentido diverso, a 1º Turma do próprio Tribunal da Cidadania, decidiu que é possível, sim, a aplicação do incidente da desconsideração no âmbito da execução fiscal, quando não presente qualquer situação dos arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional, ou quando a terceira pessoa visada não estiver registrada na certidão de dívida ativa que aparelha a execução fiscal. Também ilustrando esse posicionamento, colaciona-se a ementa da decisão, relatada pelo Ministro Gurgel de Faria:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO A PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO "DE FATO". INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CASO CONCRETO. NECESSIDADE. 1. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 133 do CPC/2015) não se instaura no processo executivo fiscal nos casos em que a Fazenda exequente pretende alcançar pessoa jurídica distinta daquela contra a qual, originalmente, foi ajuizada a execução, mas cujo nome consta na Certidão de Dívida Ativa, após regular procedimento administrativo, ou, mesmo o nome não estando no título executivo, o fisco demonstre a responsabilidade, na qualidade de terceiro, em consonância com os artigos 134 e 135 do CTN. 2. Às exceções da prévia previsão em lei sobre a responsabilidade de terceiros e do abuso de personalidade jurídica, o só fato de integrar grupo econômico não torna uma pessoa jurídica responsável pelos tributos inadimplidos pelas outras. 3. O redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora. 4. Hipótese em que o TRF4, na vigência do CPC/2015, preocupou-se em aferir os elementos que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> entendeu necessários à caracterização, de fato, do grupo econômico e, entendendo presentes, concluiu pela solidariedade das pessoas jurídicas, fazendo menção à legislação trabalhista e à Lei n. 8.212/1991, dispensando a instauração do incidente, por compreendê-lo incabível nas execuções fiscais, decisão que merece ser cassada. 5. Recurso especial da sociedade empresária provido.[12]

As três correntes acima indicadas fornecem sólidos argumentos para cada uma das posições sustentadas, seja pela sua aplicação integral, como assim definido pela primeira vertente; seja pelo seu afastamento total, como propugnado pela segunda linha de pensamento; ou, por fim, pela aplicação do incidente, mas de forma reduzida, nos casos de inscrição do terceiro em dívida ativa e nas hipóteses dos arts. 124, 133 e 135, do Código Tributário Nacional, como advogado pela última tese.

Ao Superior Tribunal de Justiça, que registra divergência em suas Turmas, caberá a uniformização do entendimento sobre a matéria, em prol do dever de manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, nos moldes do art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil.

5. CONCLUSÃO

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto de profícuo para a superação da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, de relevante utilização em várias áreas do fenômeno jurídico, como no direito obrigacional ou até mesmo no direito de família.

Sua aplicação, ou não, para fins de redirecionamento da execução fiscal ainda não encontra consenso, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Seus defensores e opositores apresentam candentes argumentos em prol de suas teses, mas tal cizânia deverá ser dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem constitucionalmente cabe a uniformização da jurisprudência sobre a legislação infraconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial n 1580182/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 28/11/2019. Acesso em 23 de dez. de 2019.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 345. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27435%27%29.sub.#TIT1TEMA0. Acesso em 23 de dez. de 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ . Acesso em: 23 de dez. de 2019

_____. Lei nº 8.078/1980. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm . Acesso em: 23 de dez. de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.775.269 - PR Relator: Ministro Gurgel de Faria. 21.02.2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 15º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 9º Ed. Salvador. JusPodivm, 2017.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume Único. 8º Ed. São Paulo: Método, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1. 8º Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOTAS:

---

[1] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 8º Ed. São Paulo: Método, 2018, p. 154.

[2] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Volume 1. 8º Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 302.

[3] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 8º Ed. São Paulo: Método, 2018, p. 175.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[4] BRASIL. Lei nº 8.078/1980. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm . Acesso em: 23 de dez. de 2019.

[5] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 23 de dez. de 2019.

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 9º Ed. Salvador. JusPodivm, 2017, p. 376.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial n 1580182/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 28/11/2019. Disponível em: https://stj.jus.br. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 345. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27435%27%29.sub.#TIT1TEMA0. Acesso em 23 de dez. de 2019.

[9] "O descumprimento da obrigação tributária principal (não pagamento do tributo), sem dolo ou fraude, apenas representa mora da empresa, e não "infração legal" deflagradora da responsabilidade pessoal". SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1046.

[10] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 405-406.

[11] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.786.311, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, julgado em 09.05.2019. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/708829624/recurso-especial-resp-1786311-pr-2018 330536-4. Acesso em: 23 de dez. de 2019.

[12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.775.269 – PR, Relator: Ministro Gurgel de Faria. 21.02.2019, Disponível em: https://stj.jus.br. Acesso em 23 de dez. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PRESUNÇÃO X INDÍCIOS: REFLEXÕES SOBRE A FORÇA DOS INDÍCIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

IVALDO PEREIRA SANTIAGO JUNIOR: Bacharel em Direito, Pós-Graduado e Delegado de Polícia Civil de Pernambuco.

RESUMO: Este estudo tem como objetivo diferenciar presunção e indício na devida investigação considerando que os indícios são aqueles que de fato apresentam força no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Como metodologia, optou-se por pesquisa bibliográfica, descritiva, explicativa e documental a partir de livros, artigos eletrônicos e sites especializados no assunto. Ao final deste estudo verifica-se a prova como instrumento de formação de um raciocínio jurídico dotado de força em decorrência de seu proferimento por uma autoridade judiciária. E ainda, compreende-la como a tentativa de demonstração objetiva dos fatos controvertidos com a intenção de facultar ao juiz a formação de uma hipótese razoável que possa ser adotada como suporte fático para a formulação de uma decisão, sendo a diferença de presunção e indícios principalmente que a primeira trata-se de mera probabilidade não devendo representar força no Ordenamento Jurídico brasileiro. Todavia, apesar dos indícios apresentarem-se essa força, é necessário cuidado em sua consideração, visto que ainda assim não são provas concretas, ainda tratam-se de indícios, devendo-se respeitar os direitos individuais, respeitando o princípios do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-Chave: Presunção. Indícios. Prova.

ABSTRACT: This study aims to differentiate presumption and evidence in the proper investigation considering that the evidence is those that actually have strength in the Brazilian legal system. As a methodology, we chose bibliographic, descriptive, explanatory and documentary research from books, electronic articles and websites specialized in the subject. At the end of this study, the proof is verified as an instrument of formation of a legal reasoning endowed due to its delivery by a judicial authority. And yet, it is understood as the attempt to objectively demonstrate the disputed facts with the intention of providing the judge with the formation of a reasonable hypothesis that can be adopted as factual support for the formulation of a decision, with the difference of presumption and evidence mainly that the first one is mere probability and should not represent force in the Brazilian legal system. However, despite the evidence of this strength, caution must be taken in its consideration, since they are not yet concrete evidence, but they are still evidence, and individual rights must be respected, while respecting the principles of contradiction and wide defense.

Keywords: Presumption. Clues. Proof.

1 INTRODUÇÃO

Considerando que a busca pelo ponto de equilíbrio entre a concretização de um processo penal eficiente e o respeito às garantias fundamentais é o desafio atual que deve reger e nortear as decisões judiciais, a sistemática processual brasileira sofre criticas. Uma das críticas que pode ser mencionada e merece enfoque é a diferenciação entre presunção e indícios, visto que a doutrina ainda apresenta confusão sobre essas expressões, o que tem gerado problemas de ordem prática, visto que as presunções devem expressar somente probabilidades.

No marco de um Estado Democrático de Direito, toda intervenção penal deve sempre ocorrer enquanto medida de exceção. Desse postulado básico, é possível perceber que a drasticidade com a qual o Direito Penal atua exige dele uma exatidão acerca da conduta sancionada. Isso porque ele representa o mais poderoso instrumento de controle posto à disponibilidade do poder constituído, por meio do qual o Estado, detentor da prerrogativa do uso da força, molda a sociedade através das estruturas dogmaticamente fundadas no princípio da legalidade penal, dizendo quais comportamentos são intoleráveis por considerá-los ofensivos a bens jurídicos.

Entende-se que as decisões judiciais também se configuram como meio de resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, devendo o juiz se pautar em provas suficientes para análise, bem como se atentar aos princípios que regem os processos judiciais, analisando cada caso com o intuito de tomar a melhor decisão para ambas as partes, devendo ele ser imparcial. Leite [1] conceitua prova a partir do estabelecimento da ideia de atuação dos litigantes no escopo de demonstrar os fatos deduzidos ao juiz, bem como encontrando sentido instrumental para o seu convencimento.

Pode-se dizer que as provas são instrumentos primordiais no campo processual, sendo destacado por Bueno [2] que consiste em "tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor". Trata-se da busca da constatação da verdade. Assim, pode-se entender, de forma introdutória e simplificada, que o objeto da prova são os fatos alegados pelas partes que precisam ser demonstrados para que o magistrado possa formar a sua convicção acerca do litígio em demanda. Faz-se importante destacar que trata-se de um conceito amplo, que pode assumir diferentes significados, o que dificulta discorrer sobre o assunto.

Nesse contexto, este estudo tem como objetivo diferenciar presunção e indício na devida investigação considerando que os indícios são aqueles que de fato apresentam força no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

2 DA OBRIDATORIEDADE DA INVESTIGAÇÃO

É por meio da investigação criminal que todo o procedimento de apuração da responsabilidade penal do sujeito praticante de um crime surge. A devida investigação criminal implica no respeito à Constituição e aos direitos individuais por parte do Estado, vez que os direitos/garantias fundamentais limitam o que deve ou não ser feito numa investigação criminal. O texto constitucional é cristalino ao aludir que, via de regra, a apuração de infrações penais e a execução dos encargos de Polícia Judiciária competem à Polícia Federal e às Polícias Civis, conservando às Polícias Militares, o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. Assim, as atribuições dos órgãos de segurança pública estão elencadas de forma que não admitem margem para dúvidas de qual é a função de cada instituição, de modo que a atividade de investigação criminal pertence à polícia judiciária.

A regra prevista no caput do art. 4° do Código de Processo Penal – "a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá, por fim, a apuração das infrações penais e da sua autoria" – e as regras inseridas no art. 2° caput e §2° da Lei n. 12.830/13 – "as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado" e "ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais", respectivamente – mantêm afinidade harmônica com a Constituição Federal, pois corroboram com a condução da investigação criminal pela polícia judiciária. Segundo Barbosa:

> Verifica-se, portanto, a razão de os órgãos do sistema de Justiça criminal terem explicitadas as suas funções e serem todas consideradas como essenciais à administração da Justiça, inclusive a função investigativa da polícia judiciária, na qual, após a Constituição de 1988, passou a ser dirigida por um delegado de polícia de carreira, bacharel em Direito, cargo acessível por concurso público, exatamente como as demais carreiras jurídicas que integram o sistema de Justiça criminal. Salienta-se que a polícia judiciária não obstante estar alocada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> na Carta Política, no capítulo sobre Segurança Pública, se insere no título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o que não a exclui da função precípua de ser uma garantidora dos direitos fundamentais do investigado e, por isso, em especial a polícia judiciária [...] Diante dessa necessária democratização da Justiça penal, notadamente dos órgãos nela atuante, a fundante independência natural que emerge das funções desempenhada pelos órgãos, e por isso, juiz natural, promotor natural, defensor natural e delegado natural. Nos dedicaremos ao último.[3]

Em outras palavras, a atividade investigativa policial será realizada pelas instituições que carregam as atividades de Polícia Judiciária em seu bojo. Considera-se a Polícia Judiciária, por compor o sistema de Justiça criminal, como ensina Nicolitt, uma "protagonista da investigação criminal exerce função essencial à Justiça, como garantia implícita na Constituição". [4] Nesse sentido, as atividades desempenhadas pelas Polícias Judiciárias ligam-se à Justiça de forma direta e à segurança pública de forma indireta. Mesmo diante dos comandos constitucionais que definem as atribuições dos órgãos estatais, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o Ministério Público pode conduzir investigações de natureza criminal, por meios próprios, sendo que, como visto anteriormente, inexiste comando legal que autorize tal inferência. Sobre tal entendimento, brilhantes são as considerações de Hoffmann e Nicolitt:

> Por mais importante que seja o discurso combate à criminalidade, não têm o condão de autorizar a subversão da divisão constitucional de atribuições. A sanha utilitarista não pode jogar por terra garantias que não foram conquistadas do dia para a noite. Daí sempre termos sustentado que a investigação direta pelo Ministério Público é algo que não se pode admitir. Todavia, surpreendentemente não foi esse o caminho trilhado pelo STF, em que pese o alerta do vencido ministro Marco Aurélio no sentido de ser "inconcebível é um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar [...] prejudicando o contraditório e inobservando o princípio da paridade de armas". A maioria entendeu pela possibilidade de investigação pelo Parquet. A partir da decisão da Corte Suprema, cessaram os debates no meio jurídico, cujo alarde resumia-se praticamente à tese primeira de poder ou não o MP investigar. Porém, o aspecto mais importante do julgado foi negligenciado, a saber, os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

limites e condições para a investigação direta do Ministério Público. [5]

São limites da investigação direta do Ministério Público a prevalência da requisição da instauração de inquérito sobre a deflagração de investigação, a excepcionalidade e subsidiariedade da apuração, a condução sob sua direção e até sua conclusão, a incoerência de *bis in idem*, consideração aos princípios e regras que norteiam o inquérito policial, bem como o respeito ao limite legal da investigação criminal brasileira. Apesar de muito se discutir sobre qual seria o órgão competente para efetuar investigações preliminares, defende-se a possibilidade de o Ministério Público realizar tais investigações. No entanto, em que pese a discussão sobre a exclusividade ou não das investigações, o que é evidente é que na Constituição, ao menos de forma clara e explícita, a investigação preliminar cabe à Polícia Judiciária, cabendo ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129 e 144 da Constituição Federal de 1988), logo é precipuamente função das Polícias Judiciárias.

Sem prejuízo, a Constituição previu a possibilidade de outros órgãos realizarem atos de investigação, como ocorre com o Ministério Público nos inquéritos civis. Porém, percebe-se nítido desacordo com relação ao sujeito e a finalidade de tais atos. Nesse sentido, cabe o protagonismo da Polícia Judiciária na apuração de fatos criminosos, objetivando a obtenção de provas e elementos que possam esclarecer sobre a possível necessidade de processo penal posterior. Deste modo, esta fase inicial da persecução penal deve ser realizada por um ente imparcial, que não possui ligação direta com o processo, separando-se perfeitamente as funções do Estado.

Segundo Nunes, [6] na doutrina prepondera o pensamento de que o Inquérito Policial obedece a procedimento proposto para agrupar os elementos necessários à apuração da autoria e do cometimento de determinada infração. Inicia-se, então, a *persecutio criminis*, através da Polícia Judiciária e do Ministério Público, sendo este último o responsável por levar, através da denúncia, ao conhecimento do Juiz o delituoso e a sua autoria. Não é possível, segundo o autor supracitado, negar a parcialidade do Ministério Público no momento da investigação criminal, já que este órgão é a parte acusatória no processo posterior quando tratar-se de ação penal pública, o que feriria o princípio da paridade de armas necessária ao sistema acusatório, ora, como poderia o Ministério Público atuar em favor do investigado, se tem pela frente uma ação judicial? Cabette esclarece:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como já externado em outro trabalho, este autor não considera adequada a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público por uma série de questões de ordem puramente jurídica, as quais se enumera a seguir sem adentrar em desenvolvimento que não cabe neste momento: a) O óbice da *legalidade* consistente no fato concreto de que não existe lei alguma que regule essa espécie de investigação. É indefensável pretender que uma Resolução (Resolução 13/06 do Conselho Nacional do Ministério Público) possa fazer as vezes de "lei" processual penal, a qual é de competência privativa da União através de "Lei Federal" (artigo 22, I, CF). Portanto, não se pode admitir que um órgão estatal de tamanha relevância e dignidade atue à margem da lei e da Constituição, ou seja, atue "marginalmente". E não se pode imaginar que eventual arrimo constitucional para esse suposto poder investigatório ministerial seja suficiente para que o órgão o coloque em prática sem uma lei que o regulamente. É sabido, até por um jejuno primeiro anista de Direito, que a Constituição Federal não é Código de Processo Penal. Se essa atribuição pode ser extraída do texto constitucional, então se deve primeiro promulgar uma lei que regulamente a investigação ministerial para depois poder realizá-la de forma legítima. b) A questão da *imparcialidade*, consistente no fato de que em um sistema acusatório ideal é desejável que sejam separadas as quatro funções da persecução penal, quais sejam: investigação, acusação, defesa e julgamento. Então é desejável que um órgão isento faça a investigação, outro formule a convicção sobre a denúncia ou não, outro exercite a plena defesa e um último profira a decisão do caso. A confusão de funções cria desequilíbrio e exige do homem (v. G. Do Promotor) aquilo que somente se pode esperar de deuses. E tem sido muito comum que o mesmo Promotor que investiga formule a peça acusatória e siga no processo até o fim. Note-se, inclusive, que isso entra em colisão com disposição expressa do Código de Processo Penal vigente. Segundo o artigo 252, II, CPP, o Juiz fica impedido de processar e julgar uma causa onde tenha atuado anteriormente na qualidade de Autoridade Policial. Pois bem, as mesmas normas de impedimento e suspeição servem para o Ministério Público nos termos do artigo 258, CPP. Portanto, se o Promotor era Delegado do mesmo caso, não pode nele

> atuar. Por que poderia investigar na qualidade de Promotor e ele mesmo acusar? Seria a Súmula 234 do STJ um permissivo, na medida em que afirma que a 'participação' do membro do Ministério Público na fase investigatória não o impede ou torna suspeito para a denúncia? A resposta óbvia é que não. A Súmula trata somente da participação, pois que o Ministério Público sempre 'participa' da fase investigatória (v. G. Manifestações em pedidos de prazo durante todo o andamento do feito; manifestações em prisões provisórias e outras medidas cautelares; requerimentos de diligências ou cautelares na fase investigatória; eventuais acompanhamentos de diligências policiais tais como interrogatórios e oitivas de testemunhas juntamente com o Delegado que preside o feito; acompanhamento facultativo previsto na Lei de interceptações telefônicas quanto a essas diligências etc.). Mas, 'participar' não é o mesmo que 'conduzir' ou 'presidir', muito menos ser a Autoridade Policial ou alguém que atua tal e qual. Essas parecem ser as duas principais motivações jurídicas para o impedimento de uma investigação ministerial no atual estado da arte da legislação brasileira. Não obstante, se algum dia for satisfeita a legalidade, ou seja, promulgando-se uma legislação autorizadora e reguladora da Investigação Ministerial, não se vê qualquer óbice a que mais um órgão atue na repressão à criminalidade. Agora, um requisito que se considera imprescindível é que o Promotor que investiga não seja o mesmo que formula o juízo de convicção para a acusação ou arquivamento e muito menos o que prossiga no processo. [7]

Em outras palavras, segundo o autor supracitado, nem mesmo a Súmula 234 STJ colocou fim à discussão, vez que ela somente assevera não haver impedimento de atuação no processo por parte de Promotor que participou da investigação (sendo que participar é diferente de atuar diretamente). Além disso, cumpre destacar que o Inquérito Policial funda uma garantia ao investigado, ao passo que impede que um inocente seja submetido a processo desnecessário e garante que a máquina do Poder Judiciário não seja acionada em vão, evitando o dispêndio de recursos financeiros e humanos por parte do Estado.

Por tudo o que foi posto, demonstra-se imprescindível que as investigações preliminares sejam efetuadas por um órgão oficial e imparcial, tornando o Inquérito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Policial, na prática, um instrumento imperativo na apuração de infrações penais e sua autoria. Isso porque outros meios investigatórios não se cercam das mesmas garantias ao investigado, sobretudo por não contarem com uma previsão legal, ferindo o Princípio da Devida Investigação Criminal Constitucional (ou *due process of law*).

3 DIFERENCIANDO PRESUNÇÃO E INDÍCIOS

No campo do Direito, a prova está intrinsecamente relacionada à demonstração, fundamentando-se na ideia de certeza e tendo a materialização de sua busca e concessão no processo judicial, devendo elas serem concretas e documentadas. Acrescente-se, ainda, que se configuram como modelos de constatação da verdade à certeza, à preponderância de provas e à dúvida a favor do hipossuficiente. Vale ressaltar que o direito à prova não é irrestrito e sim limitado e a prova dada à custa de violação a direitos não poderá ser introduzida no processo e caso assim ocorra, não poderá vir a ser valorada.

Em se tratando da essência das provas, pode-se destacar que o padrão de prova pode ser vagamente definido como o *quantum* de evidência que deve ser apresentado perante uma Corte antes que um fato possa ser dito existir ou não. Como o tipo de casos perante um Tribunal pode ser classificado em criminal ou civil, o mesmo pode acontecer com o padrão da prova.

No âmbito do processo penal, mostra-se ainda mais importante, em face da gravidade da consequência jurídica, que pode advir da violação às normas penais, a saber, o tolhimento da liberdade do indivíduo, conforme adverte Lopes Junior. [8] O autor ainda destaca que o processo penal, embora seja um ramo fundamental para instrumentalizar as normas penais que possuem, como uma de suas finalidades, a pacificação social, só se legitima na medida em que respeitar os valores e ditames democráticos previstos no texto magno.

Entende-se, assim, que a prova é um elemento, ou mesmo, um evento que possibilita a averiguação de um fato, que pode corroborar com a veracidade ou com a falsidade de proposições formuladas sobre determinado caso, cabendo ao juiz sua análise e tomada de decisão. Carlos Henrique Bezerra Leite [9] conceitua prova a partir do estabelecimento da ideia de atuação dos litigantes no escopo de demonstrar os fatos deduzidos ao juiz, bem como encontrando sentido instrumental para convencimento do juiz. Nesse contexto, em toda apresentação de prova tem seu direito de se exprimir havendo assim a conservação do estado de inocência do réu e o direito à liberdade.

O objeto da prova pode ser entendido como fatos alegados pelas partes que precisam ser demonstrados para que o magistrado possa formar a sua convicção

acerca do litígio em demanda. Como finalidade da prova, busca-se o convencimento do juiz a respeito de um fato, ou seja, a verdade possível, atingível, tendo em vista que subjetivamente a verdade está em cada pessoa de acordo com a sua maneira de enxergar os fatos acontecidos no dia a dia assim como os fatos delituosos, a serem apurados pelo magistrado. [10] Diferenciando presunção e indício, Theodoro Júnior bem descreve:

> Usada na operação denominada prova indireta, a presunção é a consequência ou ilação que se tira de um fato conhecido (provado) para deduzir a existência de outro, não conhecido, mas que se quer provar. As presunções às vezes são adotadas por regra legal (presunções legais); outras são estabelecidas na experiência da vida (presunções comuns ou simples) e, por isso, presunções do homem. As presunções comuns se inserem na instrução probatória por obra das partes e do juiz, quando não se consegue prova direta do fato litigioso. Nota-se que a presunção legal não se confunde com o indício, reconhecido como tal pela lei como tal. O indício é o ponto de partida para se caminhar rumo à presunção, se possível. Às vezes a lei prevê ou recomenda a valorização de determinado indício como utilizável no procedimento probatório, porém, não implica imediata instituição de uma presunção legal. Para se ter uma presunção da espécie é preciso que a avaliação do indício seja feita pelo próprio legislador. Quando a lei não chega a uma qualificação definitiva de certo fato como suficiente para autorizar o reconhecimento de outro, não se pode entrever, ainda, a presunção. [11]

Analisando o ato de indiciamento, previsto na Lei n. 12.830/13, à luz da Constituição Brasileira de 1988, verifica-se que o indiciamento é um ato administrativo e como tal deve ter algumas finalidades definidas. Uma mais evidente é a de servir de instrumento através do qual o Delegado de Polícia que preside a instrução e, portanto, apresenta nesse momento o Estado-investigador, exponha de forma técnica e fundamentada suas razões de convicção sobre a autoria e materialidade delitiva, que sai do âmbito de algo mais abstrato e passa a ser mais concreto, tendo em vista que passa a mirar em pessoa (s) definida (s).

Todavia, qual seria a função de passar de algo abstrato para algo mais concreto, definindo através de um ato administrativo fundamentado a mudança da condição de suspeito para indiciado? Pensamos que em um Estado democrático de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direito, não pode e não deve ser visto apenas como um ato punitivo pré-processual que promova os inevitáveis estigmas morais extraprocessuais, tal interpretação é totalmente autoritária e antidemocrática. Nesse ponto o indiciamento serve como marco para a observância, em maior densidade, da efetividade do contraditório possível e mitigado, bem como da defesa no inquérito policial, uma vez que já estão bem delineados os fatos, a materialidade, bem como apontado expressamente quem foi o autor do fato.

Lopes Júnior e Gloeckner lecionam que "o indiciamento deve ser considerado uma carga para o sujeito passivo, mas marca também o nascimento de direitos inerentes à ampla defesa e a possibilidade de convencimento das acusações-". [12] Vale dizer, sob essa ótica constitucional, o indiciamento se mostra um ato relevante, deixando para traz um viés autoritário da fase preliminar e assumindo uma feição democrática e acusatória, tendo em vista que tutela os direitos fundamentais do investigado, possibilitando uma defesa mais adequada ainda em sede policial, pois sendo um "ato fundamentado", poderá a defesa desde já na fase pré-processual reagir as principais provas e argumentos do Estado-investigador. Há entendimento que dentro de uma abordagem constitucional, o instituto do indiciamento deveria ser considerado acima de tudo como "meio de defesa", pois que um marco a partir do qual o direito de defesa deve ser exercido. [13]

Questão que também merece análise é o momento do indiciamento. Não há exigência legal sobre o momento em que deva ser realizado, examinando a lei, o mesmo deve ocorrer quando o Delegado de Polícia estiver convencido da existência dos elementos de autoria e materialidade, abrindo assim duas possibilidades: uma no momento imediatamente anterior ao do relatório, em que expressará sua convicção e outra já no ato do relatório final, ou seja, indicia ao já expressar sua convicção, a seguir detalharemos ambas:

a) Ato de indiciamento fundamentado se daria em momento exatamente anterior ao relatório final, oportunizando que a defesa produza elementos de prova que possam alterar ou influir na convicção do Delegado de Polícia e, até mesmo, redefinir possíveis novos rumos para investigação. Essa primeira possibilidade traz a vantagem de, caso o Delegado de Polícia altere ou modifique sua convicção, poderá proceder ao desindiciamento, denominado doutrinariamente como cancelamento ou destituição do ato de indiciamento, que possui o grande benefício de passar a constar nos bancos de dados criminais que o indiciamento foi cancelado. Júnior e Moraes se referem ao desindiciamento como ato que deve ser fundamentado pelo Delegado de Polícia que deve motivar e explicitar os motivos da alteração de convencimento, "seja por questões técnicas ou jurídicas, seja em razão da ciência de novas circunstâncias que afastem a ilicitude do fato ou a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

culpabilidade do investigado, ou ainda erro quanto à pessoa submetida ao indiciamento". [14]

b) Ato de indiciamento ocorreria no relatório final traria que o traria em seu bojo, momento em que poderia ser aberto prazo para defesa tomar ciência do seu conteúdo e se manifestar, Gabriel e Souza mencionam que nesta opção a defesa seria uma espécie de "defesa prévia" que poderá ser levada em conta pelo Promotor de Justiça, que, caso concorde, não deflagrará uma ação penal desnecessária e equivocada. Uma das questões sobre o tema em estudo, que não localizamos por ocasião da pesquisa em nenhuma bibliografia, é como adotar a sistemática do indiciamento como marco para o exercício do contraditório possível e da defesa na investigação policial, quando a autoridade policial estiver diante de elementos que entenda suficientes para a representação da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Tal questão não nos parece tão simples, uma vez que é incoerente que um Delegado de Polícia represente pela prisão preventiva de alguém sem que esse alguém seja o indiciado, ou seja, sem que se tenha partido de um juízo de mera possibilidade para uma probabilidade mais palpável e concreta sobre a autoria e a materialidade.

Conforme mencionamos acima, pensamos que o contraditório é o "possível", então, expressamos opinião no sentido de que o Delegado de Polícia indiciar e dar ciência ao investigado de que representará pela sua prisão poderia ter o efeito, no caso concreto, de prejudicar o término das investigações e até mesmo prejudicar o exercício da justiça criminal, tendo em vista que os pressupostos da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP somente devem ser invocados em caso de extrema necessidade a ser demonstrada na representação da autoridade policial.

Neste caso, entendemos e propomos que o indiciamento ainda tem muita relevância, no sentido de que, ao se deparar com elementos suficientes de autoria e materialidade apontando para o fim das investigações, o Delegado de Polícia deve fazer um juízo valorativo sobre a necessidade ou não de representar pela prisão cautelar preventiva. Em caso de necessidade, efetua o indiciamento no corpo da representação, sendo a mesma o relatório final. Caso entenda pela desnecessidade da representação, por não estarem presentes os pressupostos da preventiva, e deve partir desse raciocínio como regra, uma vez que a prisão cautelar é exceção, deve promover o indiciamento e intimar a defesa para ter ciência de todo lastro colhido e oferecer defesa caso deseje, sendo o artigo 14 do CPP de grande utilidade nesse momento, uma vez que, inclusive, se refere à expressão "indiciado", podendo ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

entendido o ato de indiciamento definido na Lei n. 12.830/2013 como um marco inicial do contraditório possível a ser indiciado na investigação policial.

4 CONCLUSÃO

Ao final deste estudo verifica-se a prova como instrumento de formação de um raciocínio jurídico dotado de força em decorrência de seu proferimento por uma autoridade judiciária. E ainda, compreende-la como a tentativa de demonstração objetiva dos fatos controvertidos com a intenção de facultar ao juiz a formação de uma hipótese razoável que possa ser adotada como suporte fático para a formulação de uma decisão, sendo a diferença de presunção e indícios principalmente que a primeira trata-se de mera probabilidade não devendo representar força no Ordenamento Jurídico brasileiro. Todavia, apesar dos indícios apresentarem-se essa força, é necessário cuidado em sua consideração, visto que ainda assim não são provas concretas, ainda tratam-se de indícios, devendo-se respeitar os direitos individuais, respeitando o princípios do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2004.

BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. 2015. In: **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policia-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal>. Acesso em: 19 dez. 2019.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal.** 5 ed. rev. Atal e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. Investigação criminal pelo Ministério Público possui limites. 2018. In: **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/opiniao-investigacao-criminal-mp-possui-limites>. Acesso em: 19 dez. 2019.

NUNES, Marcelo Alves. **Duração razoável da investigação criminal:** uma garantia fundamental do investigado. Dissertação (Mestrado), Uninove, 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Nova lei 12.830/13 - investigação pelo delegado de polícia: primeiras impressões sobre a lei 12.830/2013 - investigação criminal

conduzida pelo delegado de polícia. 2013. In: **JusBrasil.** 2013. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937943/nova-lei-12830-13-investigacao-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em: 19 dez. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** - 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal.** Saraiva. São Paulo. 2013.

PIMENTEL JÚNIOR, Jaime; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e Atuação da Defesa na Investigação Criminal**. São Paulo: Verbatim, 2017.

NOTAS:

---

[1] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho**.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2004.

[2] BUENO, Cassio. Curso sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

[3] BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. 2015. In: **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policia-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal>. Acesso em: 28 jan. 2019.

[4] NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal.** 5 ed. rev. Atal e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47-50.

[5] HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. Investigação criminal pelo Ministério Público possui limites. 2018. In: **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/opiniao-investigacao-criminal-mp-possui-limites>. Acesso em: 19 dez. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[6] NUNES, Marcelo Alves. **Duração razoável da investigação criminal:** uma garantia fundamental do investigado. Dissertação (Mestrado), Uninove, 2013, p. 120.

[7] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Nova lei 12.830/13 - investigação pelo delegado de polícia: primeiras impressões sobre a lei 12.830/2013 - investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. 2013. In: **JusBrasil.** 2013. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937943/nova-lei-12830-13-investigacao-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em: 19 dez. 2019.

[8] LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. - 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

[9] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2004.

[10] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2004.

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[12] LOPES JÚNIOR, Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal.** Saraiva. São Paulo. 2013, p. 435.

[13] LOPES JÚNIOR, Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal.** Saraiva. São Paulo. 2013, p. 435.

[14] PIMENTEL JÚNIOR, Jaime; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e Atuação da Defesa na Investigação Criminal**. São Paulo: Verbatim, 2017, p. 79.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

PRISCILLA RIBEIRO PAULINO: Advogada – Bacharel em Direito. Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Instituto Elpídio Donizetti em parceria com FEAD-MG - FACULDADE DE ESTUDOS ADMINISTRATIVOS DE MINAS GERAIS. Juíza Leiga do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba desde 26/11/2014.

RESUMO: Este trabalho discorre acerca do princípio do promotor natural explicando seus fundamentos e importância para a concretização do devido processo legal. O princípio em estudo garante ao investigado o direito de ser acusado por um órgão previamente designado por lei, proibindo-se o direcionamento de representantes do Ministério Público para atuar em casos específicos. Para se destacar a importância do tema retoma-se uma antiga divergência jurisprudencial sobre a aplicabilidade ou não do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro, encerrando o estudo com o atual entredimento da Corte Constitucional sobre o tema. O método de abordagem utilizado foi o qualitativo segundo o qual o pesquisador é o instrumento fundamental, prevalecendo a sua subjetividade a partir da interpretação dos fenômenos pesquisados, utilizando-se de várias fontes de dados e com o objetivo de realizar uma compreensão mais profunda do tema, sem, contudo, fazer uso de técnicas e estatísticas. Quanto ao método de procedimento foram aplicados nesse trabalho utilizou-se, principalmente, o método comparativo e o método hermenêutico. Os objetivos foram alcançados por meio de uma pesquisa exploratória, em que se realiza um levantamento bibliográfico e jurisprudencial para esclarecimentos acerca do tema.

Palavras - chave: Promotor Natural. Juiz Natural. Inamovibilidade. Independência Funcional.

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2- Noções gerais sobre o princípio do promotor natural. 3- Princípio constitucional implícito. 4- A evolução da jurisprudência do STF quanto a admissão da existência do princípio do promotor natural no Brasil. 5- Conclusão. Referências.

1- INTRODUÇÃO

O princípio do promotor natural preconiza que devem ser fixadas previamente na legislação as atribuições dos membros do Ministério Público impedindo a nomeação de promotores de justiça ou procuradores da república

direcionada para atuarem em processos específicos, sem a correspondente previsão legal ou constitucional.

Quanto a nomenclatura vale expor que o princípio do promotor natural também é denominado de princípio do promotor legal.

Esse princípio tem como finalidade precípua de evitar arbitrariedade, abuso e desvio de poder na designação de representantes do Ministério Público, inclusive, limitando o poder do chefe do órgão ministerial na realização das designações dos membros da instituição.

Segundo Professor Pedro Lenza, o tema foi bastante discutido na doutrina, inclusive, alguns autores já o defendiam antes mesmo do advento da Constituição de 1988, destacando-se, Hugo Nigro Mazzilli, Jaques de Camargo Penteado, Clóvis A. Vidal de Uzeda e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro. [1]

Durante o período da história do direito brasileiro as Cortes Superiores do Brasil chegaram a não reconhecer a existência do promotor natural no nosso ordenamento jurídico. Posteriormente, a jurisprudência evoluiu acolhendo o referido princípio em julgados importantes para a atual realidade do direito processual brasileiro.

2- NOÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL.

É mister iniciar o estudo do princípio do promotor trazendo a colação o conceito do doutrinador Paulo Cezar Pinheiro Carneiro o qual afirma que a teoria do promotor natural ou legal:

> (...) decorre do princípio da independência, que é imanente à própria instituição. Ela resulta, de um lado, da garantia de toda e qualquer pessoa física, jurídica ou formal que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do *parquet* atuando livremente com atribuição predeterminada em lei, é, portanto, o direito subjetivo do cidadão ao Promotor (aqui no sentido lato), legalmente legitimado para o processo. Por outro lado, ela se constitui também como garantia constitucional do princípio da independência funcional, compreendendo o direito do Promotor de oficiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições.[2]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O professor Uadi Lammêg Bulos traz importantes considerações a cerca dos objetivos da aplicação do princípio do promotor natural: *"Disso deflui o objetivo do promotor natural: abolir os procedimentos de ofício, eliminando a acusação privada e extirpando o acusador público de encomenda, escolhido pelo procurador-geral de justiça."* ***[3]***

O Professor Nelson Nery Júnior leciona que para o o princípio do promotor natural ser respeitado exige a presença dos seguintes requisitos: a) investidura no cargo de Promotor de Justiça; b) a existência de órgão de execução; c) a lotação por titularidade e inamovibilidade do Promotor de Justiça no órgão de execução, exceto as hipóteses de substituição e remoção, e; d) definição em lei das atribuições do órgão.[4]

Desse modo, a fixação do representante do Ministério Público com atribuições para atuar num processo deve ser anterior ao mesmo, estando devidamente prevista em lei e na Constituição.

3- PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO

O promotor natural constitui um princípio constitucional implícito que decorre de princípios expressos, como: o Princípio do juiz natural, previsto no art. 5º, LIII, CF; o princípio da inamovibilidade funcional dos membros do Ministério Público estabelecido no art. 128, § 5º, I, "b", CF; e, o princípio da independência funcional contido no art. 127, § 1º, CF.

Parte da doutrina que entende ser o promotor natural uma extensão do postulado do juiz natural, uma vez que não há previsão expressa daquele na Constituição Federal nem na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, dize-se que o princípio em estudo consta de forma implícita no direito constitucional brasileiro, por ser consequência lógica do juiz natural, [5] previsto no inciso LIII do art. 5ª da Constituição Federal o qual preceitua que *"ninguém será* ***processado*** *nem sentenciado senão por autoridade competente".*

Já a inamovibilidade do membro do Ministério Público estabelece a proibição de ocorrer remoção ou promoção do parquet sem a sua anuência. Contudo, o próprio texto constitucional traz as situações excepcionais em que essas situações podem ocorrer, quais sejam, por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público Estadual ou Federal, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, sendo assegurada ampla defesa, conforme disciplina o art. 128, § 5.º, I, "b", da CF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vale trazer ao conhecimento dos leitores o voto do Min. Celso de Mello no HC 102.147, de sua relatoria no qual o mesmo afirma que o princípio do Promotor Natural coibe o afastamento arbitrário de promotores e procuradores da república do desempenho de suas atribuições nos procedimentos, salvo "por relevante motivo de interesse público"; "por impedimento ou suspeição"; "por razões decorrentes de férias ou de licença".[6]

Dessa forma, a designação direcionada de membros do órgão ministerial encontra barreira evidente na garantia da inamovibilidade uma vez que, apenas, com a concordância ou solicitação do parquet ocorrerá sua remoção ou promoção, podendo, apenas, em situações excepcionalíssimas, previstas na constituição, ser removido.

Também, pode-se dizer que o promotor natural encontra guarida no princípio da independência funcional a qual significa que os membros do Ministério Público não estão sujeitos a nenhum poder hierárquico no exercício de suas funções, podendo exercer suas atribuições de forma livre, conforme suas convicções sem pressões ou ameças.

Destaque-se que o STF no julgamento do HC 140780/DF, oriundo da 1ª Turma e de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 30/10/2018, conforme Informativo nº 922, entendeu que a sustentação oral do representante do Ministério Público divergente do parecer juntado ao processo, com posterior ratificação, não viola a ampla defesa. Isso porque, segundo o professor Márcio Cavalcante, o papel do Ministério Público como custos legis se distingue de sua função como órgão acusador, podendo opinar pela absolvição do réu, por exemplo, ainda que o recurso tenha sido da defesa. Contudo, o membro do ministério público que atua na sessão de julgamento não está vinculado ao parecer proferido, gozando de independência funcional na realização de sua sustentação oral. [7]

4.A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF QUANTO A ADMISSÃO DA EXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL NO BRASIL

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há um registro histórico de um julgado no qual aquela Corte negou a existência do princíprio do promotor natural. Isso ocorreu no HC 67.759, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que foi voto vencido naquela oportunidade, senão vejamos o teor do julgado de 1992:

> ""HABEAS CORPUS" - MINISTÉRIO PÚBLICO - SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL - **PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS - A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIA**R - INOCORRENCIA -

> CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu oficio, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas clausulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável. Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. **Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio** (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). - **Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros** PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES.(HC 67759, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1992, DJ 01-07-1993 PP-13142 EMENT VOL-01710-01 PP-00121).” (**grifos nossos**)

Embora ausentes nessa sessão os Ministros Francisco Rezek e Ilmar Galvão, o Supremo Tribunal Federal, também, concluiu pela inexistência da figura do promotor natural, em decisão referendada na apreciação do HC 90.277, de relatoria da Ministra STF Ellen Gracie, publicada em 17.6.2008:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Princípio do Promotor Natural e Designação por Procurador-Chefe - 1

A Turma indeferiu habeas corpus em que denunciado a partir de investigações procedidas na denominada "Operação Anaconda" pela suposta prática do crime de corrupção ativa (CP , art. 333) pleiteava a nulidade de procedimento que tramitara perante o TRF da 3ª Região, sob o argumento de ofensa ao princípio do promotor natural (CF , artigos 5º , LIII ; 127 , § 1º e 128 , § 5º , b), bem como de violação a regras contidas no Código de Processo Penal e em portarias da Procuradoria Regional da República da respectiva região. Inicialmente**, asseverou-se que, conforme a doutrina, o princípio do promotor natural representa a impossibilidade de alguém ser processado senão pelo órgão de atuação do Ministério Público dotado de amplas garantias pessoais e institucionais, de absoluta independência e liberdade de convicção, com atribuições previamente fixadas e conhecidas. Entretanto, enfatizou-se que o STF, por maioria de votos, refutara a tese de sua existência** (HC 67759/RJ , DJU de 1º.7.93) no ordenamento jurídico brasileiro, orientação essa confirmada, posteriormente, na apreciação do HC 84468/ES (DJU de 20.2.2006). Considerou-se que, mesmo que eventualmente acolhido o mencionado princípio, no presente caso não teria ocorrido sua transgressão. HC 90277/DF , rel. Min. Ellen Gracie, 17.6.2008. (HC-90277) *(grifos nossos)*

Vale trazer alguns trechos da decisão de relatoria da Ministra Ellen Gracie:

(...) 3. **O STF não reconhece o postulado do promotor natural como inerente ao direito brasileiro** (HC 67.759, Pleno, DJ 01.07.1993): "Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO: Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade de "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição de princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SIDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO

> BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES". 4. Tal orientação foi mais recentemente confirmada no HC n° 84.468/ES (rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 20.02.2006). **Não há que se cogitar da existência do princípio do promotor natural no ordenamento jurídico brasileiro**(...). HC 90277, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 17/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-03 PP-00487)".**(grifos nossos)**

Contudo a jurisprudência do STF evoluiu seu entendimento para reconhecer a existência do princípio do promotor natural nos autos do HC 102.147/GO, de relatoria do Ministro Celso de Mello publicado em 3 de fevereiro de 2011, conforme se verifica no trecho do voto do julgador:

> "A consagração constitucional do princípio do Promotor Natural significou o banimento de "manipulações casuísticas ou designações seletivas efetuadas pela Chefia da Instituição" (HC 71.429/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO), em ordem a fazer suprimir, de vez, a figura esdrúxula do "acusador de exceção" (HC 67.759/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO). O legislador constituinte, ao proceder ao fortalecimento institucional do Ministério Público, buscou alcançar duplo objetivo: (a) instituir, em favor de qualquer pessoa, a garantia de não sofrer arbitrária persecução penal instaurada por membro do Ministério Público designado "ad hoc" e (b) tornar mais intensas as prerrogativas de independência funcional e de inamovibilidade dos integrantes do "Parquet". A garantia da independência funcional, viabilizada, dentre outras, pela prerrogativa da inamovibilidade, reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (CF, art. 127, § 1º) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais não mantém vínculo qualquer de subordinação hierárquico-administrativa. Daí a precisa observação, quanto a tal aspecto, de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("A Reforma do Poder Judiciário", vol. I/175, 1979, Saraiva): "O Ministério Público é funcionalmente independente, porquanto, apesar de órgão da administração pública, não é ele instrumento à mercê do governo e do Poder Executivo. (...). Independente é, também, o Ministério Público,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da magistratura judiciária, que, sobre ele, nenhum poder disciplinar exerce. Entre o juiz e o promotor de justiça, existem relações de ordem processual tão-somente. Não cabe ao magistrado judicial dar ordens ao Ministério Público, no plano disciplinar e da jurisdição censória (...).” (grifei) A existência, em um mesmo processo, de opiniões ou pronunciamentos eventualmente conflitantes emanados de membros do Ministério Público que hajam oficiado, na causa, em momentos sucessivos, não traduz, só por si, ofensa ao postulado do Promotor Natural, pois a possibilidade desse dissídio opinativo há de ser analisada e compreendida em face dos princípios, igualmente constitucionais (CF, art. 127, § 1º), da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público. Oportuna, a esse respeito, a lição de EMERSON GARCIA (“Ministério Público: Essência e limites da Independência Funcional”, “in” Ministério Público: Reflexões sobre Princípios e Funções Institucionais, p. 79/82, item n. 4, 2010, Atlas): “Como desdobramento da garantia da independência funcional, não há qualquer óbice a que determinado agente assuma posicionamento contrário àquele adotado pelo seu antecessor na mesma relação processual. (...) Por não ser possível à lei ordinária mitigar um princípio constitucional, o interesse processual do Ministério Público não se projetará em uma linha de indissolúvel uniformidade, podendo sofrer variações em conformidade com o entendimento jurídico dos agentes oficiantes. As concepções subjetivas dos agentes devem ser preteridas pela objetividade dos fatos, ainda que sua percepção possa sofrer variações no decorrer da relação processual. O Ministério Público está vinculado aos fatos e à busca de uma decisão justa, não à peremptória opinião pessoal de determinado agente. (...).” (grifei) De outro lado, não basta a mera alegação de designação “ad hoc” do membro do “Parquet”, como deduzida na presente impetração. Impõe-se, a quem sustente ofensa ao postulado do Promotor Natural, que demonstre a concreta ocorrência de “manipulações casuísticas ou designações seletivas efetuadas pela Chefia da Instituição”, tal como esta Corte já teve o ensejo de proclamar (HC 71.429/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO).”

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo o professor Márcio Cavalcante, um dos maiores estudiosos de jurisprudência do Brasil, atualmente, o STF admite a existência do Princípio do Promotor Natural e cita o seguinte julgado da Segunda Turma sobre o referido posturlado para comprovar sua afirmação[8]:

> "*consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei*" (STF. 2ª Turma. HC 103038, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27/10/2011).

Cumpre registrar que, em 09/04/2013, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no RE 638757 AgR, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, reconheceu, também, a existência do princípio do promotor natural.

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADE DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI E INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONTENDO DUPLO FUNDAMENTO: LEGAL E CONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE CABIMENTO SOMENTE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR ENTENDER QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM TERIA ADOTADO O TEMA RELACIONADO À OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL COMO FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE PARA DECIDIR A CONTROVÉRSIA. ARGUMENTAÇÃO INSUBSISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) . 2. In casu o acórdão recorrido assentou (folha 642): "Júri. Duplo homicídio duplamente qualificado. Atuação em plenário de julgamento de promotor de justiça estranho à comarca e ao feito. Ferimento ao princípio do promotor natural. Nulidade reconhecida**. Embora não previsto expressamente em lei, o Princípio do Promotor Natural decorre de**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dispositivos constitucionais e é admitido na doutrina e na jurisprudência, ainda que comportando alguma relativização. No caso, a atuação em plenário de julgamento de um Promotor de Justiça estranho à Comarca e ao feito, sem regular designação e estando a titular da Promotoria em pleno exercício de suas funções, constitui ferimento ao referido princípio e acarreta a nulidade do julgamento. De outra banda, estando o réu preso há quase onze meses e pronunciado há cerca de sete meses, está caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa, impondo-se a concessão de habeas corpus de ofício. Apelo provido, por maioria. Habeas Corpus concedido de ofício, por maioria." 3. Agravo regimental no recurso extraordinário. Alegação de não cabimento de recurso especial, porquanto o acórdão recorrido teria adotado a violação ao princípio do promotor natural como fundamento autônomo e suficiente ao prover o recurso de apelação interposto contra a decisão proferida pelo Tribunal do Júri. Argumentação insubsistente, dado que, tendo em vista a realidade processual e os fatos jurídicos ocorridos na sessão do Júri, o Tribunal estadual assentou a violação a regras processuais e o vício no ato de designação do Promotor de Justiça que fora designação para atuar tão somente na assentada em que o recorrido seria submetido a julgamento, o que viria patentear a ocorrência de nulidade após a pronúncia, razão pela qual o recurso de apelação foi conhecido com base no artigo 593, III, "a", do Código de Processo Penal. **4. A reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "o princípio do Promotor Natural, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objeto último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei"** (Habeas Corpus nº 67.759-2/RJ, Plenário, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 01.07.1993). 5. Agravo regimental não provido. (RE 638757 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 25-04-2013 PUBLIC 26-04-2013)

Portanto, pode-se afirmar categoricamente que a Corte protetora da Constituição brasileira reconhece a existência do prinício do promotor natural conforme os diversos julgados acima citados, sendo evidente a ocorrência de overruling quanto ao tema em questão, posto que houve a superação do precedente HC 67.759 julgado em 1992.

5. CONCLUSÃO

O Presente trabalho visou explanar de forma cristalina e concisa os aspectos gereais do princípio do promotor natural. Demonstou-se que a garantia de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que assegura ao cidadão o direito de não ser submetido a um tribunal de exeção, por isso, também, deve-se proibir por extensão o acusador por exceção ou o promotor ad hoc. O reconhecimento desse postulado no ordenamento jurídico pátrio, fortalece os direitos e garantias fundamentais do cidadão, assegurando que a atuação do representante do ministério público se fundamente em critérios legais prévios.

Para melhor entendimento do tema colacionou-se a visão do Supremo Tribunal de Justiça acerca do referido mandamento principiológico ao longo dos anos, verificando-se a ocorrência de *overruling,* isto é, superação da visão de que inexistia no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do promotor natural. Por isso foram debatidas as nuances existente sobre o tema, trazendo os entendimentos mais recente do STF e dos mais renomados doutrinadores. Logo, o presente estudo cumpriu com a função de divulgar para os operadores do direito e demais leitores que têm sede pelo conhecimento na área judicial essa discussão de suma importância para o estudo do direito constitucional e processual penal brasileiro. O que nos leva a afirmar que o postulado do promotor natural é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como princípio implícito, em razão do que preceitua a Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LIII, assim como diante da posição conferida ao Ministério Público evidenciada pelo princípio da independência funcional e garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade do *parquet.*

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; ´TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penl.** 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo**. Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Situação na qual não houve violação ao Princípio do Promotor Natural**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/48653af2e798bc96b6ef0b76d8a02139>. Acesso em: 22/12/2019

_____. **Sustentação oral do MP pode discordar do parecer oferecido por outro membro do Parquet.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ba053350fe56ed93e64b3e769062b680>. Acesso em: 22/12/2019

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural Atribuição e Conflito**. 5 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense.

CORDEIRO, Taiana Levinne Carneiro Cordeiro, VALDEC, Francisco dos Santos ; VIEIRA JÚNIOR, Pedro Vieira Júnior; BRANDÃO, Marcos Lorêdo Brandão. **Princípio do promotor natural. Publicado em 09/2015**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/42927/principio-do-promotor-natural> . Acesso em 20/12/2019

LENZA, Pedro **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 1509-1510.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6 ed. São Paulo Rt, 2000. P. 92.

REMONATO, Felipe**. Ideia de promotor natural é prevista pela Constituição. Acesso em 16//08/2013** <http://www.conjur.com.br/2011-mai-02/principio-promotor-natural-previsto-constituicao-federal>.

NOTAS:

---

[1] LENZA, Pedro **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 1509-1510.

[2]CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural Atribuição e Conflito**. 5 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense.

[3] BULOS, Uadi Lammêgo**. Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, 2010, págs. 669/670

[4] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6 ed. São Paulo Rt, 2000. P. 92.

[5] CORDEIRO, Taiana Levinne Carneiro Cordeiro, VALDEC, Francisco dos Santos ; VIEIRA JÚNIOR, Pedro Vieira Júnior; BRANDÃO, Marcos Lorêdo Brandão. **Princípio do promotor natural. Publicado em 09/2015**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/42927/principio-do-promotor-natural> . Acesso em 20/12/2019

[6] LENZA, Pedro **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 1513

[7] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Sustentação oral do MP pode discordar do parecer oferecido por outro membro do Parquet.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ba053350fe56ed93e64b3e769062b680>. Acesso em: 22/12/2019

[8] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Situação na qual não houve violação ao Princípio do Promotor Naturala**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/48653af2e798bc96b6ef0b76d8a02139>. Acesso em: 22/12/2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ATIVISMO JUDICIAL E O STF

WILSON CESAR CARVALHO:
Acadêmico de Direito no Centro Universitário Iesb – Brasília/DF.

SUZANA VIDAL DE TOLEDO BARROS[1]

(Orientadora)

Resumo: O presente artigo analisa o ativismo judicial no Brasil e o protagonismo do STF nesse contexto. Para tanto, são abordados os fenômenos da criatividade judiciária, da jurisdição constitucional e da judicialização da política e das relações sociais. A partir daí, buscam-se os fatores que levam ao protagonismo do STF no cenário político do país. Por fim, analisa-se a reação do Poder Legislativo à crescente hegemonia do STF dentre os demais Poderes da República.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Judicialização. Ativismo judicial. STF. *Backlash*.

Abstract: This article analyzes judicial activism in Brazil and the role of STF in this context. For that, the phenomena of judicial creativity, constitutional jurisdiction and judicialization of politics and social relations are approached. From there, we look for the factors that lead to the STF protagonism in the country's political scenario. Finally, the reaction of the legislative power to the growing hegemony of the STF among the other powers of the republic is analyzed.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Judicialization. Judicial activism. STF. Backlash.

1.INTRODUÇÃO

Uma das novidades institucionais do Brasil, nos últimos trinta anos, foi a ascensão do Poder Judiciário. Com a retomada do regime democrático e as garantias da magistratura implementadas pela Constituição da República de 1988, os juízes e tribunais deixaram de ser meros órgãos técnicos e passaram a ter participação política nas mais diversas questões econômicas e sociais, as quais encontraram no Poder Judiciário sua última instância.

Esse fenômeno trouxe não só aplausos, mas também críticas. Questiona-se sobre a legitimidade da função judicial para exercer tais competências, sob o argumento, dentre outros, de que os quadros do Poder Judiciário não são formados a partir da vontade popular – como os do Executivo ou do Legislativo -, mas sim por critérios técnicos. Cria-se, assim, para os formalistas, um *deficit* democrático do Judiciário, para uma atuação que transcende a área técnico-jurídica e invade a esfera política.

Posto isso, estaria a crescente participação do Poder Judiciário, em especial do STF, nas mais diversas questões políticas, econômicas e sociais no Brasil, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consonância com as competências positivadas na Constituição da República? Até que ponto a atuação de um Poder na esfera de competências de outro é legítima? Quais os fatores que levam ao protagonismo do Poder Judiciário no cenário político do Brasil? Finalmente, qual a reação do Poder Legislativo a esse protagonismo?

2.JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E JUDICIALIZAÇÃO

No cenário político brasileiro atual, à vista de todos, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal, como última palavra em questões diversas, que vão de matérias de extrema relevância e alcance universal, como a união homoafetiva, até assuntos *interna corporis* dos demais Poderes da República, como a nomeação de ministros do Poder Executivo.

Trata-se do fenômeno de *jurisdição constitucional* exercida pelo órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, o STF. A jurisdição constitucional consiste na interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso do Brasil, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais. O eminente ministro Luís Roberto Barroso, com extrema clareza, explica:

> A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. (BARROSO, 2011, 359)

A jurisdição constitucional é característica do chamado Estado Constitucional de Direito, em que vale a supremacia da Constituição, como norma jurídica que não somente disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, mas também

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estabelece limites para o seu conteúdo e impõe deveres de atuação ao Estado. E a interpretação dessas normas constitucionais – e garantia de sua efetividade - se dá por meio de um tribunal constitucional ou suprema corte – no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal -, cuja última palavra possui efeito vinculante.

Tal desenho institucional leva à judicialização da política e das relações sociais, na medida em que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas em última instância pelo Poder Judiciário, implicando transferência de poder para o Judiciário, em especial o STF, que assume relevante protagonismo no contexto político e social do país. Barroso aponta causas de natureza diversa ao fenômeno da referida judicialização. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Poder Judiciário forte e independente, importância essa positivada no texto constitucional de 1988. A segunda é a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral. Há, ainda, uma terceira causa, segundo o ministro, que consiste na preferência de determinados atores políticos no sentido de que o Poder Judiciário decida questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade, evitando-se, assim, desgaste na deliberação de temas divisivos.

3.ATIVISMO JUDICIAL

Resultado dessa retração do Poder Legislativo brasileiro, a qual muitas vezes impede que demandas sociais sejam atendidas de forma efetiva, é a forma proativa de se interpretar o texto constitucional observada atualmente e à qual a doutrina denomina ativismo judicial. Nas palavras do eminente ministro Luís Roberto Barroso, "a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios." (BARROSO, 2011, 365)

Ainda segundo Barroso, "o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)" (BARROSO, 2011, 366).

> O ativismo judicial pode apresentar duas faces opostas entre si. A primeira, negativa, dá espaço para que juízes, muitas vezes, façam prevalecer entendimentos subjetivos, em detrimento de dispositivos legais, usurpando a competência legislativa ordinária, violando a separação de Poderes e consequentemente ferindo o Estado Democrático de Direito; a segunda, positiva, permite que o Poder Judiciário corrija defeitos e omissões do Poder Legislativo, atuando de forma ativa, a fim de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, principal alicerce da Constituição da República.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A intervenção indevida do Poder Judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes implica insegurança jurídica, retirando do cidadão uma de suas mais valiosas garantias. Com a mitigação do princípio da segurança jurídica, perde-se a necessária estabilidade nas relações entre o Estado e o cidadão, bem como nas relações entre estes últimos. Perde-se também a imparcialidade técnica do julgador, necessária para a solução dos conflitos de forma que se chegue à paz social. Resta prejudicado, ainda, nesse cenário, o bom funcionamento das instituições, dando-se superpoderes ao Judiciário.

Por outro lado, a utilização do Poder Judiciário - em especial do Supremo Tribunal Federal - para decidir matérias que foram objeto de omissão ou abuso dos demais Poderes constitui valioso instrumento de salvaguarda da Constituição e do princípio da dignidade da pessoa humana. Sem esse ativismo, assuntos como a união homoafetiva ainda estariam às margens da lei. Portanto, tal atuação proativa do Poder Judiciário, prevista inclusive no texto constitucional, desde que na medida certa, possui legitimidade e constitui importante ferramenta em prol do bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

4.CRIATIVIDADE JURISPRUDENCIAL

Como embasamento teórico para o assunto, entendemos relevante discutir, a princípio, o direito jurisprudencial - sua origem, virtudes e debilidades -, bem como as causas e os efeitos da intensificação da criatividade jurisprudencial.

O primeiro aspecto a ser examinado consiste na verificação acerca do papel do juiz - se ele é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa na criação do direito. Trata-se de questão antiga, mas que experimenta vívida atualidade, diante da crescente participação do Poder Judiciário em questões que, em princípio, pertenceriam à esfera de atuação de outros Poderes.

Seriam, portanto, "interpretação" e "criação do direito" conceitos contrapostos? Atualmente, a doutrina majoritária ensina que, pelo contrário, os dois conceitos relacionam-se entre si, na medida em que, em toda interpretação, há ao menos um mínimo grau de criatividade. "Chief Justice" da Austrália, Sir Garfiled Barwick, já em 1979, com extrema clareza, explicava que "a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária." (1980, p.239-240 *apud* CAPPELLETTI, 1993, p.20). Essas ambiguidades e incertezas, portanto, devem ser resolvidas pelo intérprete, que não somente as esclarece, mas também preenche lacunas e adapta o sentido ao caso concreto e à realidade social, a qual não é estanque.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Avancemos, então, a um segundo ponto na discussão sobre a criatividade judiciária. Superado o questionamento sobre a sua existência, devemos analisar o modo, os limites, o grau de criatividade, bem como a legitimidade dela. Tais aspectos tendem a variar de acordo com o caso concreto, respeitando, como não poderia deixar de ser, a fronteira da razoabilidade. Como ensina Cappelletti,

> o reconhecimento de que é *intrínseco* em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha -, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. (CAPPELLETTI, 1993, 23).

Os juízes devem ser criativos na proporção em que o caso concreto lhes exige. "Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores." (CAPPELLETTI, 1993, 74) A variação nesse grau de criatividade, dependerá, portanto, do caso concreto e das necessidades que este apresentar.

Com relação aos limites da criatividade judiciária, existem dois pontos de vista por meio dos quais eles devem ser analisados. Do ponto de vista material, a criatividade judicial não diverge da criatividade legislativa. Ambas são formas de se criar o direito e devem respeitar, em maior ou menor medida, limites substanciais a elas impostos. Já do ponto de vista processual, os Poderes Judiciário e Legislativo possuem formas de atuação totalmente diferentes entre si, no tocante à criação de normas jurídicas.

O juiz sofre de passividade no plano processual. São regras fundamentais da "justiça natural" a *nemo judex in causa propria*, que exige que o juiz não decida sobre aquilo em que ele seja parte interessada, e a *audiatur et altera pars*, que impõe o caráter contraditório do processo. Não menos importante é uma terceira regra, a *ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*, a qual impõe atitude passiva, no sentido de o juiz não poder iniciar *ex officio* um processo. Portanto, a atuação do magistrado é bem distinta, em termos processuais, daquela do parlamentar. Embora a natureza de sua atuação seja inegavelmente política, os órgãos judiciais possuem métodos de atuação e de argumentação jurídicos.

Existe também o aspecto, não menos relevante, da legitimidade democrática da criatividade jurisprudencial – ou a falta dela. Os críticos de tal criatividade alegam que há maior grau de legitimidade na criatividade jurídica de legisladores e administradores públicos, democraticamente eleitos, do que na de magistrados, os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quais não passam pelo crivo popular direto. É o que a teoria constitucional denomina *dificuldade contramajoritária*.

Ocorre, no entanto, que, a despeito de os primeiros, no Brasil, por exemplo, serem eleitos diretamente, e em voto universal, pelos cidadãos, o que observamos é a preferência, da maior parte desses políticos, pela defesa de interesses de grupos de grande poder político e econômico, e não da massa de eleitores comuns. Por sua vez, os magistrados têm nas atribuições constitucionalmente a eles outorgadas, bem como na obrigação de imparcialidade e de busca da justiça, credenciais suficientes para, a nosso ver, gozarem de legitimação democrática para criar o direito, dentro de seus devidos limites. Segundo Barroso, "idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade." (BARROSO, 2013, 411). Cappelletti reforça essa assertiva, quando afirma que "certamente, o respeito por parte dos juízes àquelas regras fundamentais de antiga sapiência, que, como afirmamos, determinam a "natureza" da função jurisdicional, constitui uma fonte de legitimação diversa da dos poderes políticos." (CAPPELLETTI, 1993, 103)

Resta claro, portanto, que a criatividade jurisprudencial é consequência da necessária interpretação das leis e que possui atributos processuais diversos da criatividade legislativa típica. Observa-se, ainda, uma intensificação dessa criatividade nos dias atuais. Quais seriam, então, as causas históricas para esse fenômeno?

A primeira delas, nas palavras do filósofo Morton G. White, citado por Cappelletti (CAPPELLETTI, 1993, p. 31), diz respeito à revolta contra o formalismo. O formalismo elegia o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, inibindo o elemento discricionário nas decisões dos juízes. A referida revolta, por sua vez, conduziu à descoberta de que o papel do juiz é muito mais complexo, na medida em que suas decisões envolvem escolhas não só jurídicas, mas também morais e políticas.

Outra causa da intensificação da criatividade jurisprudencial reside na implementação e no desenvolvimento do Estado do bem-estar, o *welfare state*. Criaram-se, a partir do início do século XX, políticas de proteção aos cidadãos, com o consequente crescimento do papel do Estado na vida das pessoas. Esse crescimento se deu, em um primeiro momento, sobretudo no âmbito do Poder Legislativo, com a criação de um grande conjunto de leis protetoras de direitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sociais. Após, de forma gradual, veio o crescimento do Poder Executivo, à medida que o Estado passou a ter uma maior ingerência sobre a vida das pessoas.

Diante desse cenário, cresceu em complexidade e atribuições a atividade jurisdicional. É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária, como consequência de uma legislação mais extensa, pautada em grande medida nos direitos sociais, muitas vezes de conteúdo programático, e de um Estado administrativo, que abarca funções as quais, em um estado tipicamente liberal, não seriam suas. Preservam-se, assim, a harmonia entre os três Poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Também contribui para o crescimento da criatividade jurisdicional o declínio da confiança nos parlamentos e no Poder Executivo. Padece o Poder Legislativo de crescente falta de confiança perante a sociedade comum. O Poder Executivo, por sua vez, diante da sua onipresença nos mais variados assuntos, tornou-se potencialmente repressivo. Nesse cenário, surge a magistratura como instrumento de controle dos poderes políticos e, consequentemente, de proteção dos cidadãos e da sociedade em geral, contra eventuais abusos.

Mas o crescimento das funções jurisdicionais também traz alguns riscos, como bem alerta Cappelletti:

> Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Existe, antes, certa semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitoriedade policialesca. (CAPPELLETTI, 1993, 49)

Há, ainda, além do seu já mencionado caráter antidemocrático, outros argumentos negativos, no que diz respeito à criatividade jurisdicional. Alega-se a dificuldade, para o cidadão comum, em ter informação adequada do direito jurisdicional. O mundo do direito exige conhecimento técnico para sua plena compreensão, conhecimento esse não acessível à maioria das pessoas. Essa dificuldade tem sido amenizada, por meio de mecanismos como as súmulas, a assistência jurídica gratuita aos menos privilegiados e as audiências públicas; fala-se também da eficácia retroativa das decisões judiciais, que abalariam a necessária segurança jurídica. Quanto a esse aspecto, também já há mecanismos, como a modulação de efeitos, no controle de constitucionalidade; alega-se, ainda, que os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

juízes não dispõem de recursos para agir como força criadora de direito, fato que pode ser atenuado por pareceres técnicos e perícias, disponíveis ao Poder Judiciário. Por fim, e como bem se observa no cenário nacional contemporâneo, a transferência do debate público para o Poder Judiciário leva uma dose excessiva de politização aos tribunais, transformando um ambiente que deveria ser de imparcialidade e razoabilidade em um palco de embates políticos acalorados.

Esse estudo, por fim, acaba por defender a expansão da criatividade judiciária nas sociedades contemporâneas. Expansão que deve se dar de acordo com a realidade do país em questão. São diversos os fatores a serem analisados, sendo que o mais relevante deles talvez seja o sistema jurídico – *civil law* ou *common law* - de cada país. O *civil law* tem nas normas jurídicas a principal fonte do direito. O *common law*, por sua vez, baseia-se essencialmente em costumes e precedentes judiciais. Tradicionalmente, enquanto no *common law* as decisões judiciais possuem naturalmente maior relevância, no *civil law* a lei continua sendo o norteador soberano das decisões judiciais. O *civil law* possui juízes mais técnicos e cortes superiores mais fragmentadas, enquanto o *common law* possui relevantes cortes constitucionais e nele o direito se dá de forma mais politizada.

O que se observa, ao longo das últimas décadas, é a mitigação dessas diferenças, com a criação de cortes constitucionais em países tradicionalmente adeptos do *civil law*, bem como com a expansão da criatividade judiciária neles, em proporções similares aos países de *common law*. O Brasil, país tradicionalmente adepto do *civil law*, tem vivenciado nos últimos anos, desde a redemocratização, um fortalecimento do papel do Poder Judiciário e, sobretudo, de sua Corte Constitucional, tendo como consequência a expansão da criatividade jurisdicional. Com a redemocratização do país, recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ter um papel essencialmente técnico e passaram a desempenhar uma função política, dividindo espaço com os Poderes Legislativo e Executivo. Esse cenário promoveu o estreitamento da relação da sociedade com o Poder Judiciário, suscitando questões complexas a respeito da extensão dos poderes de juízes e tribunais.

Nesse contexto de expansão das atribuições do Poder Judiciário, em um sistema político pautado na Constituição, verifica-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que leva ao ativismo judicial e tem reforçado a função do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, na proteção dos direitos fundamentais e na garantia do respeito às regras do jogo democrático. Como salienta o ministro Barroso, "eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e não contra a democracia." (BARROSO, 2011, 371). Entretanto, nas outras situações, em que não estejam em questão os direitos fundamentais ou os ritos democráticos, o Poder Judiciário deve, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, acatar as escolhas legitimamente feitas pelo legislador e o exercício da discricionariedade razoável de competência do administrador público.

5.RAZÕES PARA O PROTAGONISMO DO STF

No Brasil, a cada dia, intensifica-se a judicialização da política e das relações sociais. Questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas em última instância pelo Poder Judiciário, implicando transferência de poder, em especial para o STF, o qual assume relevante protagonismo no contexto político e social do país. Conforme já mencionado neste trabalho, pode-se apontar causas de naturezas diversas ao fenômeno da referida judicialização.

A primeira delas é a garantia de um Poder Judiciário forte e independente dada pela Constituição de 1988. A Carta Magna assegura aos tribunais, como forma de garantia institucional, a autonomia orgânico-administrativa, que compreende independência na estruturação e funcionamento de seus órgãos. Assegura também a autonomia financeira, como independência na elaboração e execução de seus orçamentos. Existem, ainda, as garantias dadas pela Constituição aos juízes, para que estes possam manter sua independência e exercer a função jurisdicional com dignidade e imparcialidade. José Afonso da Silva (SILVA, 2011, p. 588-592) classifica essas garantias em duas categorias: garantias de independência dos órgãos judiciários e garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários. As garantias de independência são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. As garantias de imparcialidade, por sua vez, aparecem na Constituição sob a forma de vedações aos juízes, como as de exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério, e a de dedicar-se à atividade político-partidária.

O segundo fator que leva ao atual protagonismo do STF é a crise de representatividade e funcionalidade do parlamento brasileiro. Inevitável citar, em primeira análise, o descrédito dos políticos e partidos políticos em geral, reconhecidos pela opinião pública como corruptos e alheios aos interesses da população como um todo. Tal crise de representatividade entre o povo e os políticos que compõem a Câmara dos Deputados, casa legislativa que deveria representar os interesses daqueles, é constatada na atual composição desta. De acordo com reportagem divulgada pela Pública, agência de jornalismo investigativo (MEDEIROS, 2016), no ano de 2016, dos 513 deputados, mais de duzentos integravam a chamada bancada agropecuária, enquanto pouco mais que vinte parlamentares eram associados à causa dos direitos humanos. Essa proporção,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

seguramente, não se alterou substancialmente na atual legislatura. Igualmente expressivas e poderosas são as bancadas que representam os interesses dos empresários, das igrejas evangélicas e das empreiteiras e construtoras. Sendo assim, fácil se torna inferir que a casa legislativa que deveria representar os interesses da população em geral, na realidade, legisla em prol das causas dos setores mais poderosos do país – e o mesmo, pela mesma lógica, ocorre no Senado Federal.

Não bastasse essa falta de sintonia entre as ações legislativas e os interesses da população em geral, são inúmeros os exemplos de situações de mora ou mesmo omissão do parlamento, com relação a questões de relevante conteúdo social. Pode-se citar o emblemático caso da união homoafetiva, cuja positivação no Código Civil não ocorreu até hoje. Não fosse decisão do STF, nos casos da ADI 42 e da ADPF 132, em 2011, a união estável entre casais homoafetivos não estaria reconhecida no Brasil, ainda em 2019.

Outra atuação relevante - e mais recente - do STF na adaptação do ordenamento jurídico aos anseios da sociedade e que bem retrata a omissão do Congresso Nacional no tratamento de determinados temas deu-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO - 26. No referido julgamento, o sentido da expressão "raça" foi alargado, mediante interpretação conforme a Constituição, de forma a abranger, ainda que provisoriamente, atos tidos como homofóbicos ou transfóbicos, tipificando-os como "racismo social". Observa-se, no referido episódio, que, se, de um lado, suprimiu-se a garantia constitucional da estrita legalidade das normas incriminadoras, por outro lado, o STF tornou efetivas as imposições constitucionais que outorgam importante proteção estatal aos integrantes da comunidade LGBT.

Há, ainda, uma terceira causa para o protagonismo do STF, consistente na preferência de determinados atores políticos por que o Poder Judiciário decida questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade, evitando-se, assim, desgaste na deliberação de temas divisivos. Aborto e maioridade penal são exemplos de temas complexos e de difícil consenso que vêm sendo evitados pelo parlamento brasileiro, não obstante sua relevância e atualidade no contexto social. Como prova dessa falta de interesse político do Congresso em tratar desses temas, basta mencionar que a proposta de emenda à Constituição – PEC - 115, que trata da redução da maioridade penal, a qual atualmente se encontra na CCJ do Senado, tramita no parlamento desde 1993. Diante dessa inércia legislativa, algumas dessas demandas acabam chegando até o STF, que vem assumindo a responsabilidade de decidir a respeito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, o STF, investido de poderes pela Constituição Federal de 1988, diante da crise de representatividade entre o povo e seus mandatários e da omissão destes na deliberação sobre assuntos sensíveis à sociedade, vem assumindo crescente protagonismo na cena política nacional, por meio de decisões com repercussão geral. Vale ressaltar que não se trata unicamente de prerrogativa, mas também de papel irrenunciável do STF, o de guardar e defender a Constituição, assegurando que os princípios, valores e ideais que norteiam a Carta Magna sejam cumpridos e concretizados na vida do cidadão e no convívio da sociedade.

6.**REAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO E BACKLASH**

O crescente protagonismo do Poder Judiciário, em especial do STF, no cenário político-social brasileiro traz como uma de suas consequências um engajamento político da população com relação ao que vem sendo decidido pela Suprema Corte. Outra consequência diz respeito ao inevitável descontentamento do Poder Legislativo, ao qual, por óbvio, não interessa a perda de espaço e força política. Esse engajamento social produz reações que, quando negativas, juntamente com mobilizações do Congresso Nacional contrárias às decisões judiciais, fazem parte do que a teoria constitucionalista denomina *efeito backlash*. O *efeito backlash* é definido, em linhas gerais, como as mais significativas reações sociais e institucionais negativas às decisões do Judiciário que interpretam o texto constitucional.

Discute-se hoje a respeito da extensão dos efeitos indesejados no *backlash*, mas muitos defendem que o fenômeno promove o debate público e fortalece o regime democrático. De acordo com Katya Kozicki:

> O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático. (KOZICKI, 2015, p. 194).

Da mesma forma, o ministro do STF Luiz Fux, relator no julgamento da ADI 5.105/DF, salienta a importância do amplo debate no regime democrático, ao tecer as seguintes considerações, em seu voto:

> 1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes.
>
> 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República.
>
> 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

Importante consignar que as referidas reações não significam necessariamente ter sido inadequada a interpretação que delas foi objeto. Decisões a respeito de temas sensíveis jamais gozarão de aceitação unânime da sociedade, ainda mais quando atacam entendimentos já consagrados ao longo do tempo. De fato, o efeito *backlash*, via de regra, é consequência do rompimento ocasionado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pela decisão judicial com relação ao *status quo*, conforme leciona Vanice Regina Lirio do Valle:

> É de Krieger (2001, p.1-76) a explicitação de que o *backlash* resulta de uma relação entre um regime legal instituído para promover uma mudança social, e o sistema de normas e práticas consolidadas destinatário dessa nova disciplina normativa. O *backlash* tende a emergir quando a aplicação de um regime legal transformativo gera resultados que divirjam visceralmente da normatização já consagrada ou de instituições em relação às quais segmentos influentes da população mantenham uma consciente e significativa fidelidade normativa. [...] Está-se então no plano puro e simples da manifestação do dissenso a uma alteração brusca do status quo – sem que se possa afirmar aprioristicamente que essa divergência seja em si boa ou ruim; o que ela expressa é em princípio, o descontentamento com a solução. A reação à mudança brusca – e em síntese é disso que se cuida quando se alude a *backlash* – só pode receber signo valorativo quando se tem uma avaliação sobre a bondade ou maldade do regime anterior (superado pela decisão) que funcione como elemento de orientação quanto à pertinência da mudança em si. (VALLE, 2013, p. 9).

O ativismo judicial do STF se dá, na maioria das vezes, em defesa de direitos fundamentais e no sentido da inovação legislativa. Sendo assim, observa-se, em regra, um efeito *backlash* conservador, no sentido da manutenção do *status quo*. Podemos citar como exemplos o crescimento de vozes favoráveis ao Estatuto da Família, frente ao reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas pelo STF, bem como o Estatuto do Nascituro, diante da decisão da Suprema Corte que autorizou o aborto de fetos anencefálicos.

Na medida em que as decisões decorrentes do ativismo judicial promovem certo enfraquecimento do Poder Legislativo – seja no caráter criativo de decisões judiciais de repercussão geral, seja no controle externo que o Judiciário termina por exercer sobre os demais Poderes -, surge a conceituação de efeito *backlash* também como reação do Poder Legislativo contra o protagonismo do Poder Judiciário. Entendemos que o *backlash*, em sua face institucional, limita-se à primeira hipótese, na qual decisões judiciais de repercussão geral vão de encontro ao sistema normativo vigente, provocando reações do Poder Legislativo a partir de grupos com relevante representação neste.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As decisões de mérito proferidas pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADPF - possuem eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante, como determina o § 2º do art. 102 da CF/88 (No caso da ADPF, esses efeitos estão descritos no art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99):

> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Como se pode observar pelo dispositivo constitucional acima, as referidas decisões não vinculam o Poder Legislativo em sua função típica de legislar. Tampouco vinculam o plenário do STF, que pode mudar seu entendimento sobre a constitucionalidade de uma norma, diante de eventuais mudanças no cenário político, econômico ou social do país. Essas limitações ao alcance das decisões da Suprema Corte visam a evitar o que o ministro Fux, em seu voto supracitado, denominou *fossilização do conteúdo da Constituição*. Conforme Pedro Lenza bem esclarece, "O legislativo, assim, poderá, inclusive, legislar em sentido diverso da decisão dada pelo STF, ou mesmo contrário a ela, sob pena, em sendo vedada essa atividade, de significar inegável petrificação da evolução social." (LENZA, 2014, 359)

Vivenciou-se, há poucos anos, situação emblemática envolvendo a vaquejada. Em 2013, o Ceará editou a Lei 15.299, que regulamenta a atividade no estado. O Procurador Geral da República, no entanto, ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4983/CE) contra a lei, alegando que as práticas por ela regulamentadas constituem crueldade contra os animais, o que é vedado pelo art. 225, § 1º, VII, da CF/88. O STF reconheceu a inconstitucionalidade da referida lei, bem como da atividade, mesmo reconhecendo a importância desta como manifestação cultural regional, em razão do art. 225, § 1º, VII, da CF/88, *in verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies **ou submetam os animais a crueldade**. (*grifo nosso*)

Pouco mais de um mês após a decisão do STF, o Congresso Nacional editou a lei 13.364/2016, elevando o rodeio e a vaquejada, bem como as respectivas manifestações artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.

> Art. 1º Esta Lei eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.
>
> Art. 2º O Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, passam a ser considerados manifestações da cultura nacional.

Ainda, alterou a própria Constituição Federal, inserindo a previsão expressa de que são permitidas práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> (...)
>
> § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outro claro exemplo de efeito *backlash* diz respeito à possibilidade de execução provisória da pena, após condenação em segunda instância. Este tema tem grande impacto na sociedade e já foi objeto de muita discussão no Brasil, tendo o STF mudado seu entendimento algumas vezes, ao longo dos últimos dez anos. Até fevereiro de 2009, o STF entendia ser possível a execução provisória da pena. No dia 05 do referido mês, ao julgar o *Habeas Corpus* (HC) 84078, a Suprema Corte mudou seu posicionamento e passou a proibi-la antes do trânsito em julgado.

No dia 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o HC 126292, o STF voltou a decidir pela possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Tal decisão teve grande repercussão nos processos criminais relativos à Operação Lava Jato – conjunto de investigações que revelou um gigantesco esquema de lavagem de dinheiro público. Viabilizou-se, assim, a prisão de diversas autoridades públicas e de grandes empresários condenados em segunda instância, os quais antes se beneficiavam da morosidade do Poder Judiciário e do infindável número de recursos processuais penais à mão daqueles que podem dispor de bons e caros advogados.

Com essas prisões, criou-se um sentimento, no Brasil, pela primeira vez em sua história, de que a lei, de fato, é para todos, e que a elite da sociedade responde, sim, pelos crimes que cometer. Além disso, os envolvidos em esquemas de corrupção, encurralados pelo fim da impunidade no moroso sistema processual criminal brasileiro, passaram a colaborar com as investigações, por meio da delação premiada, instituto criado no país em 1990, mas que ganhou maior relevância com a possibilidade da execução provisória de pena.

Esse período de maior rigor do entendimento jurisprudencial findou, em 07 de novembro de 2019, com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54. Na oportunidade, o STF voltou a proibir a execução provisória da pena, ao afirmar que o cumprimento da pena só pode ter início com o esgotamento de todos os recursos. A decisão teve como consequência a libertação de milhares de condenados em segunda instância, dentre eles figurões da política nacional e poderosos empresários, e não foi vista com bons olhos por grande parte da população, a qual percebe na execução provisória da pena importante ferramenta no combate aos crimes de colarinho branco.

Nesse diapasão, as duas Casas do Congresso Nacional sinalizaram no sentido de acelerar a tramitação de Propostas de Emenda à Constituição (PECs) que positivam no Texto Constitucional a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância. Na Câmara dos Deputados tramita a PEC 410/18; no Senado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Federal, a PEC 5/2019. A primeira visa a alterar o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso; a segunda tem como objeto o inciso XVI do art. 93 da CF/88, positivando a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado.

Resta saber se, não obstante a clara tendência da maior parte da sociedade brasileira no sentido de apoiar essa pauta, os congressistas realmente trabalharão para aprovar mudanças na legislação que possam prejudicar – e colocar atrás das grades - diversos políticos e financiadores de campanhas que figuram no polo passivo de ações penais, ou se este efeito *backlash* se resume tão somente a mais um jogo de cena, para uma plateia inquieta, até que se esfriem os ânimos.

Além do efeito *backlash*, temos também demonstrações de verdadeira reação de autodefesa institucional, em que o Poder Legislativo tem reagido, não pontualmente a uma eventual decisão do Poder Judiciário, mas à crescente ampliação do espaço institucional deste. Dentre essas reações, escolhemos abordar duas, que nos chamam especial atenção. A primeira delas, dirigida especificamente contra o STF, materializou-se na Proposta de Emenda à Constituição – PEC – 33/2011. A referida PEC propunha medidas que aumentavam o controle sobre a atuação da Suprema Corte, criando mecanismos de revisão, ou ratificação, de seus julgados. A segunda evidência da reação do Poder Legislativo ao ativismo judicial consiste no Projeto de Lei de abuso de autoridade – PL 7596/2017 -, endereçado sobretudo às atividades do Poder Judiciário e do Ministério Público.

A PEC 33/2011 surgiu no já exaustivamente comentado contexto de tensão institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Ela sugeria alterações nos artigos 97, 102 e 103-A da Constituição Federal - dispositivos insertos no capítulo relativo ao Poder Judiciário. Seu texto impunha o aumento do quórum para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, o qual passaria para quatro quintos, o condicionamento do caráter vinculante das súmulas do STF à prévia aprovação pelo Poder Legislativo, bem como a submissão das decisões que declarem a inconstitucionalidade de emenda constitucional à análise do Congresso Nacional. Tais medidas provavelmente levariam a um significativo enfraquecimento do ativismo judicial no Brasil e ao fortalecimento do Poder Legislativo. No entanto, resta saber se dessas mudanças prevaleceria uma maior harmonização entre os Poderes ou o aumento das discrepâncias entre o sistema normativo vigente e os anseios da sociedade. Finalmente, no início da legislatura iniciada em 2015, a referida PEC foi arquivada, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em razão de sua tramitação não ter sido concluída na legislação

que vigorou entre 2011 e 2014. Houve, ainda, tentativa de desarquivamento da PEC, no ano de 2019, que não foi exitosa.

O Projeto de Lei de Abuso de Autoridade – PL 7596/2017 –, por sua vez, foi apresentado no Senado Federal, em 2016, pelo senador Renan Calheiros, e aprovado na referida casa legislativa, em 2017. Desde então, encontrava-se parado, na Câmara dos Deputados. Em 2019, em um cenário político favorável a ele em razão da divulgação pelo site *The Intercept* Brasil de mensagens entre membros da Operação Lava-jato, o projeto foi aprovado, em regime de urgência, pela Câmara, e enviado para a sanção – ou veto - do presidente da república. O chefe do Executivo vetou trinta dispositivos, e dezoito desses vetos foram derrubados pelo Congresso Nacional. A já publicada Lei 13.869/2019 dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder a ele atribuído. Existe uma intensa disputa em torno desse diploma legal, havendo, inclusive, já aguardando apreciação do STF, ADIs da Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e da Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e Distrito Federal (Anafisco) que questionam alguns de seus artigos.

Esses são apenas alguns dos inúmeros exemplos de embate entre os Poderes Legislativo e Judiciário que retratam a subjetividade da tênue, sensível e muitas vezes obscura linha que divide suas atribuições constitucionais. Certo é que se trata do tipo de situação necessariamente presente em uma real democracia, na qual a separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos coexistem em um complexo ambiente social, muito diferente da precisão das ciências exatas.

6.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Luiz Roberto Barroso, a judicialização é fato; o ativismo judicial, atitude. A judicialização, que representa a transferência de poder político para o Judiciário, é consequência da constitucionalização vigente no país. Constitucionalização esta que concedeu ao cidadão amplo acesso à justiça, tornou a Carta Magna abrangente base central para o ordenamento jurídico - ao redor da qual orbitam os diversos diplomas legais - e implementou um robusto sistema de controle de constitucionalidade, que concentra poderes nas mãos do Judiciário - dentre eles o de dar a palavra final no tocante à validade das normas jurídicas. O ativismo judicial, por sua vez, ganha espaço à medida que o Poder Legislativo não exerce sua função típica a contento, resultando na aplicação pelo Judiciário de princípios a situações não alcançadas pela lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A judicialização é fenômeno derivado do lugar central que o texto constitucional ocupa em nosso ordenamento jurídico, como importante garantidor de direitos e garantias fundamentais. Está associada a um valoroso papel contramajoritário dos tribunais, situação em que estes invalidam leis e atos normativos em desacordo com os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Diz respeito também ao importante papel representativo do Poder Judiciário, em especial do STF, no atendimento a demandas sociais, em caso de omissão ou morosidade do Poder Legislativo.

O ativismo judicial, por sua vez, além do caráter representativo, tem estreita relação com um papel iluminista do Judiciário, também de extrema importância, mas que se deve dar em caráter extraordinário e com parcimônia, sob o risco de excessiva politização deste Poder. Tal papel consiste, nas palavras de Barroso, em empurrar a história, impondo-se a razão humanista sobre o senso comum majoritário. Conforme já exposto neste trabalho, o direito está sempre associado à política, na medida em que nenhuma norma jurídica é isenta de interpretação. No entanto, a fim de se manter dentro da imparcialidade exigida pela atividade jurisdicional, o juiz deve agir conforme uma única vontade pré-existente, que é aquela do ordenamento jurídico vigente – e isso não exclui, por óbvio, os movimentos sociais, que são fonte materiais do direito.

O Brasil vive um momento de extrema polarização, no qual o debate político vem perdendo espaço, nas redes sociais e também nas ruas, para o discurso de violência e de ódio. Essa divisão ideológica encontrou no muro do *impeachment*, em Brasília, seu maior símbolo, em 2016, nas manifestações que antecederam à destituição da então presidente da República Dilma Rousseff. Nessas oportunidades, muros de metal dividiram ao meio a Esplanada dos Ministérios, a fim de evitar o conflito direto entre os manifestantes favoráveis e contrários ao afastamento. De 2016 até hoje, essa polarização tem aumentado e contaminado também as mais variadas instituições, as quais deveriam agir de forma impessoal, mas que têm se deixado contaminar pelo acirramento da crise política.

As instituições são formadas por pessoas, e estas possuem seus valores e opiniões. Sendo assim, não raro se verificam manifestações ideológicas vindas dos mais diversos agentes públicos, dos três Poderes. Com relação ao STF, observamos que, a despeito das opiniões e tendências pessoais dos seus ministros em um ou outro sentido, a Suprema Corte tem exercido valoroso papel moderador, de promoção do equilíbrio entre as forças sociais.

Podemos citar a Súmula Vinculante 11, do STF, a qual consolidou jurisprudência da Corte no sentido da excepcionalidade do uso de algemas. Nos últimos tempos, diante da midiatização das ações da Polícia Federal, as algemas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vinham sendo utilizadas muitas vezes de forma abusiva, expondo desnecessariamente aos *flashes* dos repórteres pessoas detidas. Outro caso emblemático do papel moderador do STF deu-se no julgamento das ADPF 395 e 444, em que o plenário da Corte declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Mais uma vez, observavam-se situações em que pessoas passavam pelo constrangimento de serem conduzidas coercitivamente a depor, sem que houvesse uma justificativa razoável.

Assim, deve exercer o Judiciário o poder de autocontenção, no sentido de julgar-se ou não competente para decidir questões que entenda da exclusiva esfera de competência de outros Poderes. Necessária também se faz uma reforma política, que, entre outros ajustes, promova um modelo legislativo capaz de produzir melhores resultados. É de suma importância para o país um Judiciário forte e independente, mas sem esquecermos que poder em excesso leva ao autoritarismo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512> Acesso em: 28 de setembro de 2018.

BARBOSA, Oriana Piske de A., Antônio Benitez Saracho. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske Acesso em: 18 de novembro de 2018.

BARRAL, W. B. Metodologia da Pesquisa Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direto Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf > Acesso em: 28 de setembro de 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRAGA, Bruno César Maciel. **O super Poder Judiciário: legítimo ativismo judicial ou volta ao decisionismo?** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/erro.html?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14435> Acesso em: 30 de setembro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição federal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17.set.2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Metrópole, 1993.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?** Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=%20revista_%20artigos_leitura&artigo_id=11605> Acesso em: 01 de outubro de 2018.

DANTAS, Bruno... [et al.]. Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. A consolidação das instituições. Volume III. 1 ed. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

GERVASONI, Tássia Aparecida, LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Ativismo judicial? O "antes" e o "depois" da Constituição de 1988 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um estudo a partir da noção de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Pensar** – Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 953/970, set./dez. 2013.

GOMES, Eva. **As duas faces do ativismo judicial**. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/40366/as-duas-faces-do-ativismo-judicial> Acesso em: 30 de setembro de 2018.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 17 nov. 2018.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052> Acesso em: 30 de setembro de 2018.

KOZICKI, Katya. Backlash: as "reações contrárias" à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua*: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. Acesso em: 12 setembro 2019.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAILLART, Adriana Silva. O alcance do acesso à justiça eficiente por intermédio do ativismo judicial. **Pensar** – Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 9-39, jan./abr. 2016.

MEDEIROS, Étore; FONSECA, Bruno. As bancadas da Câmara. Pública, **Pública,** 2016. Disponível em http://apublica.org/2016/02/truco-as-bancadas-da-camara/ Acesso em: 25 de agosto de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direto constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Eduardo Bastos de. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, 2010. Disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf >. Acesso em: 18 nov. 2018.

RODAS, Sérgio. Fortalecimento do controle de constitucionalidade estimulou ativismo. Disposível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-05/fortalecimento-controle-constitucionalidade-estimulou-ativismo>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.855. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1561243> Acesso em: 19.nov.2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3510. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631 Acesso em: 19.nov.2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4277. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872> Acesso em: 19.nov.2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053 Acesso em: 25.ago.2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.187. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505> Acesso em: 28.nov.2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal*: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em: 12 setembro 2019.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Barbosa de. Teoria geral do controlo jurídico do poder público. Lisboa: Edições Cosmos, 1996.

[1] professora de Direito Constitucional do Instituto de Educação Superior de Brasília - Iesb (desde 2001).

www.conteudojuridico.com.br

O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR FRENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE DO EMPREGADO

CLAUDIA APARECIDA FERREIRA DE SOUZA:
Bacharela do Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

> "*Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques.*" (Declaração Universal dos Direitos do Homem de1948, artigo VII).

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade analisar o limite do poder diretivo do empregador em face ao direito à privacidade do empregado. Isto devido a eficácia horizontal da Constituição, que garante ao empregador a proteção de natureza fundamental. Para tanto serão analisados os limites da subordinação, o alcance do poder empregatício, bem como a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. O objetivo deste estudo é apontar os limites que esse poder pode alcançar, para que não atinja os direitos Constitucionais do empregado, como o direito à liberdade e intimidade. A abordagem inicia-se com um breve relato acerca da incidência do direito fundamental à intimidade nas relações privadas em especial, nas relações trabalhistas, após, trata do poder diretivo que o empregador possui na condução de sua empresa. Por fim, dedica-se a tratar da incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, destacando que diante do choque do poder diretivo do empregador com a privacidade do empregado, há de prevalecer os direitos fundamentais garantidos ao trabalhador, pois toda a lógica jurídica se concentra em tal proteção à luz da Constituição Federal do Brasil.

Palavras-chave: Privacidade. Intimidade. Poder Diretivo. Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal.

ABSTRACT: The present of this study is to analyze the limits of the employer's power over the employee's right to privacy. This is due to horizontal effectiveness of the Constitution, which guarantees the employer the protection of a fundamental nature. In order to do so, the limits of subordination, the scope of employment, as well as the incidence of fundamental rights, will be analyzed. The objective is to point out the limits that this power can achieve, so that it does not affect the

constitutional rights of the employee, such as the right to freedom and intimacy. The approach begins with a brief account of the incidence of fundamental rights in labor relations and the incidence of the fundamental right to privacy in private relations, after, it deals with the directive power of the employer. Finally, it focuses on the incidence of fundamental rights in labor relations in which, in the face of the clash of directive power with employee privacy, the fundamental rights guaranteed to the worker must prevail, since all legal logic focuses on such protection under the Federal Constitution of Brazil.

Key Words: Privacy. Intimacy. Power of Attorney. Fundamental rights. Horizontal Efficacy.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A INCIDENCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. 2.1 A força normativa da Constituição. 2.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 2.3 Os direitos fundamentais como exigência e concretizaçoes do principio da dignidade da pessoa humana nas relações trabalhistas. 3. DO DIREITO A INTIMIDADE. 3.1 Origem, evolução e conceito do direito à intimidade. 3.2 Intimidade e vida privada. 3.3 Características elimitações do direito à intimidade. 3.4 Regime juridico no Brasil. 3.5 Direito fundamental . 4. PODER DIRETIVO. 4.1 Conceito e natureza jurídica. 4.2 Características. 4.3 Fundamento legal do poder diretivo. 4.4 O poder diretivo diante do direito a intimidade. 5. DA COLISÃO DE DIREITOS: DIREITO A INTIMIDADE DO EMPREGADO X PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. 5.1 Informações pessoais. 5.2 Exames médicos. 5.3 Da revista pessoal e dos pertences do empregado. 5.4 Uso de computador, internet e emails. 5.5 Utilização monitoramento audiovisual. 5.6 Monitoração telefônica . 6. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

No presente estudo, foi abordada a temática do poder diretivo do empregador frente ao direito fundamental à intimidade do empregado no ambiente de trabalho.

A temática em questão é de relevante importância para o Direito, como também para empregados e empregadores, diante dos conflitos instaurados no cotidiano, ocasionados pela aplicação indevida desses instrumentos no ambiente laboral.

Na condição de proprietário do negócio, o empregador irá estabelecer normas dentro de sua empresa e fiscalizar a execução da mão de obra. Todavia

essas interferências do empregador devem ocorrer de forma limitada, com vistas a não ferir os direitos fundamentais dos empregados, como a liberdade e intimidade.

Vale acrescentar que o direito à intimidade esta inserido no rol dos direitos da personalidade, consagrados na Constituição Federal de 1988. Assim, deve ser visto como parte integrante dos direitos humanos no plano dos direitos fundamentais.

O direito humano à privacidade deve ser considerado mesmo no contexto da celebração do contrato de trabalho, de forma que a intimidade do trabalhador sempre deve ser levada em conta, tendo em vista a supremacia desses direitos também na relação jurídica de trabalho.

Assim, o presente trabalho traz como proposta analisar a licitude do emprego de mecanismos de fiscalização do empregado, por parte do empregador, com base em seu poder empregatício e no direito da propriedade que possui.

Este trabalho esta dividido em capítulos, abordando em cada um deles as premissas necessárias para que, ao fim, seja possível constatar a forma como o empregador pode exercer seu direito de fiscalização sobre o empregado sem lesionar sua intimidade.

Inicialmente, o primeiro capítulo com o intuito de atender ao objetivo proposto trouxe um breve esforço constitucional, o qual possui como fundamento a incidência dos direitos fundamentais na relação de trabalho, em decorrência do fenômeno denominado eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em seguida, no segundo capítulo, foi analisado o direito á intimidade, seu conceito, origem, evolução, suas características e limitações contextualizando esse direito no cenário jurídico brasileiro como direito fundamental incidente tanto nas relações públicas como também nas relações privadas.

Posteriormente, no terceiro capítulo, examinar-se-á o poder diretivo do empregador, partindo-se da conceituação, natureza jurídica, fundamento e divisão deste, para, posteriormente, pormenorizar-se a mais importante das prerrogativas daquele, o poder diretivo em face da evidente hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador, somada à ausência de um firme contingenciamento legal.

Por fim, o último capítulo tem como objetivo estabelecer parâmetros diante da colisão do direito a intimidade do empregador frente ao poder diretivo do empregado, descrevendo situações e parâmetros no caso de confronto do poder diretivo do empregador e do direito á intimidade do empregado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contudo, há de ser registrado que o presente estudo não possui como objetivo apresentar uma solução definitiva para o problema posto, mesmo porque o trabalho não o permite, diante da sua complexidade e amplitude, consistindo em mero ponto de partida e de início de discussão para o tratamento da questão.

Cabe mencionar que o método de abordagem utilizado nesse trabalho monográfico será o indutivo. Já com relação aos procedimentos técnicos, será utilizada da pesquisa bibliográfica. Tal pesquisa é configurada num estudo sistemático de livros, revistas, jornais, ou seja, materiais acessíveis ao público em geral. Tem como objetivo, assim, colocar o pesquisador em contato com o máximo de conteúdo escrito sobre determinado assunto.

2. A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1. A força normativa da Constituição

A força normativa da Constituição diz respeito a princípio constitucional basilar do sistema jurídico, que garante orientação na interpretação das normas jurídicas. Trata da efetividade plena das normas contidas na Constituição. O mais notável precursor acerca do tema foi o jurista alemão Konrad Hesse.

No ano de 1862, o jurista Ferdinand Lassalle revelou uma concepção constitucional de feição puramente social, afirmando que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas somente questões políticas. O autor declara que há a Constituição escrita - a "folha de papel" - e uma Constituição real, formada pela soma dos fatores reais de poder. A Constituição real é a detentora do reflexo da sociedade, já a Constituição formal (escrita) sempre sucumbirá perante as forças vigentes no país, pois de nada serve aquilo que se escreve numa folha de papel se não se ajusta a realidade, aos fatores reais e efetivos do poder. Por conseguinte, o enunciado escudado por Lassalle afirma que os fatos têm mais peso do que as normas.

Em posição divergente a ideia defendida por Lassalle, o doutrinador alemão Konrad Hesse, em sua obra. "A Força Normativa da Constituição", em 1959, cuidou de admitir a presença de força normativa da Constituição independentemente da realidade social preexistente, expondo e argumentando que a negação da Constituição jurídica é a negação do próprio direito constitucional que se tornaria simples ciência do ser, porquanto se limitaria a justificar as relações de poderes dominantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Konrad Hesse (1991, p. 9-10), busca conciliar a realidade e a normatividade constitucional esclarecendo que toda a essência do ordenamento jurídico, desde as normas ordinárias até as normas constitucionais, postas em "folha de papel" jamais encontraram, inicialmente, uma sociedade já em seus padrões, cabendo a esse, a efetivação de sua norma por meio da imposição de tarefas.[1]

Levando em consideração o entendimento de Konrad Hesse (1991, p. 14-15):

> O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma "esta em vigor" ou "esta derrogada"; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. [...] Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro [...]. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. [2]

Dessa forma, um dos maiores avanços em toda a ciência do direito é a atribuição de força normativa ao texto constitucional, com isso as Constituições deixaram de ser consideradas como meras cartas políticas e passaram a ser o centro da ciência jurídica. Passou-se a percepção de primazia da Constituição, adotando a Constituição como o diploma jurídico supremo.

Desde então, ocorre um processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, de forma que as Constituições operam como verdadeiros filtros através do qual as leis e demais atos normativos devem passar para que sejam válidos, acontecendo, uma verticalização hierárquica em que as Constituições passam a ocupar o topo dessa pirâmide.

No Brasil, a advento da Constituição como suprema ocorreu tardiamente, tendo em vista que os anos de 1964 a 1988, foram marcados por um verdadeiro engessamento da ordem constitucional, tão somente com a promulgação da Carta Magna em 1988 que a Constituição passou a se sobrepor sobre os demais atos normativos.

Falando especificamente da Carta Magna Brasileira, esta é classificável como social, vez que contém um conteúdo atento a preservação de valores fraternais e igualitários, elevando a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República. Para isso o constituinte traçou diretrizes, que precisam ser consideradas e respeitadas em toda análise constitucional.

Com isso, a Constituição deve ser compreendida como um conjunto de regras e princípios instituidores do sistema jurídico. Á vista disso, as normas constitucionais, devem ser consideradas como um conjunto indivisível do ordenamento jurídico.

De acordo com o princípio da força normativa da Constituição, não é aceitável que a norma legal esteja apenas expressa no texto da Constituição, para que seja vista como Lei Fundamental de um Estado, é necessário, que esta norma aborde os fundamentos da nação e seus respectivos anseios.

A partir dessa ideia temos convalidado o princípio da unidade constitucional, consoante ao entendimento de Gerfran Carneiro Moreira (1999, p.94):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *Princípio da Unidade Constitucional: Esse princípio sugere que a constituição seja interpretada de modo a evitar contradições entre suas normas. O princípio obriga o intérprete a considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.*[3]

Ademais, a lei fundante não deve ser apenas utópica, deve atender de fato aos anseios do Estado, deve ser de fato efetiva e aplicável a realidade social.

Importante mencionar que a Constituição Federal brasileira é considerada como rígida, uma vez que alteração de seu conteúdo prescinde de processo mais rigoroso, ressaltando a valorização da Constituição Federal em face das outras normas jurídicas.

A consagração de um Estado Democrático de Direito e de soberania popular depende da existência de uma Constituição que estabelece limitações ao poder autoritário e regras de proteção aos direitos fundamentais.

A Constituição democrática cria um sistema de direitos fundamentais com a finalidade de garantir liberdade e igualdade para os indivíduos, para que se desenvolvam com dignidade.

2.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais surgem em um primeiro momento como forma de equilibrar o poder do Estado perante aos cidadãos (eficácia vertical), porém, diante da realidade social que vivenciamos, os direitos fundamentais também são dotados de eficácia horizontal, com o intuito de garantir equilíbrio também nas relações entre particulares.

Conforme dispõe Marcelo Novelino (2008, p. 231), os direitos fundamentais foram projetados com a finalidade de limitar o exercício arbitrário do poder estatal, limitando às relações jurídicas entre o indivíduo e o Estado. Essa relação jurídica é hierarquizada, de subordinação, por essa razão designada como eficácia vertical dos direitos fundamentais.[4]

Todavia, as relações privadas também devem visar à concretização de valores trazidos pela Constituição, como justiça, a segurança, o valor social da livre-iniciativa e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, Daniel Sarmento (2008, p. 185) salienta que a partir da evolução do Estado e da sociedade a ameaça aos direitos fundamentais deixou de partir somente do poder estatal passando também a pertencer a atores privados, em decorrência de uma sociedade totalmente desigual. [5]

A opressão aos direitos fundamentais não somente pelo Estado, fez com que a incidência desses direitos fosse estendida também ao âmbito das relações entre particulares. A proteção dos direitos fundamentais passou a alcançar às relações jurídicas em que particulares se encontram numa situação hipotética de igualdade jurídica, por essa razão, tal fenômeno foi denominado pela doutrina de "eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais".

Nessa linha, segundo Gilmar F. Mendes (2007, p. 274), ganha força a percepção de que os direitos fundamentais possuem caráter objetivo, pois além do Estado proteger e resguardar tais direitos deve também atuar coercitivamente no sentido de fazer valer esses direitos, até mesmo nas relações jurídicas entre particulares.[6]

Apesar de inexistir norma constitucional que trate da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a Constituição Federal de 1988 não veda que os direitos fundamentais vinculem também as relações entre os particulares, uma vez que os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva não devem proteger somente os direitos subjetivos da sociedade face à atuação do Estado, mas também devem salvaguardar a sociedade que se constitui. Dessa forma, o Estado e a sociedade devem reconhecer a carga axiológica imanente dos direitos fundamentais.

O Estado não deve cuidar somente de não lesar os direitos fundamentais, também deve ter o cuidado de proteger seus titulares de prováveis lesões advindas de particulares. É a ideia de que o Estado não é o inimigo do homem e sim instituição criada para implementar os direitos da sociedade.

Entretanto, tendo em vista que as relações privadas são eivadas de uma relativa igualdade entre as partes, deve existir um juízo de ponderação de valores para alcançar a harmonização, buscando compatibilizar os direitos fundamentais a autonomia privada.

Cogitando-se a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, surgem quatro principais teorias. São elas: a tese da ineficácia horizontal, a tese da eficácia mediata ou indireta, a tese da eficácia direta ou imediata e a tese dos deveres de proteção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A primeira teoria, negativista da eficácia horizontal (doutrina da *state action*), foi criada na Alemanha e atualmente é adotada no direito norte-americano, esta teoria expõe que os direitos fundamentais impõem limitações apenas aos poderes públicos, não podendo ser invocadas em relações entre particulares, o principal argumento surge da ideia de adoção da literalidade do texto constitucional, vez que no texto constitucional norte-americano a maioria das cláusulas que estabelecem os direitos fundamentais mencionam apenas os poderes públicos.

A teoria da eficácia mediata ou indireta, que foi desenvolvida na Alemanha em 1956, busca resguardar a autonomia privada. De acordo com essa teoria as diretos fundamentais não podem ser invocados diretamente nas relações privadas, para não sacrificar a autonomia da vontade, os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, podendo os particulares renunciarem a direitos fundamentais em relações privadas, o que seria impossível nas relações travadas com o Poder Público.

A teoria da eficácia direta ou imediata, também surgiu na Alemanha na década de 1950, tal defende que os Direitos Fundamentais têm uma ampla função na sociedade, uma vez que, além de assegurar as liberdades individuais em face do Poder Público, também tem como finalidade protegê-los em face das "arbitrariedades civis". Nesse sentido, a lição contida nas esclarecedoras palavras de Ferrarini (2010. p. 32):

> De acordo com a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas [...] o sistema de garantias deve operar frente ao poder, sem adjetivos público ou privado, o que reclama o prolongamento da lógica própria do Estado de Direito [...] ao âmbito das relações entre indivíduos e poderes privados e, logo, direitos fundamentais como direitos subjetivos oponíveis a particulares.[7]

Acerca do tema, expõe Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 173), que:

> (...) poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre os indivíduos e o Estado (relação vertical). A grande maioria deles aceita a existência de uma produção de efeitos desses direitos também nas chamadas relações horizontais, ou seja, naquelas das quais o Estado não participa.[8]

A quarta tese é a teoria dos deveres de proteção, surgiu como aprimoramento da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, que

defende a obrigatoriedade da vinculação do legislador do direito privado aos direitos fundamentais, como decorrência de expressa previsão constitucional e pela supremacia constitucional.

Com todo o exposto, nota-se a tendência de adoção do regime de sujeição dos direitos fundamentais as relações entre particulares, sobretudo diante de uma sociedade na qual as desigualdades socioeconômicas e culturais mostram-se tão patentes, onde a opressão pode não vir apenas do Estado, como se observa nas relações laborais.

Fica clara a importância dos direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico, que além de cláusulas pétreas são, também, um escudo de proteção para o indivíduo, seja nas relações indivíduo e Estado ou particular e particular.

Embora na ordem constitucional pátria, inexista dispositivo expresso a respeito da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é possível vislumbrar a aplicação da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no campo privado na doutrina e jurisprudência brasileira.

2.3 Os direitos fundamentais como exigência e concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações trabalhistas

O princípio da dignidade da pessoa humana é encarado atualmente como o núcleo dos direitos fundamentais. É princípio base para os demais princípios e direitos previstos na própria Constituição.

Não assiste dúvida que o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio estruturante de um Estado Democrático de Direito, uma vez que oferece a ideia de que pela simples condição humana é titular de direitos, direitos esses que devem ser reconhecidos pelo Estado.

Nesse sentido Sarlet (2011, p. 42) leciona que a dignidade da pessoa humana figura não como direito natural metapositivo, mas como concretização constitucional dos direitos fundamentais. Baseia esse posicionamento no Brasil com a previsão do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, o qual não se trata de uma norma programática, mas supraprincípio constitucional em amplitude ou dimensão da dignidade da pessoa humana norteadora dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro.

Foi com 2ª Guerra Mundial que despertou na sociedade internacional a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana em resposta aos casos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de violação, desrespeito e desconsideração à vida humana, ao homem e sua dignidade, cometidas nos regimes totalitaristas.

Marco nacional para a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana foi o Regime Militar iniciado em 1964, onde o desrespeito à dignidade da pessoa humana imperava.

Após esses lamentáveis eventos, surgiram diplomas internos e internacionais que cuidaram da proteção, positivação e efetivação desses direitos.

A Constituição Federal em seu artigo 1ª, define a dignidade da pessoa humana como fundamento para o Estado brasileiro, com isso é possível vislumbrar que todas as normas previstas pela Constituição Federal devem ser interpretadas de forma a proteger o ser humano. Nestes termos ensina Sarlet (2011, p. 36):

> [...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem [...].[9]

Deste modo, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser considerado como fundamento para o estabelecimento e o reconhecimento dos direitos fundamentais, e dá sustentação à aplicação desses direitos. Os direitos devem sempre se pautarem na dignidade do indivíduo.

Segundo José Afonso da Silva (2011,p. 105) a "dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida."[10]

Na lição de Piovesan (2006, p. 27-28), "O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração à orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional."[11]

Assim, não há como negar o caráter orientador do princípio da dignidade, e não só orientador, mas também sua força a vincular em todas as relações humanas.

O Direito do Trabalho, também tem o dever de atenção ao princípio irradiador da dignidade da pessoa humana, devendo preservar a dignidade dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

trabalhadores, uma vez que o indivíduo não se despe de dignidade ao adentrar em uma relação de subordinação laboral.

Francisco Araújo (2006, p. 78-79) expõe entendimento acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação nas relações laborais, estabelecendo uma dupla perspectiva de preservação do princípio da proteção:

> Esse é o princípio da proteção: ao mesmo tempo em que, uma perspectiva intra-sistêmica busca preservar a dignidade do trabalhador (valor social da dignidade humana), acaba, indiretamente, em uma perspectiva global ou intersistêmica, preservando a lógica da exploração capitalista (valor social capitalismo como modo de produção hegemônico.[12]

Não há que se negar que o trabalho contem importância fundamental para a garantia da dignidade da pessoa humana, uma vez que é através dele que as necessidades humanas enquanto fator de sobrevivência podem ser satisfeitas.

Ocorre que, tendo em vista a condição de hipossuficiência do empregado, em virtude da característica de trabalho subordinado e inferioridade econômico-social presente na grande maioria das relações de emprego o Direito do Trabalho deve guiar- se por normas de proteção ao trabalhador com o objetivo de se concretizar a dignidade do indivíduo.

3. DO DIREITO A INTIMIDADE

3.1 Origem, evolução e conceito do direito à intimidade

Somente após o século XIX, passou-se a reconhecer proteção jurídica à intimidade enquanto atributo da personalidade do indivíduo. As sociedades antigas tinham por base a concepção de que o indivíduo existia para o estado e a ele deveria servir, dessa forma, não havia, fixação de um espaço íntimo privado, destinado às pessoas e seus círculos mais recônditos.

A civilização grega, na Idade Média, admitiu a divisão entre esfera pública e vida privada do indivíduo, porém não comtemplou a proteção jurídica para a vida privada, uma vez que à época não existia qualquer preocupação social e formal com a intimidade das pessoas. O direito romano também passou a tutelar elementos conatos a ideia de intimidade, como a proteção à família, ao domicílio e à correspondência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto ao período medieval, de acordo com Sampaio (1998, p. 35), a Magna Carta de 1215, externou referências à proteção a intimidade ao afirmar que nenhum homem livre seria privado de suas terras, banido ou molestado, senão por julgamento legítimo.[13]

No decurso do Estado liberal burguês, a proteção à intimidade se desenvolveu, porém ligada à ideia de propriedade, vez que, à época o termo propriedade possuía sentido amplo, abrangendo a vida, o corpo, coisas, afeição conjugal, bens e meios de vida.

Apenas no século XIX a intimidade passou a ser vista como atributo da personalidade humana. A primeira noção mais concreta de privacidade teve início com a publicação de artigo denominado "The Right of Privacy", escrito pelos juristas norte-americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis. O objetivo dessa formulação doutrinária foi alertar a sociedade sobre os excessos praticados pela imprensa e a banalização da vida privada dos cidadãos, após a divulgação pela imprensa de informações particulares sobre o casamento da filha de Samuel Dennis Warren.

De acordo com José Ribas Vieira (2008, p. 105) a partir deste artigo, publicado em 1890, o direito à intimidade sofre uma metamorfose, desvinculando-se de sua raiz "jus privatista" e deixando de ser considerado como um bem, passando a ser entendido como algo inerente à personalidade da pessoa humana.[14]

Todavia, apesar das inúmeras referências quanto ao direito à intimidade, ele inda não se apresentava de forma heterogênea em análise comparativa de um país para outro. Com a finalidade de uniformizar o tratamento do assunto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, consagrou em 1948, a proteção da vida privada e familiar, elevando a privacidade ao patamar de direito fundamental em nível global. Estabeleceu a Declaração em seu artigoXII:

> Art. XII. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.[15]

Após o direito à intimidade ter passado a ser considerado direito fundamental, diversos documentos internacionais passaram a se ocupar do tema, dentre eles a Convenção Americana de Direito Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), que corraborou com a previsão da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo11:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

No âmbito trabalhista a Resolução VII no ano de 1970, na 54ª Reunião da Conferencia Internacional do Trabalho, em Genebra, expressou preocupação com o direito à intimidade dos trabalhadores, mais precisamente frente à utilização de meios de controle eletrônicos dos empregados pelos empregadores.

Realizado o breve relato histórico, importante analisar, neste momento, o conceito e o conteúdo do direito à intimidade.

Em que pese à diversidade conceitual do termo, o direito à intimidade pode ser considerado como aquele que preserva a vida particular e os pensamentos mais secretos do ser humano do conhecimento de outras pessoas e do Estado.

A intimidade na concepção jurídica é um templo sagrado do individuo onde ele recolhe elementos pessoais que não deseja seja revelado a quem quer que seja, é um campo discreto frequentado unicamente pelo interessado. Neste templo vai permanecer tudo que é de mais valioso desde sua crença religiosa até seus segredos mais íntimos, sem possibilidade de invasões arbitrárias e, principalmente, de se chegar ao conhecimento público porque não existe qualquer registro materializado. A vida privada pode ser comparada a um templo sagrado do individuo, templo este que guarda os elementos pessoais que o indivíduo não deseja que seja revelado.

De acordo com Pontes de Miranda (1956, p. 124) o direito à intimidade pode ser explicado como aquele que possui o fim de resguardar as pessoas dos sentidos alheios, nesse sentido, entende que:

> Todos têm o direito de manter-se em reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhes devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública; todavia, esse direito sofre limitações. a) Se A tomou parte em acontecimentos que se passaram na sua intimidade, ou outrem foi o agente, havendo interesse de maior relevância na revelação dessa intimidade, até certo ponto, ou b) se A mesmo consentiu em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> que se desvelasse essa intimidade, o seu direito não existe. Não existe, porque todo direito é efeito de fato jurídico; todo fato jurídico supõe suporte fático. No suporte fático está o elemento intimidade; se A consentiu que se lhe devassasse a vida privada, a intimidade deixou de existir: o consentimento atuou como pré-excludente. Se A praticou crime, em lugar íntimo, pré-excluiu a entrada desse lugar, como íntimo, no suporte fático, que, indo ao mundo jurídico, produziria o direito, a pretensão ou a ação de defesa da intimidade."[16]

O direito à intimidade é, ainda, o poder correspondente a obrigação de todas as pessoas de não intervir na intimidade alheia.

Zavala de Gonzáles (1993, p. 187-188) enuncia que "a intimidade constitui uma condição essencial do homem que lhe permite viver dentro de si mesmo e projetar-se no mundo exterior a partir dele mesmo, como único ser capaz de dar-se conta de si e de fazer de si o centro do universo". [17]

Em conhecido trabalho sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1993, p. 78) aduz que:

> A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada, que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum (...) Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as situações de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja publicidade constrange.[18]

No âmbito trabalhista, Eugenio Haddock Lobo e Júlio César do Prado Leite (1989, p. 36) prelecionam que um dos direitos da personalidade do indivíduo é a intimidade e, portanto, direito do trabalhador na relação de emprego. Resguardar a vida privada retrata garantir a salvaguarda da vida íntima do indivíduo, que tem o direito de preserva-los da intrusão de outros. Pode-se considera-lo como um direito negativo, tendo em vista sua exclusão da ciência de terceiros aquilo que só a própria pessoa diz respeito. O direito à intimidade se evidencia na proteção do acesso a estranhos ao domínio do confidencial. Como diz respeito a um direito da personalidade, a integridade da pessoa, não inclui somente aspectos antropológicos e físicos, mas imprimi também conteúdos psíquicos, morais, mentais e éticos.[19]

O Juiz norteamericano Cooley, no ano de 1873, identificou a privacidade como: "*The right to be let alone*", ou seja, o direito de uma pessoa ser deixada em

paz, de estar só (SILVEIRA, 1997. p. 13).[20]É o direito de estar só, abarca um conjunto de informações que apenas seu titular traz consigo.

3.2 A Intimidade e a vida privada

A Constituição Federal de 1988, incorporou ao seu texto o direito a intimidade e vida privada. Ocorre que existe grande discussão a respeito desses termos, existe uma parte da doutrina que afirma que os termos privacidade e intimidade são sinônimos, enquanto existem aqueles que defendem que os termos são distintos.

Assim, alguns doutrinadores afirmam que existiu uma prolixidade e redundância do legislador constituinte ao assegurar no artigo 5°, inciso X, a inviolabilidade da "intimidade" e "vida privada".

Todavia, outros estudiosos, destacam que o constituinte ao estabelecer como invioláveis a intimidade e vida privada, objetivou afastar qualquer interpretação restritiva, sendo cuidadoso/cauteloso e prolixo tendo em vista as circunstâncias da época (pós ditadura militar).

De acordo com Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1989, p. 63) não existe nítida diferenciação, utilizando a expressão direito à intimidade em sentido amplo; eles afirmam que o direito à intimidade:

> [...] consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso [...] a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.[21]

O autor Argentino, Santos Cifuentes (2000, p. 75), não vislumbra tal divergência, vez que compreende a intimidade e vida privada como sinonímias, expondo que não existe razão para distinguir as expressões, senão quando tal distinção encontra amparo no ordenamento, como exemplo o francês, que prevê sanções diferentes para os dois termos.[22] O ordenamento jurídico brasileiro não prevê sanções diferentes para as duas figuras, embora a Constituição cuide de elencar as duas expressões separadamente (artigo 5º, X, CF/88).

José Afonso da Silva (2011, p. 206) considera os termos distintos, ele afirma que o conceito de privacidade é mais abrangente do que o de intimidade. Todavia,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o mencionado autor prefere utilizar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, compreendendo todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.[23]

René Ariel Dotti (1980, p. 67-70) aduz que a intimidade e vida privada são conceitos distintos, sendo que a intimidade é o gênero que abrange a vida privada. Esclarece o autor que o direito à intimidade seria a construção de um círculo mais restrito proveniente da França, porém com as novas modalidades de invasão tecnológica surgiu a necessidade de proteção da esfera mais ampla, passando os autores a utilizarem as expressões como sinônimas. Com isso, Dotti emprega as denominações como sinônimas.[24]

A doutrina alemã criou a "teoria das esferas" responsável por classificar a personalidade humana em esferas concêntricas, dentro das quais ela se desenvolveria. Esta teoria tem como principais defensores Heinrich Hubmann e Henkel. Esta teoria parte da ideia de que existem diferentes níeis de privacidade, dividindo-se em três camadas, ou círculos concentricos. A primeira esfera diz respeito a mais restrita, aquela que deve ser objeto de especial proteção por englobar situaçãoes restritas a própria pessoa ou um círculo limitadíssimo de pessoas, é chamada de esfera do segredo (*geheimsphäre*). A segunda, mais ampla que a anterior, envolve a esfera privada propriamente dita (*privatsphäre*), esta esfera abarca os comportamentos que o indivíduo não deseja que se tornem de domínio público, é chamada de esfera da intimidade. A última e mais ampla das esferas dessa sistematização seria a esfera privada, desta participam mais pessoas, mais pessoas conhecem da vida privada, apenas a coletividade que não tenha contato com a vida da pessoa fica de fora dessa esfera. (*indiskretionsdelikt*) (SAMPAIO, 1998. p. 255).[25]

Acerca da teoria das esferas Tatiana Malta Vieira (2007, p. 30) salienta:

> Adotando-se a teoria das esferas, pode-se nitidamente concluir pela distinção entre intimidade e vida privada e, mais ainda, diferenciá-las do segredo. A proteção da vida privada – esfera de maior amplitude – consiste no direito de subtrair do conhecimento do público em geral fatos da vida particular que não revelam aspectos extremamente reservador da personalidade do indivíduo. Já a intimidade – Intimsphäre [Vertrauensphäre em Costa Jr.] ou intimidade, em sentido lato na teoria alemã, refere-se à prerrogativa de se excluírem do conhecimento de terceiros as informações mais sensíveis do indivíduo, tais como aspectos atinentes à vida sexual, religiosa e política; compartilhadas apenas com as pessoas mais

> íntimas e em caráter reservado. Por fim, a esfera do segredo, Geheimnsphäre ou intimidade em sentido estrito na teoria alemã, compreende as informações relacionadas com os sentimentos, com os sonhos e com as emoções da pessoa; não compartilhadas com ninguém ou compartilhadas apenas com amigos mais íntimos.[26]

Nessa mesma linha de pensamento temos a percepção de Wanderlei de Paula Barreto (2005, p. 171-173), que considera a intimidade como o núcleo mais impenetrável da vida privada. O direito à privacidade diz respeito ao gênero, do qual o direito à intimidade é espécie. [27]

Paulo José da Costa (1970, p. 34-35), ensina que o direito a intimidade tutela dois interesses que se agregam, sendo eles o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada, dessa forma, o direito tutelado é o mesmo, porém com ligeiras nuances diversas, a diferença pode ser encontrada na modalidade de agressão, preferindo denominá-las de direito à intimidade.[28]

Para José Afonso da Silva (1997, p. 204) o conceito de privacidade é mais abrangente que o de intimidade. Assevera referido autor, citando Ariel Dotti, que o direito à intimidade é "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais".[29]

Para Elimar Szaniawski (2005, p. 302), o conceito de intimidade seria assimilado a um "sentimento que nasce do fundo do ser humano, sendo sua natureza essencialmente espiritual, enquanto que o de vida privada, mais amplo, se estenderia a outras manifestações não tão espirituais"[30]. Dessa forma, a intimidade possui um "plus" em relação à privacidade. Aquela é um "espaço" que diz respeito exclusivamente à pessoa, no qual ela resguardaria os segredos e particularidades que não gostaria de compartilhar com mais ninguém.

O direito à intimidade seria, portanto, o setor pessoal mais reservado, com o fim de ser inacessível às demais pessoas da sociedade - uma forma de o indivíduo se ilhar da sociedade, para não ser absorvido por ela. Invertendo-se o raciocínio, pode-se definir o direito à intimidade como o direito de a pessoa se subtrair da publicidade[31].

Conquanto em nosso país é majoritário o entendimento doutrinário que distingue as expressões, direito a privacidade e a intimidade, ainda mais aquele que considera a intimidade uma espécie do gênero privacidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De suma importância ainda analisar o sentido etimológico das palavras intimidade e privacidade, usados indistintamente na linguagem comum.

A expressão intimidade é derivada do latim, *intimus*, cuja procedência é do advérbio *intus*. Tem o sentido de interior, íntimo, oculto, do que está nas entranhas.[32] Traz consigo uma ideia de segredo, confiança, confidencialidade.

Enquanto o conceito de privacidade é mais amplo que o de intimidade, englobando tudo que não queremos que seja do conhecimento público. Do latim, *privatus,* significa privado, particular, próprio.[33]

Dessa forma, o direito à privacidade diz respeito a uma forma de viver, consolidado em um agrupamento de informações relativas à pessoa, que são excluídas do conhecimento de terceiros, enquanto a intimidade integraria a esfera mais íntima do indivíduo, sendo um invólucro de segredos, que, quando exposta a uma mínima publicidade, poderá até mesmo constranger.

A intimidade é algo a mais do que a privacidade, é mais restrita. É o espaço que o indivíduo considera impenetrável, dizendo respeito única e exclusivamente a pessoa. Este espaço seria de tamanha importância que a pessoa não desejaria partilhar com ninguém, como os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim, seria o que chamamos acima de "templo sagrado" que cada pessoa possui.

3.3 Características elimitações do direito à intimidade

Dentre as garantias fundamentais do indivíduo, albergadas constitucionalmente no art. 5º, inc., da Magna Carta, encontram-se positivados os direitos à intimidade, os qual, como direitos da personalidade se reveste de características gerais dos desta. René Ariel Dotti (1980, p. 96) elenca os seguintes traços essenciais do direito à intimidade:

> a) é direito originário (em oposição aos direitos adquiridos), isto é, são naturais e existe em qualquer tempo e lugar, não podendo ser modificado por nenhuma autoridade; b) é direito subjetivo, isto é, confere ao seu titular a faculdade de agir ou não agir de certo modo; c) é direito público e privado, tendo caráter misto pelo fato de ter suas normas reguladas tanto pelo campo do direito público, quanto pelo campo do direito privado[34]; d) édireitoabsoluto,porquepodeseropostocontratodasaspessoas; e) é direito extrapatrimonial, o que não exclui consequências econômicas decorrentes de indenizações por atos ilícitos; e g) é direito imprescritível, isto é, de um lado o indivíduo não perde o direito por não tê-lo

> exercido e, de outro, tal direito não está sujeito a usucapião.[35]

Apesar do direito a intimidade ser se apresentar como um direito indisponível ele não é ilimitado.

É necessário mencionar que o indivíduo enquanto integrante de uma coletividade, deve ser submetido a delimitações resultantes da vida em comum.

Com isso, a doutrina tem apontado diversas limitações a este direito, principalmente quando existe confronto com outros direitos fundamentais, vez que, o direito à intimidade não pode ser considerado tão absoluto que em confronto com outros direitos não possa ser afastado, diante da maior relevância deste último direito em proteção da dignidade humana, ou em defesa do interesse público.

Canotilho (2003, p. 50-51) ensina que os direitos da personalidade estão sujeitos a "uma metódica de ponderação proporcional e de concordância prática no caso de conflito com outros direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionalmente protegidos da comunidade e do Estado".[36]

No mesmo sentido, Oliveira Ascenção (1998, p. 97) ensina que os direitos de personalidade, dos quais o direito à intimidade esta incluso, sofrem limitações intrínsecas e extrínsecas. As limitações intrínsecas correspondem aos limites impostos pela lei, ao fixar o conteúdo do próprio direito, enquanto as limitações extrínsecas, são resultado da obrigação de união de determinados direitos com outras situações também protegidas.[37]

Dessa forma, existentes determinadas razões, subsiste a possibilidade de revelação da intimidade de alguém, vez que em razão do indivíduo coexistir em sociedade esta sujeito a delimitações em seus direitos; a razão delas é explicada por Paulo José da Costa Junior (1970, p. 42) "as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais indivíduos, que bem poderão conflitar, ou penetrar por ela".[38]

Carlos Alberto Bittar (1995, p.108)declara que a disposição da intimidade só poderá ser realizada mediante o consentimento para a divulgação do titular do direito, devendo esta concordância estar expressa em documento hábil e com as delimitações próprias. O autor ainda menciona a chamada redução espontânea da privacidade, que diz respeito a àquelas pessoas dotadas de notoriedade (políticos, atletas, artistas) caso em que, de acordo com o autor poderá haver revelação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fatos de interesse público independentemente da autorização destes indivíduos, desde que se as revelações se refiram ao exercício de suas atividades.[39]

Neste mesmo sentido, Adriano de Cupis (2004, p. 150) ressalta que:

> Até mesmo as pessoas revestidas de notoriedade conservam o direito à imagem relativamente à esfera íntima da sua vida privada, em face da qual as exigências da curiosidade pública têm que deter-se (...) o consentimento prestado para os atos normais de difusão da imagem não pode incluir os atos de difusão lesivos para a honra da pessoa. [40]

Todavia, esclarece que tendo em vista necessidades da justiça, polícia, fins científicos, didáticos ou culturais a individualidade deve ceder.[41]

Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 2017) também discorre sobre o assunto em seu livro de "Introdução ao Direito Civil":

> Independentemente de autorização do interessado, é permitida a divulgação de escritos, transmissão de palavra exposição ou utilização de imagem, se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.[42]

Dessa forma, quando o interesse público prevalecer sobre interesse do indivíduo, justifica-se o "sacrifício" da intimidade, seja para fins específicos, porém, apesar do interesse coletivo prevalecer sobre o interesse particular, não se pode sacrificar indevidamente o interesse particular.

3.4 Regime jurídico noBrasil

Como mencionado acima, o direito a intimidade possui proteção no âmbito internacional, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, proclamada pela Terceira Assembleia Geral da ONU, em seu artigo XII:

> Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Na legislação brasileira, podemos vislumbrar três dispositivos em consonância, protegendo todos os aspectos da intimidade da pessoa, sua zona espiritual íntima e reservada, e sua vida privada, concedendo ao prejudicado a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal, ou exigir a reparação do dano já consumado:

Inicialmente, dentre as Constituições brasileiras, foi a constituição Federal de 1988, que passou a garantir, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada em todos os seus desdobramentos, uma vez que esses direitos passam a ser assegurados de forma genérica no texto constitucional, conforme artigo abaixo transcrito:

> Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Cabe mencionar que o legislador constitucional foi comedido ao catalogar tanto o direito à intimidade, quanto o direito à vida privada, tendo em vista a grande divergência doutrinárias quanto a distinção ou sinonímia dos termos.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 259), ao assegurar o direito à intimidade, a norma constitucional dispõe duplo caráter: o direito de estar só, de não se comunicar; e simultaneamente de não ser molestado por outros, assim como a autoridade pública, salvo quando alguma ordem pública vier determiná-lo.[43]

O Código Civil dedica um capítulo aos direitos da personalidade. Importante menção encontramos no artigo 21 retro transcrito:

> Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Pelo dispositivo acima, podemos verificar que o Diploma Cível se limitou a assegurar a inviolabilidade da vida privada, não mencionando á intimidade. Porém, aqueles que defendem que a intimidade não é espécie do gênero vida privada devem conferir interpretação extensiva ao dispositivo, à luz da própria Constituição.

No plano trabalhista, encontramos apenas um dispositivo específico sobre a intimidade. Trata-se do artigo 373-A, VI, da Consolidação das Leis do Trabalho, inserido pela Lei 9.799/1999, o qualdispõe:

> Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:
>
> (...)
>
> VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Embora esse preceito esteja previsto no capítulo da mulher, aplica-se a todos os empregados em geral. Portanto, é viável a revista pessoal dos empregados, porém é necessário atender certos requisitos, tais como o resguardo dos atributos da dignidade da pessoa, a divulgação prévia e adequada e a adoção de meios razoáveis durante a realização do procedimento.

De suma importância mencionar, que tanto a constituição, enquanto norma superior do ordenamento jurídico brasileiro, como a Código Civil, enquanto fonte subsidiária do direito do trabalho em face da compatibilidade principiológica (artigo 8º, parágrafo único, CLT), são aplicáveis à esfera trabalhista.

3.5 Direito Fundamental

O direito à intimidade se insere dentro da categoria dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, dizem respeito aos direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado. Todavia, é de suma importância mencionar que hodiernamente é ultrapassada a ideia de que os direitos de primeira dimensão se restringem a aqueles que exigem uma postura negativa do Estado.

O rol dos direitos fundamentais esta inscrito no artigo 5.º da Constituição Federal, são os denominados direitos individuais e coletivos. Referido rol não é taxativo, uma vez que a própria Constituição assenta no seu §2º do art. 5.º que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatária.

Segundo o entendimento de Alexandre de Moraes (2007, p.47), o direito à intimidade enquanto direito fundamental visa formar uma proteção constitucional à vida privada, resguardando ao indivíduo um espaço íntimo salvo de intromissões indesejadas,[44] o direito de todas as pessoas no ambiente de trabalho não é diferente.

4. PODE DIRETIVO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4.1 Conceito e natureza jurídica

A legislação brasileira não aborda de forma expressa o conceito de poder diretivo, todavia, a partir de uma interpretação extensiva do art. 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho é possível concluir que o empregador é aquele que dirige a prestação pessoal de forma a determinar a maneira de atuação de seus empregados.

Outros dispositivos da CLT também apontam para esse poder do empregador, como o artigo 468, parágrafo único, que dispõe sobre a prerrogativa de reversão ao cargo efetivo do empregado ocupante de cargo de confiança, o artigo 469, ao tratar da transferência de local de trabalho e o artigo 474, que admite a suspensão disciplinar do empregado.

A Constituição Federal de 1988 também fundamenta o poder diretivo do empregador quando estabelece o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV), da propriedade privada (art. 5º, XXII) e o inclui entre os princípios gerais da atividade econômica (art. 170).

Para Octavio Bueno (1982, p. 94) o poder diretivo é a capacidade que o empresário possui, decorrente do seu direito subjetivo para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa direcionando as atividades do empregador a uma finalidade específica. [45]

Na concepção de Maurício Godinho Delgado (2007, p. 633) o poder diretivo pode ser compreendido como:

> [...] o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.[46]

Luciano Martinez (2011) expõe que o poder diretivo patronal é concebido como uma prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos dos seus empregados com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos.[47]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O poder diretivo é aquele conferido ao empregador para comandar como a prestação de serviços por parte de seus empregados se desenvolverá. É denominado por alguns autores de poder hierárquico (BARROS, 2010, p. 582).

Segundo Sandra Lia Simón(2000, p. 105), "o poder de direção é a prerrogativa que o empregador possui de determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação de serviços, por parte do empregado."[48]

Zeno Simm(2008, p.65), ao tratar sobre este tema, aduziu que o poder diretivo do empregador consiste em faculdades conferidas para que ele possa "organizar e dirigir os serviços, estabelecer normas e modos de procedimento, definir objetos e métodos de trabalho, introduzir algumas variações nas condições de trabalho, etc."[49]

Pelo exposto é possível concluir que o conceito de poder diretivo está diretamente relacionado com o contrato de trabalho e a sujeição do empregado, o poder diretivo é exercido pelo empregador, no âmbito da empresa, visando o bom funcionamento da sua atividade econômica, ajustando o contrato de trabalho à realidade diária da empresa, devendo respeitando certos limites.

Quanto à natureza jurídica do poder disciplinar, quatro principais correntes doutrinárias foram construídas. São elas: direito potestativo, direito subjetivo, poder hierárquico e direito-função.

Na corrente potestativa, o poder empregatício como direito diz respeito a uma visão individualista da relação entre empregador, é um estado de sujeição do sujeito passivo. Essa corrente reconhece ao empregador o exercício do poder diretivo a seu modo, conforme sua vontade, à qual o empregado deve se submeter através de um dever de obediência.

A segunda corrente atribui ao poder diretivo a natureza de direito subjetivo, trata de uma prerrogativa conferida ao empregador garantindo que possa agir para satisfazer seus interesses, porém em estrita consonância com a norma ou cláusula contratual, o que representa certo avanço em relação ao estado de sujeição, proposto pela vertente anterior.

A terceira vertente, a ideia de poder hierárquico, surge atrelada às experiências autoritaristas do século XX, cujo fundamento está em entender a natureza hierárquica como inerente à estrutura da empresa ou como uma decorrência necessária do contrato empregatício. Via-se uma clara ideia de que os interesses institucionais se sobrepunham aos interesses obreiros. Trata-se de uma análise corporativista e autoritária da relação de emprego

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Somente com o surgimento da quarta corrente que passou a ser contemplada a ideia de participação democrática no âmbito da empresa. A concepção do poder diretivo como direito-função atribui ao empregador a tarefa de agir, não no seu exclusivo interesse, mas tendo em conta o interesse do conjunto de trabalhadores, de forma que o poder diretivo é melhor compreendido enquanto um dever.

Um dos defensores do poder empregatício como direito-função é Octavio Bueno Magano (2011, p. 89.), que defendia a superioridade do interesse alheio ao do titular do poder, comparando-o com o poder familiar, em que os interesses da família devem se sobrepor aos interesses individuais.[50]

Outrora, Maurício Godinho Delgado (2007, p. 186-191) defende que embora a teoria do direito-função reconheça a interação dialética no âmbito da empresa, preserva o unilateralismo, dado que o titular do direito ainda é o mesmo e único: o empregador.

Na concepção do autor, o poder diretivo deve ser visto como uma "relação jurídica contratual complexa e variável, subjetiva e objetivamente." Para ele, o poder intra-empresarial não é um poder do empregador, mas uma "relação de poder própria a uma realidade sócio-econômica e jurídica específica, a relação de emprego. É, assim, um "poder empregatício", um poder específico à relação e contrato empregatícios e não a um único de seussujeitos".[51]

4.2 Características

Para Amauri Mascaro do Nascimento (2006, p. 664) o poder de direção é uma faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como o empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve exercer sua atividade. Salienta ainda o autor que o poder diretivo pode se manifestar como poder de organização, de controle e disciplinar.

Nestes termos, Sérgio Pinto Martins (2005, p. 226) diz que, "compreende o poder de direção não sóodeorganizarsuasatividades,comotambémdecontrolarodisciplinaro trabalho, de acordo com os fins do empreendimento".

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado (2007, p. 631) define o poder empregatício como o conjunto de prerrogativas do empregador relativas à direção regulamentação, fiscalização e disciplinamento para exercício no contexto da relação de emprego.[52]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, podemos vislumbrar que a doutrina tem dividido o poder de direção em três momentos: organização, controle e disciplina.

O poder de direção consiste, diz respeito a especificação das tarefas a serem exercidas pelo empregado, na definição do horário, do local de trabalho, entre outros, na definição de todos os afazeres necessários ao desempenho da atividade empresarial aos quais o empregado se obrigou diante do contrato de trabalho.

Nestes termos as autoras Fabíola Marques e Cláudia José Abud (2006, p. 27.) aduzem que:

> O poder de organização caracteriza-se pela administração e definição da atividade da empresa a ser desenvolvida (comercial, industrial, agrícola), da forma a ser adotada (de sociedade anônima, por quotas de responsabilidade limitada etc.), bem como pelo direito de elaborar o regulamento interno.[53]

Quanto ao poder de controle, este permite ao empregador de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais do empregado.

Importante mencionar que é no exercício deste poder que pode ocorrer violações ao direito a intimidade, ponto central deste trabalho, tendo em vista que diante do poder de fiscalização podem ocorrem as revistas dos empregados, monitoramento por câmeras, *e-mail*, sensores, entre outros. Dessa forma essa fiscalização deve ocorrer de forma moderada, com a devida preservação dos direitos fundamentais do trabalhador.

Nestes termos Oliveira (2011. p. 143-144)considera as possibilidades de organização e de controle pelo empregador quanto à atividade de seus empregados. Defende a necessidade de um exercício moderado e especialmente com o respeito devido à pessoa e à dignidade dos trabalhadores. Coloca como formas de exercício desse poder "a exigência da marcação do ponto, a instalação de circuitos fechados de televisão, a submissão dos empregados à revista." [54]

Por fim, o poder disciplinarconsiste no direito do empregador impor sanções disciplinares ao empregado caso descumpra regras contratuais. Todavia a aplicação dessas penalidades também devem observar limites.

Rogério Krauspenhar (2001, p. 18) anota poder disciplinar como:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Um imperativo-subjetivo, ou seja, imperativo, pois decorrente de ato de império do empregador, uma vez que o pratica unilateralmente usando de sua supremacia sobre o empregado infrator, subjetivo devido ao fato de que e facultado ao aplicador deste poder usá-lo ou não.[55]

Na visão de César P. S. Machado Jr. (1999, p. 153):

> Para conseguir seus objetivos, o empregador conta com o poder organizacional e diretivo. Porém esses poderes só se tornarão efetivos na medida em que o empregador contar com o poder disciplinar, que se traduz, na prática, como o poder de impor o cumprimento de suas ordens, arcando o empregado com medidas disciplinares na hipótese de não cumpri-las.[56]

O poder disciplinar se manifesta através da aplicação de três penalidades: advertência ou admoestação, suspensão disciplinar (art. 474 da CLT), que não poderá exceder 30 dias, e demissão por justa causa (art. 482 da CLT), considerada espécie de resolução pelo inadimplemento das obrigações do contrato, e como tal, o trabalhador, perde quase todos os seusdireitos.

Em síntese, a organização consiste na estrutura da empresa, distribuição de funções, cargos e tarefas. O poder de controle permite ao empregador verificar o cumprimento da prestação laboral típica. Já o poder de disciplina possui o escopo de punição àquele que se afastar do objeto do contrato de trabalho.

Importante asseverar que alguns doutrinadores optam pelo critério bipartido, mencionando apenas o poder de direção e o poder disciplinar, como Cesarino Júnior e Alice Monteiro de Barros.

Existem também autores que defendem critério quadripartido, como Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 644), que propõe a divisão em poder diretivo (ou poder organizativo), poder regulamentar, poder fiscalizatório (ou poder de controle) e poder disciplinar.[57]

4.3. Fundamento legal poder diretivo

Existem diversas teorias que explicam a origem do poder diretivo, no tocante de seu fundamento jurídico, ou seja, a causa que permite a incorporação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no ordenamento jurídico pátrio. Serão tratadas as principais teorias, quais sejam: propriedade privada, institucionalista e contratualista.

A mais antiga teoria que busca interpretar o fundamento do poder diretivo do mepregador é a teoria da propriedade privada, para esta o poder diretivo do empregador se fundamenta em seu direito de propriedade sobre os bens da empresa, essa posição de superioridade perante aos empregados advém da sua condição de proprietário da empresa.

O empregador é considerado soberano em sua empresa pelo fato de ser o proprietário do estabelecimento, uma vez que é aquele que alia os fatores de produção, suporta os riscos da atividade econômica e dirige a prestação dos serviços do empregador, que dele depende economicamente, daí resultando no dever de subordinação. Nesse contexto, ressalta Robert Henry Srour (1998, p. 148-149) que:

> [...] no tocante às empresas capitalistas, é importante frisar que o poder supremo é detido pelos proprietários, porque a propriedade é do tipo pleno, individual e alodial. [...] A propriedade acaba sendo então fonte de benefícios econômicos, mas também base legal do mando nas empresas. [58]

Esta teoria caiu em desuso, tendo em vista que não exprime com fidelidade o verdadeiro fundamento do poder de direção do empregador. Não é apenas o fato do empregador ser o proprietário da empresa que fundamenta o seu poder diretivo, ademais esse fundamento mais se aproximava das relações escravistas e servis do que da relação de emprego.

Na a empresa é vista como instituição, ou seja, um grupo de pessoas que através de desempenho em comum se organiza e busca a sua realização, com isso é necessário que um membro conduza a instituição ao seu fim. O empregado tem o dever de colaborar para atingir aos objetivos sociais propostos pelo empregador.

A teoria institucional se baliza na prevalência do bem comum sobre o interesse particular, razão pela qual o poder de direção do empregador se funda na concepção institucional ou comunitária da empresa e possui caráter mais político e social do que jurídico.[59]

A teoria institucional também não exprime com fidelidade a fundamentação do poder de direção do empregador, é na verdade, concepção justificadora de situação de poder. Alice Monteiro de Barros leciona que essa teoria, preconizando que o poder diretivo se funda na concepção institucional ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

comunitária da empresa e possui um caráter mais político e social do que jurídico, encontra-se em franco declive.[60]

A teoria contratualista, é a que mais possui juristas adeptos, nos termos desta o contrato constituiria um acordo entre empregado e empregador, no qual o empregado, por própria vontade, se coloca em posição de sujeição.

O poder de direção é consequência natural do contrato de trabalho, no qual desde a celebração do contratado o empregado tem ciência que vai se sujeitar as ordens do empregador.

A corrente contratualista pode ser dividida em unitarista e dualista, é unitarista quando o contrato dispõe que um dos contratantes dirigirá a prestação a outro, enquanto a dualista dispõe que o contrato dá as partes igual direito de exigir o que foi ajustado, porém, celebrado o contrato o empregador tem direito potestativo de exigir do empregado o cumprimento do acordado devido a sujeição do empregado.

A teoria contratualista é a que oferece o melhor fundamento jurídico para o poder diretivo.

Alice Monteiro de Barros (2011, p. 555)prescreve que esta teoria é a mais consistente e fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho. Esses poderes dizem respeito a consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade do empregador a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma de empresa socializada.[61]

4.4. O poder diretivo diante do direito a intimidade

O poder diretivo do empregador permite que ele organize a empresa, e controle a prestação de serviço com vistas à realização das finalidades do empreendimento.

Mostesquieu (1997, p. 65)em trecho de sua obra "Espirito da Lei" ressaltava que "é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a dele abusar; ele o faz até que encontre limites".[62]

Nesta toada, buscando uma perfeita harmonia entre os indivíduos que participam da relação empregatícia, faz se de suma necessidade a imposição de limites.

O poder diretivo do empregador, naturalmente, não é absoluto, não existindo razão moral, ética ou legal capaz de permitir que o poder do empregador afronte os direitos fundamentais do empregado.

Dessa forma, mesmo o empregado sendo subordinado à vontade do empregador, tal afirmação não pode ser interpretada plenamente, pois o poder de direção deste é limitado. Embora o poder diretivo seja inerente à atividade empresarial, este não pode ser exercido de forma absoluta.

Ainda sobre a possibilidade de limitação da atuação privada, afirma Miguel Reale (1998, p. 353): "No direito do Trabalho é inegável que nos deparemos com a presença do Estado, na sua função institucional, impondo limites à iniciativa individual, ao livre jogo dos interesses dos particulares". [63]

Não existe no ordenamento dispositivo expresso acerca dos limites do poder diretivo, essas restrições e limites são estabelecidos pelos direitos fundamentais assegurados a todos os indivíduos quando existir qualquer agressão à vida privada, intimidade, entre outros.

Vale destacar, a propósito, o ensinamento de Maurício GodinhoDelgado (2007, p. 610):

> Todas essas regras e princípios gerais, portanto, criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias e no controle no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade, medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e dignidade da pessoa que trabalha, empregaticiamente, no país.[64]

Márcio Túlio Viana (1996, p. 139) leciona que o poder decorrente da relação de emprego é um poder discricionário e não poder arbitral, sendo que o exercício do poder deve observar os limites da lei, jamais excedê-la ou contrariá-la. Sustenta ainda que estas limitações são de natureza constiucional.[65]

Sandra Lia Simónaduz (2000, p. 121) que:

> O poder de direção do empresário, fundamentado no seu direito de propriedade, encontra grandes e substanciais limites, que visam sempre proteger a parte mais fraca da relação, ou seja, aquela que apenas dispõe da sua força de trabalho e não detém os meios de produção. Se assim não fosse, não estaria presente um dos requisitos básicos das relações laborais, a liberdade, podendo configurar-se o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> trabalho forçado (típico das sociedades escravocratas) e ferindo-se outro princípio fundamental que norteia a atividade do homem, a dignidade da pessoa humana.[66]

A mesma autora, destaca que o legislador constituinte teve uma grande preocupação em assegurar, em todas as suas formas, o direito à intimidade e à vida privada. Primeiro, no caput do art. 5º, protegeu, de forma genérica, o direito à liberdade e à vida. Depois, protegeu a intimidade, como a vida privada (inc. X) e, na seqüência, assegurou a inviolabilidade de domicílio e das comunicações (postais, telegráficas, telefônicas e de dados), razão pela qual os direitos de personalidade passaram a ter um amparo constitucional explícito.[67]

Tendo em vista que à intimidade é um direito da personalidade, tal nunca se dissocia do indivíduo, não podendo ser sacrificado nem mesmo diante de uma relação de emprego, ainda frente ao incontestável poder diretivo do empregador, que não pode negar o respeito aos direitos fundamentais do trabalhador.

Eros Roberto Grau (2007, p. 196) afirma que a dignidade da pessoa humana, ao lado do direito à vida, constitui núcleo essencial dos direitos humanos e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais (direitos individuais e direitos sociais e econômicos), mas também à organização econômica. As relações econômicas, portanto, devem ser dinamizadas visando a "promoção da existência digna de que todos devem gozar."[68]

Dessa forma, o poder diretivo do empregador fica limitado à observância das normas constitucionais que garantem ao empregado o respeito aos seus direitos fundamentais, que também devem ser observados diante de relações privadas.

A matéria, o lugar e o tempo do trabalho são algumas circunstâncias limitadoras do poder diretivo. Nesse sentido Márcio Túlio Viana (1996, p.140) destaca que o poder diretivo sofre limitações de ordem temporal e espacial, eis que tem os seus contornos definidos apenas durante e no âmbito da prestação de serviços do empregado, pois o poder diretivo do empregador tem um objetivo de alcançar, de modo que o empregador somente pode dar ordens aos seus empregados que estejam em consonância com esse objetivo, ou seja, relacionadas com as obrigações do contrato de trabalho, no local, âmbito, horário e na execução da prestação de serviços. [69]

Com o exposto, percebe-se claramente que o poder diretivo não é absoluto, uma vez que a subordinação inerente ao empregado por força do vínculo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contratual de emprego não pode ir além do necessário para a execução dos serviços.

O poder de direção encontra limites, sob pena de ser considerado abusivo e, consequentemente,ilegal, porém devemos nos atentar para aquelas situações em que o exercício do direito à intimidade do empregado no ambiente de trabalho é abusivo e acaba por prejudicar o exercício das próprias atividades para as quais foi contratado, além de lesionar os interesses da empresa, o que pode prejudicar toda a comunidade detrabalho.

Nessas hipóteses o direito a intimidade deve ser sopesado com outros direitos fundamentais. Nesse sentido Virgílio Afonso da Silva (2005), leciona que o direito à intimidade possui, *prima facie*, o suporte fático mais amplo possível. Mas, dianteda colisão com outros direitos fundamentais, seu conteúdo definitivo deve ser restringido sempre que, nos casos concretos, o sopesamento assim odetermine.

Com essas observações, no próximo capítulo iremos analisar situações de conflito entre o direito à intimidade e o poder diretivo.

5. DA COLISÃO DE DIREITOS: DIREITO A INTIMIDADE DO EMPREGADO X PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

5.1 Informações pessoais

Em decorrência do poder diretivo do empregador, ele possui liberdade para contratação do colaborador mais capacitado para a execução do serviço, todavia existem limitações a serem observadas nesse momento pré contratual.

Tendo em vista as limitações do poder diretivo as entrevistas devem se limitar a tratar de assuntos relacionados as qualidades, atividades e aptidões profissionais do candidato e com o objeto da prestação de serviços, não devendo o empregador realizar questionamentos com o objetivo de descobrir aspectos que dizem respeito a personalidade do candidato e com a sua esfera de intimidade e de privacidade.

O empregador não deve realizar questionamentos a respeito da vida pessoal, familiar efetiva e sexual do candidato à vaga, não devendo nem mesmo realizar indagações a respeito de opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, uma vez que essas informações não guardam pertinência com o objeto de sua futura prestação de serviços.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Questionamentos acerca da vida privada do trabalhador pode caracterizar discriminação, por violação do artigo 5º, inciso X da Constituição federal que assegura a liberdade individual do indivíduo.

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade, nos termos seguintes:
>
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Com vistas ao dispositivo acima citado, é vedado ao empregador realizar questionamentos que não levem em consideração aptidão profissionais para a prestação do serviço, colocando-os fora dos limites de atuação do poder diretivo do empregador. Todas as informações obtidas neste procedimento de avaliação devem ser relacionadas apenas com as atividades profissionais do trabalhador e com o objeto de sua prestação de serviços. É, portanto, limite imposto pela ordem constitucional ao exercício do poder diretivo do empregador.

5.2 Exames médicos

Nos termos do artigo 168 da CLT o empregador tem a obrigação de submeter o trabalhador a exames médicos, por ocasião da admissão, demissão e periodicamente.

A realização de exame médico visa conhecer o estado de saúde do prestador de serviço, a fim de verificar se esta apto a execução daquela atividade.

Porém, o empregador tem dever de comunicar ao indivíduo aqueles exames que deverão ser realizados, dando a liberdade ao indivíduo de recusar a submissão ao exame.

Extrapola o limite do poder diretivo, a exigência de realização de teste de gravidez, HIV, ou outros exames que vão além do exercício do poder diretivo.

O empregado deve realizar apenas os exames médicos necessários a atividade laborativa e tendo em vista que submeter o trabalhador a exames médicos, além das hipóteses legais, fere os direitos constitucionais e fundamentais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

disciplinados no inciso X do art. 5º que consagram a inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada, cujo fundamento é a liberdade individual.

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade, nos termos seguintes:
>
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

É assegurado ao empregado âmbito inacessível ao poder de direção da empresa diante de seu direito á intimidade. Trata-se, portanto, de nítido e legítimo limite imposto pela ordem constitucional ao limite de alcance do exercício do poder diretivo do empregador.

5.3 Da revista pessoal e dos pertences do empregado

Inúmeros empregados passam cotidianamente pelo desconforto da revista de seus pertences e objetos pessoais na entrada ou na saída do trabalho. Os métodos de revista são comuns para proteção do patrimônio da empresa e até mesmo para salvaguardar o ambiente laboral.

A doutrina discrimina a revista em três espécies distintas, sendo elas: revistas íntimas sobre o trabalhador; revistas íntimas sobre os bens do trabalhador e revistas não íntimas.

A revista íntima sobre a pessoa do empregado é vedada devido sua característica invasiva que fere os princípios fundamentais da pessoa humana, como a intimidade, a dignidade, a vida privada, a honra e a imagem.

A revista sobre os bens diz respeito a exposição de objetos pessoais. São aceitas pela maior parte da doutrina e jurisprudência, desde que de forma discreta e impessoal, não extrapolando os limites impostos aos poderes diretivos e fiscalizatórios patronais.

Enquanto, a revista não íntima é permitida, sendo aquela efetuada sem contato físico com o empregador, geralmente pelo uso da tecnologia, por meio de detector de metais e câmeras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Todavia, tendo em vista a linha tênue entre a forma ideal de revista e a revista abusiva, a doutrina não se apresenta unânime quanto à possibilidade da realização da revista íntima.

Dessa forma, para que o empregador utilize a revista para proteção do seu patrimônio devera e atentar ao modo para não expor seus empregados a situações vexatórias, que podem ocasionar indenização por danos morais.

Neste sentido, Amauri Mascaro Nascimento (2006, p. 146) defende que:

> A *revista dos empregados vem sendo considerada pelos Tribunais como um direito de fiscalização do empregador. No entanto, se se torna abusiva da dignidade do trabalhador, não encontrará acolhida nas decisões judiciais. Terá que ser moderada, respeitosa, suficiente para que seus objetivos sejam atingidos.*[70]

O ideal seria a substituição de revista por medidas alternativas. Neste sentido é o entendimento Mauro Schiavi (2009, p. 134), que salienta que *em consonância com o princípio da função social da empresa, o empregador deve investir em tecnologia para fiscalizar seu patrimônio sem necessidade de recorrer a revistas pessoais que gere constrangimento ao empregado.*[71]

Ademais, no caso de revistas em objetos, Alice Monteiro de Barros (p. 557) entende que não estariam vedadas:

> *A jurisprudência brasileira inclina-se, há mais de meio século, pela possibilidade da revista pessoal, mormente quando prevista em regimento interno da empresa, com fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda ao seu patrimônio. Entende-se que a insurgência do empregado contra esse procedimento permite a suposição de que a revista viria a comprovar a suspeita que a determinou, autorizando o reconhecimento da justa causa.*[72]

Nesse sentido são os entendimentosjurisprudenciais colacionados a seguir:

> INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA DE BOLSAS E MOCHILAS. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS DIREITOS DECORRENTES DA PERSONALIDADE. **A visualização do conteúdo de bolsas e**

mochilas não extrapola o poder de controle do empregador, desde que procedida de forma discreta e impessoal, ou seja, sem qualquer discriminação ou acusação pessoal e sem contato físico com aquele que procedia à revista. A conduta se insere no exercício regular do poder diretivo de fiscalização empresarial, uma vez que não foram comprovados quaisquer prejuízos diretos ou indiretos ao empregado, não configurando ofensa aos direitos decorrentes da personalidade, tampouco afronta ao princípio da isonomia. (TRT-4 - RO: 00014385820105040201 RS 0001438-58.2010.5.04.0201, Relator: LUCIA EHRENBRINK, Data de Julgamento: 08/11/2012, 1ª Vara do Trabalho de Canoas). (grifo nosso).

RECURSO ORDINÁRIO. REVISTA VISUAL EM BOLSA DE EMPREGADO. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. **A revista visual exercida em bolsas e pertences realizadas, pelo empregador, em lugar apropriado, de forma moderada e indistintamente a todos os empregados do respectivo setor não constitui caráter abusivo nem vexatório a ensejar o dano moral postulado, por inocorrência de agressão à dignidade humana do trabalhador**. Recurso improvido. (TRT-19 - RECORD: 184200800319009 AL 00184.2008.003.19.00-9, Relator: Pedro Inácio, Data de Publicação: 22/04/2009). (grifo nosso).

EMENTA: REVISTA PESSOAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Se é possível entender que a revista dos empregados, quando do encerramento da jornada, pode fazer parte do poder diretivo do empregador, é de se observar que **o uso dessa faculdade deve sofrer limitações, notadamente à luz dos direitos que conformam a personalidade, que são todos aqueles inerentes ao ser humano** (vida, honra, dignidade, intimidade, privacidade, etc.). **Para saber a exata dimensão desses limites, o julgador deve recorrer ao princípio da proporcionalidade** (art. 5º, inciso LIV, da Constituição), hábil instrumento na busca da equação adequada entre meios e fins. No caso vertente, torna o quadro especialmente lesivo o fato de os empregados serem obrigados a permitir a vistoria de bolsas e objetos pessoais cotidianamente e na presença dos demais colegas de trabalho. Nesse sentido, não há dúvida que as revistas empreendidas pela ré acarretavam na obreira indevido

constrangimento, desconforto e até mesmo intimidação, em descompasso com a confiança e o respeito que devem fundamentar a relação de trabalho. A suspeição que esse procedimento traduz apresenta, pois, caráter humilhante e vexatório, maculando a honra e a dignidade do trabalhador, o qual é obrigado a se submeter "de bom grado" às revistas, a fim de manter a respectiva fonte de subsistência. (TRT da 3.ª Região; Processo: 000117212.2012.5.03.0013 RO; Data de Publicação: 03/09/2013; Disponibilização: 02/09/2013, DEJT, Página 294; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Marcelo Lamego Pertence; Revisor: Fernando Luiz G.Rios Neto). (grifo nosso).

"DANO MORAL. REVISTA. **A revista, de caráter geral, em que se examina apenas o conteúdo de bolsos e mochilas, esvaziadas pelos próprios empregados, sem qualquer contato físico por parte do revistador, e também sem a menor indicação de constrangimento ou abuso, não caracteriza ato ilícito** e, portanto, não enseja reparação de dano moral. Recurso da ré a que se dá provimento." (TRIBUNAL: 2ª Região - DECISÃO: 04/12/2007 - TIPO: RO - ANO: 2007 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 02219-2005-072-0200-9 - TURMA: Décima Primeira Turma - DJSP DATA: 18/12/2007 - Rel: Eduardo de Azevedo Silva). (grifo nosso).

REVISTA. DANO MORAL. A reclamada, diante de seu poder diretivo e na busca da preservação de seu patrimônio, pode realizar os atos necessários a tal fim, observados os limites que decorrem do ordenamento jurídico. Na hipótese, não se verifica ter havido violação à honra, imagem, dignidade, intimidade ou privacidade da reclamante e tampouco ter a reclamada agido de forma discriminatória. **Revista realizada indistintamente em todos os empregados, consistindo em mera visualização do conteúdo de bolsas e sacolas, sem contato com esse conteúdo e sem contato físico com o empregado**. Dano moral não caracterizado." (TRT 4ª REGIÃO – RO – ACÓRDÃO 00415-2006-104-04-00-9 – F. 1.1. – Decisão: 28/06/2007 – 1ª Turma – Rel.: Juíza Eurídice Josefina Bazo Tôrres – Publicação: 03/07/2007 – DORGS). (grifo nosso).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em sentido oposto, Floriano Junior (2008) declara que o empregador passa em média oito horas diárias dentro da empresa, o que constitui um terço do seu dia, necessitando dessa forma, guardar os seus objetos de uso pessoal. Permitir a revista a esses espaços reservados aos empregados seria o mesmo que, por analogia, entender possível que o locador de um imóvel possa entrar a hora que bem entender no imóvel locado.

Para o autor as revistas só se justificariam diante da existência de fortes indícios de prática ilícita e em estado de flagrância. Para o autor só a polícia tem a função de investigar quando do acontecimento de um furto ou simplesmente para sua prevenção na empresa. Observa ainda que mesmo havendo o consentimento dos empregados quanto à prática das revistas, há vício nesse consentimento, pois emana do estado de subordinação.

Para ele, as revistas não se justificam, pois existem outras formas de fiscalização menos constrangedoras. É o caso da vigilância eletrônica no estabelecimento através de câmeras. Outro exemplo se dá com a colocação de etiquetas magnéticas nas mercadorias vendidas pelas empresas.

Neste ínterim, devido à existência de outros meios de preservação do patrimônio da empresa e segurança, existem aqueles que defendem a proibição de qualquer das formas de revista.

Sandra Lia Simón (2000, p. 149) divide a mesma concepção:

> *A partir do momento que o trabalhador é contratado para prestar serviços a determinada empresa, depois de um processo de seleção, estabelece-se entre eles um elo de confiança, que é fundamental para o desenvolvimento da relação laboral. Se assim não fosse, o processo do trabalho seria inviável. Por consequência, quando o empregador reserva para o empregado alguns objetos ou locais, para seu uso e gozo, estes passam a integrar a sua esfera íntima e privada. É importante lembrar que, em geral, um indivíduo passa um terço do dia à disposição do seu patrão, razão pela qual tem necessidade de guardar objetos de uso pessoal. Assim, da mesma forma que o direito de propriedade não autoriza que o locador adentre no imóvel alugado, o empregador não poderá fiscalizar, sem o consentimento do empregado, esses bens e locais. Trata-se de dar nova dimensão à noção constitucional de domicílio, que é ampla e não pode ser confundida com uma mera conceituação*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *teórica, pois a sua essência encontra-se na função que representa para o indivíduo.*[73]

Ademais, no caso de suspeita de subtração de bens da empresa pelo empregado, cabe ao empregador acionar a autoridade policial, tendo em vista que o poder diretivo não deve ser confundido com poder de polícia.

Nesse viés, Alice Monteiro de Barros (1998, p. 819) salienta que:

> *A revista, a rigor, vem sendo considerada, com acerto, como verdadeira atividade de polícia privada. Logo, só poderá ocorrer de forma geral, não discricionária e apenas em circunstâncias excepcionais, respeitando-se ao máximo a esfera de privacidade do empregado, que se projeta sobre bolsos, carteiras, papéis, fichários e espaços a ele reservados. Entendimento contrário afronta o preceito constitucional, que considera a intimidade do cidadão brasileiro.*[74]

Todavia, a jurisprudência trabalhista vem se posicionando favoravelmente à possibilidade de revista pessoal no ambiente de trabalho, quando utilizada para salvaguarda e como medida de segurança do patrimônio do empregador. Assim, desde que exercida nos limites do direito e preservando os direitos fundamentais do trabalhador a revista pessoal pode ser admitida. Vejamos:

> DANO MORAL. REVISTA PESSOAL. **A revista pessoal, quando é necessária e inevitável diante das circunstâncias específicas, em procedimento rotineiro de segurança, em empregados aleatoriamente escolhidos, sem discriminações, de forma reservada, sem excessos e realizada por pessoa do mesmo sexo, em regra, não configura dano moral.Entretanto, a revista íntima que extrapola os padrões aceitáveis de razoabilidade, causando constrangimentos desnecessários à trabalhadora, deve ser indenizada.** (TRT-2 - RO: 00023505420115020014 SP 00023505420115020014 A28, Relator: MANOEL ARIANO, Data de Julgamento: 02/07/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 17/07/2015) (grifo nosso).

> RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA PESSOAL. **O quadro fático delineado pelo Tribunal Regional demonstra a existência de revista pessoal nos empregados, sem o contato físico, bem como que tal prática se dava de forma generalizada.** Ressalvo meu posicionamento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que a revista - íntima ou não -, viola a dignidade da pessoa humana e a intimidade do trabalhador. Contudo, acompanho o entendimento da SBDI-1 desta Corte no sentido de que a revista pessoal (sem contato físico) não afronta a intimidade, a dignidade e a honra. Indevida, portanto, a indenização por dano moral. Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 6908420115090093, Relator: CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO, Data de Julgamento: 04/06/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: 06/06/2014). (grifo nosso).

EMENTA: REVISTA PESSOAL. EXISTÊNCIA DE MEIOS ALTERNATIVOS E USUAIS DE CONTROLE DO PATRIMÔNIO DO EMPREGADOR. ILICITUDE. A colisão entre o direito de propriedade do empregador e a intimidade do empregado (art. 5º, X, da CR) não comporta uma solução abstrata e apriorística, perpassando, necessariamente, pela incidência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no caso concreto. **Porém, a existência de meios alternativos e usuais de controle do patrimônio do empregador afasta a licitude das revistas pessoais, pois evidencia o sacrifício desnecessário da esfera privada e, por conseguinte, da dignidade do trabalhador, excedendo os limites impostos pelos fins sócio-econômicos da propriedade, pela boa-fé ou pelos bons costumes, que alcançam também o exercício do poder fiscalizador do empregador** (art. 187 do CCB). (TRT da 3.ª Região; Processo: 0000454-26.2010.5.03.0129 RO; Data de Publicação: 25/10/2010; Disponibilização: 22/10/2010, DEJT, Página 84; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Jose Murilo de Morais; Revisor: Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida). (grifo nosso).

REVISTA PESSOAL. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. **As revistas pessoais representam meio legítimo de fiscalização à disposição do empregador, desde que realizadas de forma que não atentem contra a intimidade de seus empregados.** Acaso não observado esse parâmetro, estar-se-á desrespeitando o preceito constitucional que assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, gerando ao lesado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente do ato ilícito (art. 5º, inciso X, da CF). (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011054-96.2016.5.03.0129 (RO); Disponibilização:

> 14/12/2017, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 3193; Órgão Julgador: Decima Primeira Turma; Redator: Convocada Olivia Figueiredo Pinto Coelho). (grifo nosso).

A análise dos julgados trazidos acima, nos possibilita concluir que a revista pessoal, quando necessária, vem sendo admitida pelos Tribunais Trabalhistas, desde que exercida dentro dos limites do direito e de forma a não agredir a dignidade e a intimidade do trabalhador.

Os Tribunais Trabalhistas vêm reprimindo com rigor as atitudes praticadas por maus empregadores que, extrapolando os limites do poder diretivo impõem revistas pessoais constrangedoras, humilhantes, causadoras de agressões morais e situações vexatórias ao trabalhador, justificando as decisões que concedem indenizações por danos morais.

> DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA CONSTRANGIMENTO. O respeito à dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da Constituição da República, devendo tal fundamento ser garantido em todos os cidadãos nos diversos segmentos da sociedade. **Deste modo, não se pode admitir que, em nome do poder diretivo e fiscalizador que a lei confere ao empregador e da subordinação decorrente da relação de emprego, venha o patrão submeter seus empregados a revista íntima de forma primitiva e humilhante, mormente nos dias atuais em que a tecnologia disponibiliza ao consumidor meios de fiscalização e de vigilância de ambientes de forma eficaz, sem constranger tanto as pessoas vigiadas como ocorre nas revistas íntimas e pessoais.** A circunstância de o empregador fabricar ou comercializar medicamentos psicotrópicos ou de uso controlado pela saúde pública não justifica a adoção de revistas íntimas degradantes e humilhantes como vinha sendo praticada pela ré, pelo que mantémse a indenização por danos morais deferidas em primeira instância." (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 19/04/2007 - TIPO: RO - NUM: 00928 -ANO: 2006 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 00928-2006-037-03-00-8 - TURMA: Sétima Turma - DJMG DATA: 08-05-2007 - PG: 21 – Rel: Juiz Rodrigo Ribeiro Bueno). (grifo nosso).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DANO MORAL. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À IMAGEM. Filmagens efetuadas no interior no banheiro da reclamada, flagrando empregadas em trajes íntimos ou desnudas. Violação à intimidade e à imagem da reclamante. Dano moral caracterizado. Aplicação do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e do art. 186 do Código Civil. Excessivo valor da indenização fixado na origem. Redução. Apelo da reclamada parcialmente provido." (TRT 4ª REGIÃO – RO – ACÓRDÃO 00219-2006-006-04-00-9 – F. 1.1. – Decisão: 15/03/2007 – 3ª Turma – Rel.: Juíza EURÍDICE JOSEFINA BAZO TÔRRES - Publicação: 20/03/2007 – DORGS).

DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. ABUSO DO PODER DIRETIVO EMPRESARIAL. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE. Não se pode acolher que, no intuito de se evitarem furtos de mercadorias, seja dado às empresas o poder de ridicularizarem seus empregados, constrangendo-os a se despirem diante de vigilantes, após se submeterem às agruras prévias de um sorteio, com bolas pretas e brancas, a definir se o constrangimento será "maior" ou "menor". **As obrigações de conduta no ambiente de trabalho não retiram do empregado, ou sequer enfraquecem, os direitos da personalidade**, dentre os quais o respeito à intimidade. Sendo certo que o empregado, enquanto submetido ao poder diretivo patronal, deve suportar algumas limitações em razão da própria circunstância de trabalho, não é de se admitir, contudo, que o empregador adote procedimentos capazes de comprometer ou violar a intimidade e a dignidade da pessoa humana, pois o poder direcional conferido aos empregadores não pode ser exercido de maneira absoluta, em face da sua coexistência com princípios e regras que norteiam o contrato de trabalho. Vez que indubitável a conduta abusiva e constrangedora da Ré, excedente aos limites do poder diretivo, e efetivamente ofensiva à dignidade da pessoa humana, impõe-se a devida reparação da lesão moral, constatando-se, ainda, caracterizados todos os pressupostos para o pagamento da indenização decorrente da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, a culpa e o nexo causal." (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 28/02/2007 - RO NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 00864-2006-062-03-00-5 – Oitava Turma – DJMG - DATA:

10/03/2007 - PG: 27 – Relatora: Maria Cecília Alves Pinto). (grifo nosso).

DANO MORAL. REVISTA CONSTRANGEDORA. Restou evidenciado nos autos, que a reclamada **exorbitou do exercício regular do poder disciplinar, quando por exacerbada fiscalização, submeteu o reclamante ao constrangimento de desnudar-se diante do vigilante da empresa no momento da revista**. Nesta hipótese, a empregadora atentou contra o direito à intimidade do empregado, preservada pela Constituição da República (art. 5o. inc. X), respondendo pelo pagamento de indenização por dano moral." (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 24/07/2000 - RO NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 12727/99 – Primeira Turma – DJMG - DATA: 18/08/2000 - PG: 5 – Relatora: Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães).(grifo nosso).

Dessa forma podemos concluir que, quando necessárias, as revistas são autorizadas pela doutrina e jurisprudência trabalhista, respaldando-se no poder diretivo do empregador e na necessidade de satisfazer o interesse empresarial para proteção do seu patrimônio e segurança das pessoas.

É preciso harmonizar o interesse em defesa do patrimônio do empregador, com o indispensável respeito ao direito à intimidade e vida privada, dos quais ninguém pode se despir, mesmo diante de uma situação de subordinação.

Portanto, diante do conflito entre o direito à intimidade do empregado e o direito de propriedade do empregador, deverão prevalecer os direitos de personalidade dos empregados, por serem valores de maior relevância embasados na consagração da pessoa humana.

Contudo, no que diz respeito às revistas, devem ser utilizadas excepcionalmente, quando os outros mecanismos forem insuficientes para o exercício da fiscalização a que se propõe. Ademais, também deve possuir justificativa pautada na proteção do patrimônio do empregador e/ou segurança das pessoas.

Ainda que possam existir revistas pessoais, e que, as mesmas sejam lícitas, toda e qualquer revista realizada por meio de contato físico deve ser abolida, sob pena de incindir em grave ofensa à intimidade do empregado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5.4 Uso de computador, internet e caixa de emails

Diante dos avanços na área da ciência e tecnologia vivemos hoje em uma era totalmente tecnológica, na sociedade globalizada em que estamos inserimos a utilização de computadores, internet e correio eletrônico faz parte do cotidiano com vistas a facilitar em muito o desenvolvimento da atividade profissional em geral, quer em face às exigências do mercado, quer pela rapidez que se espera do conteúdo e a evolução dos trabalhos como forma eficiente de realizar e dinamizar atividades com a utilização dessas novas tecnologias.

Diante da necessidade da utilização da *internet* no ambiente de trabalho, o computador, o acesso a rede mundial e a correspondência eletrônica passaram a ser ferramentas indispensáveis na sociedade moderna.

Como parte desse processo evolutivo tecnológico, os empregadores frequentemente concedem aos seus empregados computadores com acesso à *internet* como ferramenta de trabalho, visando propiciar trabalho com maior rapidez, presteza e qualidade no desenvolvimento da atividade econômica.

Ocorre que esse avanço deve ser utilizado como ferramenta benéfica ao desempenho da atividade profissional e não como ferramentas para mutilação de direitos fundamentais.

Assim, o uso desses instrumentos tecnológicos, pode gerar possíveis ofensas ao direito à intimidade e vida privada do trabalhador pelo uso da informática, pois por meio desse mecanismo o empregador poderá ter acesso a informações de cunho pessoal do empregado sem que, muitas vezes, este se quer tenha ciência de tal fato. É certo, porém, que a utilização de tais equipamentos deve ser destinada à consecução do trabalho, dos objetivos empresariais, mas nem sempre é possível vedar de forma absoluta a comunicação pessoal do empregado.

Nessa perspectiva, é essencial mencionar que a relação entre as novas tecnologias, os direitos da personalidade e o poder de direção do empregado, devem estar elencadas pelo equilíbrio desses direitos, diante da necessidade de limitação do poder diretivo do empregador frente ao direito à intimidade do trabalhador.

Inicialmente, no que diz respeito ao computador ele é um equipamento de trabalho que deve ser utilizado como ferramenta para o desenvolvimento da atividade laborativa, assim passível de controle, em face de sua necessária destinação e do poder de direção do empregador. Todavia, ainda que passível de fiscalização, esta deve estar pautada na preservação da dignidade dostrabalhadores.

Dessa forma, com o fim de preservar o direito á intimidade do trabalhador, deve ser advertido a existência de limitações do uso e emprego da ferramenta de trabalho, sendo imprescindível a ciência prévia deste. Diante da ausência de proibição ou limitação, é totalmente lícito o uso pessoal do computador pelo empregado, desde que não prejudique o desempenho da atividade produtiva na empresa.

Tal posicionamento se verifica no julgado a seguir:

> JUSTA CAUSA. USO INDEVIDO DA INTERNET. CONFIGURAÇÃO. Hoje em dia, o acesso à internet é uma realidade disponível para a grande maioria das pessoas que, através dela, têm a possibilidade de se conectar com o mundo, tanto no âmbito familiar quanto no profissional. Na esfera trabalhista, a internet vem sendo largamente utilizada, podendo representar um genuíno instrumento de trabalho, mas o seu uso indevido por parte dos empregados tem ocasionado discussões, principalmente porque não há ainda uma legislação específica regulando a matéria. Como medida patronal preventiva, o que se tem observado hoje é a fiscalização, a restrição ou até mesmo o bloqueio total de acesso à internet para fins particulares durante o período de trabalho, o que é perfeitamente cabível dentro do poder diretivo e regulamentar do empregador. Porém, a monitoração do uso da internet no ambiente organizacional tem se tornado cada vez mais difícil, pois a tecnologia da telefonia móvel, por exemplo, acaba rompendo a barreira eventualmente imposta pelo empregador. Nos casos em que restar provado que a empresa proibia a navegação na internet durante o horário de trabalho e o empregado desafiava os limites impostos para acessá-la habitualmente por meio de seu celular pessoal, é inegável a ocorrência de justa causa para a dispensa, ficando evidente a prática de desídia e mau procedimento. Se além disso ficar demonstrado que, através da internet, o trabalhador ofendia colegas de trabalho, clientes da empresa ou a própria organização, é possível ainda enquadrá-lo nas situações previstas pelas alíneas j e k do art. 482 da CLT. É que todo empregado deve saber que está inserido no contexto da empresa, de modo que seu comportamento inadequado pode causar sérios danos ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estabelecimento, e o que é postado através da conexão universal da internet pode afetar a segurança, a produtividade e até mesmo a reputação de uma organização consolidada. Portanto, o trabalhador tem que se portar nas redes sociais com o mesmo zelo sob o qual se mantém no ambiente de trabalho, pois no mundo virtual o meio é diverso, mas as ações e consequências são as mesmas do mundo real. A má ação do empregado no âmbito virtual equivale àquela adotada no mundo tangível, afinal, seu perfil, seja ele real ou eletrônico, é único. Recurso a que se nega provimento no aspecto. (TRT-15 - RO: 18438420125150018 SP 047374/2013PATR, Relator: LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS, Data de Publicação: 14/06/2013)

Verificada a falta de empenho do trabalhador no exercício de sua atividade laboral, pelo uso desordenado do computador para fins pessoais em detrimento do trabalho a ser exercido, quando advertido a respeito dos limites para a utilização deste, é possível que o empregador se valha de mecanismos para punir o empregado, como a advertência, a suspensão disciplinar ou até mesmo pela adoção da despedida por justa causa, com base no art. 482, alínea *e* da CLT, conforme ocaso.

Ademais, tendo em vista que o uso do computador não se restringe apenas a utilização da ferramenta, vez que permite o acesso a rede mundial de computadores e o correio eletrônico.

Quanto ao email, antes de qualquer consideração se faz necessária a distinção entre "e-mail corporativo" e "e-mail pessoal" do empregado. O e-mail pessoal é aquele em que a pessoa por livre e espontânea vontade cria, fornecendo dados pessoais, criando seu nome de usuário da forma que lhe aprouver. Serve para que se mantenha contato com quem desejar, como familiares, amigos, entre outros, enquanto o e-mail corporativo é fornecido pelo empregador, em virtude das necessidades da atividade e da confiança depositada no empregado, para exercício exclusivo das suas funções.

Importante à distinção, tendo em vista que o poder diretivo do empregador abarca apenas os meios de produção da atividade laboral, tão logo, apenas o e-mail corporativo é suscetível decontrole.

O correio eletrônico particular do empregado não pode ser objeto de fiscalização pelo empregador tendo em vista os direitos fundamentais à intimidade

e à privacidade que são garantidos ao empregado. O julgado abaixo orienta o alegado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTA CAUSA. O Tribunal de Origem entendeu que o uso de email particular para envio de mensagens pessoais não caracteriza justa causa. Entender diversamente encontra óbice na Súmula 126/TST. Sustenta a Recorrente que todo empregado contratado é orientado a não utilizar sites de entretenimento na internet ou enviar mensagens eletrônicas (emails) particulares, afirmando que o próprio Recorrido reconheceu em seu depoimento que foi dispensado por justa causa porque ofendeu o supervisor através de email que passou para seus amigos, devendo ser validade a dispensa por justa causa, julgando-se improcedente o pedido de diferenças de verbas rescisórias e indenização relativa ao suposto período de estabilidade. Não lhe assiste razão. Essencial destacar, para o deslinde da controvérsia, que a rede mundial de computadores (internet) e as correspondências eletrônicas (emails) incorporam-se ao cotidiano das pessoas, como uma forma rápida de comunicação e acesso à informação, motivo pelo qual, no âmbito das relações empregatícias, deve haver uma ponderação e interesses entre o sigilo das comunicações e dados do empregado com o direito de propriedade e livre iniciativa da empresa. Ambos com amparo em normas fundamentais da Constituição Federal (arts. 1, IV, e 5, XII e XXII, CF). Em importante julgamento proferido recentemente pelo C. Tribunal Superior do Trabalho (RR n. 613/00.7), o ilustre Ministro João Oreste Dalazen esclareceu brilhantemente em seu voto que os direitos do empregado à privacidade e ao sigilo de correspondência concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual, ressaltando que apenas o email pessoal ou particular do empregado desfruta da proteção constitucional, o que não ocorre com o email corporativo, por se tratar de endereço eletrônico que lhe é disponibilizado pela empresa, visando a transmissão de mensagens de cunho estritamente profissional, ostentando natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. A disparidade de tratamento jurídico,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conforme as lições do próprio Ministro Josão Oreste Dalazen, decorre do fato de ser o email corporativo destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, envolvendo o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a rede mundial de computadores (internet) e sobre o próprio provedor, levando-se em conta também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (art. 932, III, CC), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Evidente que o empregado, ao receber uma caixa de email de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, o que não se justifica em se tratando de email particular, pois nesta hipótese o direito à intimidade protege a vida privada do empregado, salvaguardando um espaço íntimo não passível de intromissões ilícitas externas (art. 5, X, CF), incluside por parte de seu empregador. Compulsando o caderno processual, verifica-se que a dispensa por justa causa aplicada ao Reclamante, de acordo com a informação trazida com a 1 Reclamada (CBCC – Participações S/A), decorreu do envio de mensagens eletrônicas não relacionadas ao seu trabalho para pessoas da sua relação de emprego, restando esclarecido em audiência de instrução que em uma ocasião houve ofensa a honra e boa fama de superior hierárquico, enquadrando-se na hipótese prevista no art. 482, K, da CLT. Entretanto, ainda que o empregador possa tipificar a justa causa para fins de resolução do contrato de trabalho, não se afasta a posterior averiguação pelo Poder Judiciário (art. 5, XXXV, CF), levando-se em conta o princípio da razoabilidade e a gravidade do ato praticado pelo empregado, o que não restou comprovado no caso subjudice, uma vez que a suposta ofensa perpetrada pelo empregado teria ocorrido através de email particular (conta no Yahoo, fls. 723/724), não passível de acesso por parte do empregador (art. 5, LVI, CF), inexistindo qualquer elemento nos autos que demonstre a prévia ciência do Reclamante quanto à suposta proibição de utilização de correio eletrônico para tratar de assuntos

> pessoais. Processo: AIRR – 3058/2005 – 013-09-40.0. Data de Julgamento: 06/05/2009, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8 Turma, Data de Divulgação: DEJT 22/05/2009.

Se entende como e-mail corporativo, aquele fornecido pelo empregador, que deverá ser utilizado pelo empregado, durante o horário de trabalho para fins empresariais. Enquanto o e-mail pessoal é o criado pelo próprio funcionário com o objetivo de trocar mensagens com familiares ou amigos, este de cunho estritamente pessoal.

Todavia, a utilização do e-mail corporativo para o envio de mensagens particulares é passível de fiscalização pelo detentor do poder empregatício. Contudo o empregado deverá ter ciência dessa fiscalização e da finalidade do uso do computador, qual seja a atividade funcional.

É de suma importância e indispensável que o empregador defina junto ao empregado os limites da utilização da internet. Se o empregador determinar que o empregado não pode utilizar a Internet, poderá o empregador fiscalizar o seu uso sem que seja configurada violação de direitos fundamentais do empregado.

Filho e Negrisoli (2009) afirmam que o entendimento dominante do TST (Tribunal Superior do Trabalho) é de que o e-mail corporativo é considerado uma ferramenta de trabalho e que, por esse motivo, é passível de violação por parte do empregador, até porque, o empregador responde perante terceiros por atos de seus empregados. Nessa hipótese haveria a primazia do direito de propriedade frente à privacidade do empregado. [75]

Frente a esse posicionamento favorável à fiscalização do e-mail corporativo e desfavorável à violação do e-mail particular pode ser observado na maioria das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho. Segue uma decisão para exemplificar:

> Ementa: Indenização por danos materiais e/ou morais. Contagem do prazo prescricional. Este o relatório. Proc. Nº 000279269.2011.5.02.0030 1. I - RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR. 1. Indenização por danos materiais. A respeito da utilização de correio eletrônico (e-mail) como meio de prova, temos que a mais Alta Corte Trabalhista já pronunciou a respeito: "Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge urna dúvida de uso indevido dos e-mails, por certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor. (...) A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares". (...) Desta forma, entendeu C. TST que não se trata de prova ilícita a possibilidade do empregador vir a monitorar o e-mail "corporativo", não existindo violação ao princípio de proteção constitucional em relação ao ex empregado. Assim, como acima citado, entendeu-se pela possibilidade de fiscalização por parte do empregador, inclusive quanto a sua utilização como meio válido para rescindir o contrato de trabalho, por justa causa. Neste específico aspecto, forçoso reconhecer a falta de uma definição jurídica mais ampla sobre as mais diversificadas utilizações da internet, que acabam por acarretar questionamentos nas relações sociais e trabalhistas, especialmente quando se trata de conflitos que abarquem os direitos fundamentais, mormente o da tutela constitucional acerca da intimidade, sigilo e inviolabilidade da correspondência da pessoa, somado ao direito garantido da propriedade. (...) **Neste momento, mostra-se necessária fazer a distinção entre e-mail "corporativo" e o "particular". O primeiro constitui uma ferramenta de trabalho, fornecido pelo empregador e que deveria ser utilizado exclusivamente para o trabalho, enquanto o segundo possui um caráter muito íntimo e pessoal, estando garantido pelo indigitado texto constitucional. Assim, deve-se ter em mente que o email "particular" deve ter o direito garantido ao sigilo citado no citado artigo constitucional, uma vez que visa salvaguardar as informações das correspondências e das comunicações particulares, que só dizem respeito à pessoa destinatária.** De forma categórica, afirmo que não pode haver a menor possibilidade de violação de cartas particulares, seja por agentes públicos ou por autoridade patronal. Logo, a partir da adoção dos conceitos acima, pode-se diferenciar quanto ao manejo dos emails, pois, sob o enfoque especificamente das relações do trabalho,

> notadamente com vistas a perquirir sobre a interferência de algum empregador nas correspondências utilizadas pelos seus empregados. Ademais, o uso indevido do e-mail "corporativo", acaba por confirmar a versão de inegável perda do tempo de trabalho, prejudicando inclusive o seu propósito laboral, justificando a necessidade dos empregadores em fazer um monitoramento desta ferramenta de trabalho. Outra forma de evidente prejuízo às empresas, seria a indevida utilização do e-mail "corporativo" para eventual propagação de mensagens com cunho discriminatório, isto com o logotipo da empresa estampado na divulgação, o que poderia acarretar inegáveis prejuízos financeiros, mormente afetando a imagem da empresa. Portanto, nesta trilha, resta evidente que não há qualquer afronta à privacidade do obreiro, em razão do monitoramento do seu e-mail "corporativo", ainda porque tal ferramenta é de propriedade da empresa que apenas cedeu ao colaborador para que fizesse uso restrito ao âmbito profissional. Nesse sentido, acompanho o posicionamento adotado pelo Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, do C. TST. Contudo, em se tratando do chamado email "particular" tal raciocínio não se aplica, pois como acima retratado, tal procedimento não se desprende do caráter de sigilo, intimidade e inviolabilidade que compõe uma correspondência particular, e a quebra destes preceitos, com a sua utilização para usos empresariais, confirma a inegável afronta aos citados direitos, guarnecidos constitucionalmente. Ainda porque, o legislador constituinte, ao tratar dos direitos à intimidade e à inviolabilidade, na forma como grafados em nossa Constituição, tem o intuito de preservar a intimidade das pessoas e, no particular, as suas correspondências pessoais, que diferem daquelas mensagens utilizadas para o desempenho de suas atividades profissionais. (...)(TRT - RO: 0002792-69.2011.5.02.0030 SP, Relator: Desembargador Sérgio Winnik, 30ª Vara do Trabalho de São Paulo, Data de Publicação: 14/06/2013). (grifo nosso)

Desta forma, a prova obtida pelo empregador através da fiscalização do email corporativo, a primeira vista, não pode ser considerada ilícita. Assim é o entendimento jurisprudencial:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PROVA ILÍCITA. -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (-e-mail- particular). **Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.** 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail- corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. [...] Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de -e-mail- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). [...] (Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (Processo: RR - 61300-23.2000.5.10.0013 Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005.) (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. PROVA ILÍCITA. Nenhum dos dispositivos declinados como violados, incluindo-se o art. 5º, XII, da CF, disciplina a matéria inerente à ilicitude da prova para que se possa reputar violado. Além disso, a ilicitude da obtenção da prova pressupõe inobservância de norma disciplinadora, o que não sucedeu. **Sob o prisma de violabilidade do sigilo dos e-mails, tampouco há falar em violação do art. 5º, XII, da CF, por se tratar de e-mail corporativo e não privado, meio de comunicação disponibilizado pelo empregador apenas para uso profissional conforme normas internas de conhecimento do empregado e com "expressa previsão de gravação e monitoramento do correio eletrônico, ficando alertado que o colaborador não deve ter**

> **expectativa de privacidade na sua utilização** (item 6.1 - fl. 176)", conforme notícia o acórdão regional. (Processo: AIRR - 1461-48.2010.5.10.0003 Data de Julgamento: 25/02/2015, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015) (grifo do autor)

A fiscalização prima por evitar prejuízos causados pelo uso abusivo da internet, tais quais: a perda da produtividade pelo empregado; o recebimento de vírus pelo equipamento; spam ou lixo eletrônico; sobrecarga no sistema informático; e pirataria.[76]

Todavia, o simples fato do e-mail corporativo ser de propriedade da empresa não autoriza o empregador a violar seu sigilo.

Afirma Barros (2017) que a regra é a liberdade de comunicação, o que é permitido fiscalizar é a quantidade e horário das mensagens e não a fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas. Em sendo a mensagem de conteúdo íntimo a fiscalização de seu teor por parte do empregador, salvo autorização judicial, enseja violação de dois preceitos constitucionais: o que garante o sigilo da correspondência (artigo 5º XII) e o que assegura o direito à intimidade (artigo 5º X). Mais ainda, poderá o empregado rescindir o contrato de trabalho alegando justa causa por parte do empregador, com base legal no artigo 483 da CLT, cabendo ainda indenização por dano moral e/ou material.

Com todo exposto, podemos concluir que o e-mail pessoal não é passível de fiscalização pelo empregador, uma vez que esta ação infringiria o direito fundamental à intimidade e à privacidade do empregado.

No quediz respeito ao correio eletrônico corporativo, como se trata de uma ferramenta de trabalho, não esta abarcado pela inviolabilidade do sigilo de correspondência (art. 5, inciso XII, da CF/88). Dessa forma, sua fiscalização pelo empregador é possível, tendo em vista o direito de propriedade e de livre iniciativa do empregador. Todavia, este direito deve ser ponderado, sempre com vistas a respeitar a dignidade da pessoa humana, sendo dessa forma imprescindível o conhecimento prévio do empregado no ato da contratação, sobre o uso do e-mail corporativo e a possibilidade de fiscalização deste, sob pena de violação de sua privacidade ou de sua intimidade.

Neste interím, de sua importância mencionar que o direito de propriedade e o poder de direção do empregador não são absolutos e encontram limites nos direitos fundamentais do trabalhador. Dessa forma, o empregador poderá exercer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o seu poder fiscalizatório das ferramentas de trabalho eletrônicas, como computadores, internet e correio eletrônico, colocadas à disposição do empregado para a realização de seu labor, desde que não haja violação dos direitos de personalidade deste.

Dessa forma, é necessário que o poder diretivo e de fiscalização do empregador seja praticado de forma cuidadosa para que não suprima a intimidade e a privacidade do empregado. O empregador sempre deve agir com bom senso, previamente instruindo e orientando seus empregados sobre as normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e de monitoramento de seu correio eletrônico, sempre com autorização expressa para tal finalidade.

5.5 Utilização monitoramento audiovisual

O monitoramento audiovisual diz respeito ao emprego de câmeras de vigilância para observação do ambiente laboral. É o monitoramento tendo com base a filmagem por meio de câmeras, com fundamento na proteção e segurança de pessoas e coisas.

A vigilância via câmeras se apresenta mais viável tendo em vista que o empregador irá despender recursos financeiros apenas para a instalação e posterior manutenção das câmeras, o que gera gastos menores do que as despesas oriundas do vínculo empregatício de trabalhadores necessários ao desempenho da função de vigilante.

Ademais, o emprego na vigilância eletrônica permite o monitoramento à distância, permitindo uma vigilância constante e ininterrupta com uma observação expressivamente maior em nível local, permitindo ainda a manutenção das imagens.

A questão é se a utilização deste meio de proteção da propriedade, aumenta o poder de controle do empregador, tendo em vista que esta vigia contínua capta, de forma intromissiva, informações pessoais do empregador, vindo a ferir o direito à intimidade dos empregados.

Na França é admitida a utilização dos aparelhos audiovisuais para combater crimes comuns e proteger o patrimônio do empregador, não sendo permitido, porém, seu uso com a finalidade de controlar os empregados (RIBEIRO, 2008).

Ribeiro (2008) leciona que na Alemanha o monitoramento audiovisual é admitido somente em casos excepcionais e sob a condição do aceite prévio por parte dos trabalhadores. Em Portugal é necessário autorização legal por meio do consentimento dos empregados. Tal autorização só será concedida se sua utilização for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil a legislação trabalhista não proíbe que o empregador exerça o seu poder diretivo através da implantação de sistemas visuais com câmeras de vídeo no ambiente de trabalho. Essa medida objetiva fiscalizar os empregados no exercício de suas atividades, acompanhar a execução dos trabalhos, preservar a ordem e proteger o patrimônio do empregador e dos próprios trabalhadores.

Todavia, apesar do uso deste tipo de aparato ser normalmente admitido pela doutrina e jurisprudência deve se observar alguns limites, como a proibição de instalação de câmeras em locais de uso exclusivo do empregado e de descanso, também é imprescindível a cientificação aos empregados pelo empregador a respeito dessa prática.

Nesse sentido é a jurisprudência brasileira:

> DANO MORAL - VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE DO FUNCIONÁRIO. A instalação de câmera no local de trabalho, com prévia ciência dos empregados, cientes onde estão, por medida de segurança patrimonial de todos, não ofende o direito à inviolabilidade da intimidade assegurado no inciso X do art. 5o., da CF." (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 29 04 2003- TIPO: RO NUM: 4165 ANO: 2003- NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 012882002-106-03-00 - TURMA: Segunda Turma- DJMG DATA: 0705-2003 PG: 12 – Relator Juiz José Maria Caldeira).

Dessa forma, o monitoramento à distância, se apresentando de acordo com a preservação da intimidade e privacidade do empregado, pode ser feito pelo empregador, uma vez que em alguns setores essa fiscalização pode até mesmo ser considerada essencial frente à necessidade de proteção ao patrimônio da empresa.

Alice Monteiro de Barros (1997, p. 80-81) menciona que a jurisprudência nacional vem admitindo a fiscalização da atividade dos empregados por meio de circuito interno de televisão, com o intuito de otimizar o funcionamento do processo produtivo e não comente fiscalizar aspectos de caráter íntimo do empregado. Destaca que a vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor, se utilizada de forma humana, combatendo-se abusos na sua utilização e permitindo-se o acesso do trabalho às informações que lhe digam respeito. Entretanto, torna-se indispensável que esses instrumentos audiovisuais não sejam utilizados ilegalmente, com o objetivo de gravar, reproduzir ou divulgar aspectos de caráter íntimo ou pessoal do empregado. Logo, a inovação tecnológica na fiscalização é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

eficaz, inadmissíveis são as atividades que impliquem utilização indevida dos avanços mecânicos e técnicos de vigilância.[77]

É o que se pode extrair da seguinte decisão:

> INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA. A mera colocação de câmeras de vigilância no local de trabalho, com objetivo de manter a segurança do estabelecimento, consiste em procedimento compatível com a fiscalização do patrimônio da empregadora, não gerando indenização por danos morais. (TRT-4 - RO: 00004184320125040401 RS 0000418-43.2012.5.04.0401, Relator: MARIA HELENA LISOT, Data de Julgamento: 29/05/2013, 1ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul) (grifo nosso).

Neste sentido, MarlonMurali (2008, p. 114) leciona:

> No tocante à utilização de monitoramento à distancia, via circuito interno de televisão ou rastreamento por satélites, em princípio, não há obstáculo para sua utilização, mesmo porque a legislação brasileira não possui previsão especifica a respeito, diferentemente do Código do Trabalho português e do Estatuto do Trabalhador italiano.*A questão a ser* considerada, em cada caso concreto, é a necessidade da implantação de tal controle, para a proteção do patrimônio do empregador ou para preservação da segurança no ambiente de trabalho ou fora dele, bem como a possibilidade de se adotar outro meio para a fiscalização, menos invasivo. Assim, se for essencial o controle da atividade dos empregados, por exemplo, que lidam com pedras ou metais preciosos de pequeno porte, ou pequenos componentes eletrônicos ou informáticos, o direito à autonomia privada do empregador deve prevalecer ao direito à privacidade no trabalho, sempre nos limites da razoabilidade e proporcionalidade, atendendo o postulado da dignidade.[78]

Deve, portanto, haver sensatez e equilíbrio na utilização destes aparatos, de forma que não interfira diretamente na intimidade do empregado. Assim, seria considerada ilegal a gravação, reprodução e divulgação de aspectos e manifestações de caráter íntimo do empregado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, nos casos em que as câmeras são instaladas em locais adequados no ambiente de trabalho, como nas salas, nas linhas de produção e mesmo na entrada e na saída do estabelecimento, a jurisprudência não tem encontrado maiores problemas, desde que respeitados sempre os direitos fundamentais dos trabalhadores:

> RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL - AUSÊNCIA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO**. A utilização de câmeras de filmagem no ambiente de trabalho, desde que não foquem locais onde haja risco de violação de privacidade dos empregados (refeitórios ou banheiros) ou um ou outro empregado em especial, não viola a intimidade, não constitui ilícito e, em consequência, não induz dano moral.** Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 9768220105110015 976-82.2010.5.11.0015, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 31/08/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 09/09/2011) (grifo nosso).

Como mencionado anteriormente, além da cientificação da vigilância por meio de câmeras aos empregados é vedado a utilização desses aparatos em locais de uso exclusivo dos empregadores ou destinados ao descanso.

Não se pode admitir que o empregador, indiscriminadamente, utilize os equipamentos de controle audiovisuais em qualquer dependência da empresa, instalando-o em locais de uso privativo do trabalhador, como nos banheiros, vestiários ou em dependências onde não haja prestação de serviços, nem processo produtivo e que sejam destinadas ao descanso e ao lazer do trabalhador, como por exemplo, de refeitórios, salas de jogos, locais de café, cantinas, salas de leitura.

Neste sentido é a jurisprudência pátria:

> CÂMERA EM VESTIÁRIO. DANO MORAL. AUSÊNCIA LOCAL RESERVADO PARA TROCA DE UNIFORME. COMPENSAÇÃO. A utilização de câmeras em vestiários implica flagrante violação à intimidade do trabalhador, caracterizando eventual procedimento patronal sobreposição do direito patrimonial em detrimento da dignidade da pessoa humana, o que não pode prevalecer, em razão do que dispõem os arts. 5º, inciso X e art. 1º, inciso III da CF/88 c/c 11 a 21 do CC/2002. Quanto ao tema, este Egrégio Regional editou a Súmula n. 20, cuja

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dicção foi mantida, por maioria, no julgamento do IUJ n. 0000065-09.2015.5.23.0000, que versava sobre o campo de filmagem das câmeras instaladas em vestiários e banheiros, nos seguintes termos: "INSTALAÇÃO DE CÂMERA EM VESTIÁRIO. DANO MORAL.O monitoramento por câmera em vestiário/banheiro configura abuso do poder diretivo por violar a intimidade do trabalhador". In casu, a prova dos autos não é suficiente a autorizar a conclusão de que, durante parte do vínculo empregatício, havia separação entre o local de troca de roupas e aquele focalizado pelas câmeras no vestiário da Ré, tampouco que as filmagens realmente não estavam sendo realizadas, razão pela qual configurado o dever de indenizar. Recurso da Autora a que se dá parcial provimento.(TRT-23 - RO: 00023443520155230107, Relator: TARCISIO REGIS VALENTE, 1ª Turma-PJe, Data de Publicação: 23/03/2017)

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE. O trabalhador, ao ingressar em uma empresa na qualidade de empregado, não se despe dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição da República a todos os cidadãos, dentre os quais figura com destaque a inviolabilidade de sua intimidade, de sua honra e de sua imagem (artigo 5o., inciso X, do Texto Fundamental). A instalação de câmeras de vídeo nas dependências do banheiro da empresa afronta o direito à intimidade dos seus empregados, dando lugar para a reparação do dano moral decorrente desse ato ilícito, sendo irrelevante o fato de as câmeras não terem estado conectadas à energia elétrica. Mesmo que a reclamada tivesse produzido prova efetiva disso nos autos, o que não ocorreu, a instalação de tais câmeras, com o alegado objetivo de produzir apenas "efeito psicológico", deu-se para intimidar seus empregados, o que configura igual e repreensível abuso de direito. Irrelevante ainda o fato de as referidas câmeras terem permanecido por pouco tempo no banheiro da empresa: isso não retira a ilicitude do ato, atuando tãosó na consideração do valor da reparação. A fixação dessa indenização, de difícil mensuração por critérios estritamente objetivos, deve atentar, por um lado, à necessidade de seu valor mitigar a ofensa causada pela vulneração abusiva do patrimônio moral

> ofendido, mas, por outro, emprestar à sanção jurídica aplicada sobre a ofensora efetivo caráter pedagógico, com o fim de desestimular esta e outras empresas a reincidir na prática de condutas ilícitas como a que constituiu objeto da presente ação. Se a bem elaborada decisão de primeiro grau já atendeu a todos esses aspectos, o recurso empresário deve ser desprovido por inteiro." (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 04 05 2004- RO NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01508-2003-043-03-00 - Quinta Turma - DJMG DATA: 15-05-2004 PG: 14 – Relator Juiz José Roberto Freire Pimenta)

Assim, pode-se entender que a instalação de câmeras de filmagem no ambiente de trabalho, constitui uma atitude ajustada ao princípio da proporcionalidade, pois o empresário pode, excepcionalmente, instalar câmeras de vídeo nos corredores de acesso ao banheiro, sob justificativa de fiscalizar o obreiro que passa boa parte de sua jornada de trabalho no banheiro. Além disso, o obreiro pode colocar equipamento de filmagem nos vestiários, caso haja um local que não seja filmado para a troca de roupa, como forma de assegurar os pertences de seus empregados.

O correto seria o emprego das câmeras somente para vigiar máquinas, sendo que apenas excepcionalmente elas seriam permitidas para vigiar trabalhadores, quando se tratasse de questões afetas à seguranças das pessoas no estabelecimento ou dos bens produzidos, desde que incabíveis outros meios de fiscalização menos agressivos á intimidade e privacidade dos empregados.

Dessa forma, apesar de se entender tal mecanismo como legal, jamais pode ser utilizado para observação de caráter privado e íntimo do trabalhador, tendo em vista que a inserção do trabalhador no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos de personalidade, dentre os quais, o direito à intimidade e à vida privada, razão pela qual não se pode admitir que a atuação empresarial possa se ampliar a ponto de sobrepujar os direitos fundamentais do trabalhador para macular o princípio da dignidade humana e ofender a sua intimidade e a sua vida privada.

Dessa forma, o controle auditivo não é absoluto, de forma a registrar todo e qualquer ato dos empregados, bem como locais que, por excelência, são privativos dos funcionários, como banheiros, refeitórios, vestuários, locais destinados ao descanso, dentre outros análogos milita em patente violação ao disposto no inc. X do art. 5º que declara serem invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, cujo fundamento é a liberdade individual. Esses direitos são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

emanações do princípio dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais.

Outra circunstância a ser observada é a necessidade de ciência dos trabalhadores de que estão sendo filmados por aparelhos audiovisuais. Isso se faz necessário em prol dos próprios objetivos e fundamentos do monitoramento, quais sejam, o controle da atividade laboral para avaliação do processo produtivo, proteção do patrimônio empresarial e segurança das pessoas.

Desse modo, é assegurado ao empregador o direito de zelar por seu patrimônio, sendo a fiscalização através de filmagens uma das formas para esse exercício, no entanto, é vital que esse mecanismo não esteja eivado de ilegalidade. Isto é, que o objetivo do empregador não seja gravar ou reproduzir aspectos de índole íntima do obreiro. Assim, a fiscalização será ilícita quando for realizada de maneira desleal, atentando contra à dignidade do empregado.

5.6 Monitoração telefônica

Com os avanços tecnológicos, no ambiente laboral, tem aumentado sobre medida as intromissões na esfera íntima dos empregados. Tendo em vista à facilidade de interceptação das conversas, a monitoração telefônica é a forma mais comum de intromissão sem autorização na esfera íntima e privada dos empregados.

Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 12, que veda interferências arbitrárias na esfera da vida privada, família, domicílio, ou correspondência das pessoas, no Brasil o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas é resguardado como garantia constitucional do cidadão e encontra guarida no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Conforme o referido artigo, seu sigilo é inviolável, salvo no tocante à investigação criminal e instrução processual penal, ainda assim, mediante ordem judicial.

Caso o empregador disponibilize aos seus funcionários, aparelhos celulares, como sendo ferramentas de trabalho, esse celular poderá sofrer restrições de uso, no entanto, não poderá tal controle ter caráter de arbitrariedade, pois o empregador não pode, fiscalizar o uso do aparelho sem antes comunicar ao funcionário, sob pena de suprimir seu direito à intimidade.

É o que se pode conferir nas seguintes decisões:

> Quebra do sigilo de comunicações telefônicas privadas de funcionário configura ilícito trabalhista quando esse **controle**

patronal sobre o uso do telefone não é comunicado previamente ao trabalhador, circunstância abrangida pela confissão ficta.Conduta patronal que excede os limites do poder fiscalizatório, violando direito constitucionalmente assegurado e autorizando ao pagamento de reparação pelo dano imaterial perpetrado. Sentença parcialmente reformada. (TRT-1 – RO: 2787620105010008 RJ, Relator: Jorge Fernando Gonçalves da Fonte, Data de Julgamento: 08/10/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 29/10/2012) (grifo nosso).

PROVA ILÍCITA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA CLANDESTINA. A interceptação de conversa telefônica de empregado, sob a supervisão de "autoridade policial civil", justificada como medida de prevenção de possíveis desvios de comportamentos e estribada na equivocada premissa de seu uso como instrumento de controle e gestão das atividades empresariais, constitui grave violação aos direitos inerentes ao sigilo das comunicações, à liberdade de manifestação do pensamento, à privacidade e intimidade, que a Constituição Federal cuidou de resguardar, no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5o., incisos IV, X e XII). **A escuta telefônica clandestina, realizada sem o consentimento do trabalhador e autorização judicial, não tem amparo legal e o seu indeferimento não caracteriza cerceamento ao direito de defesa** (CF/88, art. 5o., inciso LVI e CPC, art. 332). (TRT-3 - RO: 1813405 007392005-091-03-00-0, Relator: Convocado Antonio G. de Vasconcelos, Segunda Turma, Data de Publicação: 03/05/2006) (grifo nosso).

Quebra do sigilo de comunicações telefônicas privadas de funcionário configura ilícito trabalhista quando esse controle patronal sobre o uso do telefone não é comunicado previamente ao trabalhador, circunstância abrangida pela confissão ficta. Conduta patronal que excede os limites do poder fiscalizatório, violando direito constitucionalmente assegurado e autorizando condenação ao pagamento de reparação pelo dano imaterial perpetrado. Sentença parcialmente reformada. (TRT-1 - RO:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 2787620105010008 RJ, Relator: Jorge Fernando Gonçalves da Fonte, Data de Julgamento: 08/10/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 29/10/2012) (grifo nosso).

A Consolidação de Leis Trabalhistas do Brasil, é omissa em relação ao tema. Com isso a doutrina e jurisprudência, acertadamente, apresentam o critério da razoabilidade diante de tal problemática, dessa forma qualquer ato fiscalizatório por parte do empregador quanto ao aparelho telefônico e suas conversas, devem ser previamente comunicadas ao empregado.

6. CONCLUSÃO

A consagração do princípio da dignidade humana vestiu o homem de características, atributos e direitos irrenunciáveis.

Tendo em vista a força normativa da Constituição Federal e o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos privados, as disposições constitucionais, no caso em comento, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado por todos os ramos do direito, inclusive o direito no trabalho, mesmo se tratando de relação privada.

A aplicação dos princípios constitucionais na esfera privada, em especial a dignidade da pessoa humana garante aos empregados um ambiente de trabalho digno e ético para desempenhar as suas funções.

Dentro deste princípio encontra-se os direitos da personalidade, que são inerentes a existência do indivíduo, pois nascem juntos com o homem.

E são exatamente esses direitos da personalidade que não podem ser violados, em especial o direito á intimidade, o qual deverá ser respeitado no ambiente de trabalho. O abuso do poder diretivo do empregador viola esses direitos do trabalhador.

A relação de emprego pode ser entendida como uma relação de poder em relação do dever de subordinação do empregado e o poder diretivo do empregador. Este último garante uma série de prerrogativas ao empregador, dentre elas os poderes de organizar, controlar e disciplinar, possibilitando o direcionamento da energia de trabalho do empregado, a determinação da forma de uso dos instrumentos de trabalho fornecidos, etc. Em que pese o empregado estar sujeito ao dever de subordinação, o poder de direção restringe-se à relação de emprego, encontrando limites na dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade, os quais acompanham a pessoa humana em qualquer relação intersubjetiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Cabe ao empregador o dever de saber os limites do seu poder diretivo, e visar à ordem e harmonia do ambiente de trabalho para com seus empregados, pois ele é como um espelho para a sua equipe.

Diante de todo o exposto não resta dúvida que existe uma celeuma a respeito do confronto entre o direito a intimidade do empregador e o poder diretivo o empregado no ambiente de trabalho.

O estudo demonstra que, o poder diretivo do empregador, mais precisamente a fiscalização pode se dar de forma a ferir a intimidade do trabalhador.

A partir deste estudo, é possível concluir que o poder diretivo do empregador encontra seus limites nos direitos fundamentais da personalidade do empregado, pois atrelados à máxima do ordenamento jurídico – a dignidade da pessoa humana.

O conflito entre esses direitos deve ser ponderado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Necessário se faz também o uso do bom senso pelo empregador na condução e fiscalização dos empregados. Aos empregados compete aplicar o bom senso quanto à utilização das ferramentas disponibilizadas pelo empregador para a execução de suas atividades laborais. O excesso cometido tanto pelo empregador quanto pelo empregado é o que se configura em abuso, o qual deve ser vedado no ambiente de trabalho.

Nas situações práticas da relação de emprego onde se estabelece a intersecção entre o poder diretivo do empregador e o dever se sujeição do empregado, o primeiro, no gozo da prerrogativa empresária e o segundo, administrando o dever de sujeição, resta claro que o poder diretivo não pode assumir caráter ilimitado, mas ater-se ao que se revela necessário a aferir o cumprimento do contrato naquilo que se relaciona com a melhoria da organização produtiva da empresa e com o objeto da prestação de serviços do empregado, buscando se valer de mecanismos lógicos, racionais e razoáveis, com níveis de intromissão mínimos na vida particular do empregado, limitados e justificados ao que se faça necessário ao atendimento das necessidades empresariais.

Nesse quadro, é inquestionável que a Constituição Federal de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle das atividades laborativas que sejam ofensivas à liberdade e à dignidade mínima do trabalhador e impõe a aplicação de preceitos ao contrato de trabalho para o fim de garantir o respeito aos seus direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Deve, portanto, existir sensatez e equilíbrio na utilização de aparatos e meios fiscalizatórios, de forma que não interfiram diretamente na intimidade do empregado.

Quando houver choque entre o poder diretivo do empregador e à liberdade individual do empregado, há de prevalecer os direitos fundamentais garantidos ao empregado, pois todo o fundamento jurídico se condensa em tal proteção à luz da Constituição Federal do Brasil.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vania Siciliano. **A violação da Intimidade no Ambiente de Trabalho e o Monitoramento Eletrônico dos Empregados**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, abr./jun., 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 1998, vol. I.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p 78-79.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Arruda Alvim e TherezaAlvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2017.

BARROS, Alice Monteiro De. *A revista como função de controle do poder diretivo.*Revista Gênesis de Direito do Trabalho, Curitiba: Editora Gênesis, 1998.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo, SP: LTr, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasi**l, São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto**. Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. "**Reality Shows" e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CIFUENTES, Santos apud Simón, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo: LTr, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COSTA JR., Paulo José da.**O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidades e Limites.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRARINI, Letícia. **Família Simultânea e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1993, v. 5.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed., revist. e atualiz.. São Paulo: Mallheiros, 2007.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUNIOR, Floriano B. **Direito à intimidade como direito fundamental e humano nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

JUNIOR, Paulo José da Costa. **Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S.A, 1970.

KRAUSPENHAR, Rogério. **Os limites do poder disciplinar do empregador**. São Paulo: LTr, 2001.

LOBO, Eugenio Haddock et LEITE, Júlio César do Prado. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1989, v. 1.

MACHADO Jr., César P. S. **Direito do Trabalho**, 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

MAGANO apud MUÇOUÇAH, de Almeida Oliveira. **Assédio moral coletivo nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

MAGANO, Octavio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. **Direito do Trabalho**, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU**. O espírito das leis. In: FÉDER, João. Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed.. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Gerfran Carneiro. ***Os princípios constitucionais da administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no estado democrático de direito*** *in***Devido Processo Legal na Administração Pública**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

MURARI, M. M. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Editora LTr, 2008. v. 1.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. ***Iniciação ao direito do trabalho.*** 32ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º Ed. São Paulo: Ed. Método, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. **Curso Expositivo de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTR, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. **Princípio da Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII. Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento). 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

RIBEIRO, Lélia G. C. **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante: um estudo sobre o limite do poder de controle do empregador na atividade laboral e o respeito à dignidade e intimidade do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SCHIAVI, Mauro. ***Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho***. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v.2.

SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da.**Direitos fundamentais e relações entre particulares**. São Paulo: **Revista Direito GV 1, vol.1 n.1, 2005.**

SILVEIRA, P. A. C. V. da.**Proteção de dados no Direito Comparado**. Revista AJURIS – n. 71 – Novembro/1997.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTR, 2000.

SIMM, Zeno. **Acosso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação**. São Paulo: LTr, 2008.

SROUR, Robert Henry. **Poder, cultura e ética nas organizações**. 8. ed.. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar**. Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed. rev., atual. e ampl., 2005.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos de personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

VIANA, Márcio Túlio**. Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

VIEIRA, José Ribas et al. **Direitos à Intimidade e à Vida Privada. Laboratório de Análise deJurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Fabris, 326.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. **Derecho a la intimidad**, p. 175, apud MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **El deber Del prófesional frente a la intimidad de su cliente**, Mexico: Revista da Faculdad de Derecho de México, 1993.

---

[1] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9-10.

[2]Ibid., p. 14-15.

[3]MOREIRA, Gerfran Carneiro. ***Os princípios constitucionais da administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no estado democrático de direito*** *in* **Devido Processo Legal na Administração Pública**.São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, p. 94.

[4] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º Ed. São Paulo: Ed. Método, 2008, p. 231.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[5] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 185.

[6] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 274.

[7]FERRARINI, Letícia. **Família Simultânea e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

[8]SILVA, Virgílio Afonsoda.**Direitos fundamentais e relações entre particulares**. São Paulo: **Revista Direito GV 1, vol.1 n.1, 2005,** p. 173-180.

[9]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36.

[10]SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros ,2011, p. 105.

[11]PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27-28.

[12]ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 78-79.

[13]SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 35.

[14]VIEIRA, José Ribas et al. **Direitos à Intimidade e à Vida Privada. Laboratório de Análise deJurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.105.[16]PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII. Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento). 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 124.

[17]ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. **Derecho a la intimidad**, p. 175, apud MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **El deber Del prófesional frente a la intimidad de su cliente**, Revista da Faculdad de Derecho de México, tomo XLIII, enero-abril de 1993, ns. 187,188.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[18] FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1993, v. 5, p. 78.

[19] LOBO, Eugenio Haddock et LEITE, Júlio César do Prado. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1989, v. 1º, p. 36.

[20] SILVEIRA, P. A. C. V. da.**Proteção de dados no Direito Comparado**. Revista AJURIS – n. 71 – Novembro/1997. p. 13

[21]BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasi**l, São Paulo: Saraiva, 1989, v2. p. 63.

[22]CIFUENTES, Santos apud Simón, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo: LTr, 2000, p. 75.

[23] SILVA, José Afonso**. Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 206.

[24]DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidades e Limites.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980,p.67-70.

[25] SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte.**Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 255.

[26] VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Fabris, 2007. p. 30.

[27] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Arruda Alvim e TherezaAlvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 171-173

[28] COSTA JR., Paulo José da.**O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 34-35.

[29] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 204.

[30] SZANIAWSKI, Elimar**. Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2. ed. rev., atual. e ampl 2005, p. 302.

[31] COSTA JR., Paulo José da.**O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p.39.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[32] SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2, p. 509.

[33] PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. **Princípio da Proibição da Prova Ilícita no Processo Civi**l. Curitiba: Juruá, 2004, p. 152-153.[35]DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidades e Limites.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 96.

[36] CANOTILHO, J. J. Gomes. "**Reality Shows" e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 50-51.

[37] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 1998, vol. I, p. 97.

[38] JUNIOR, Paulo José da Costa. **Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S.A, 1970, p. 42.

[39]BITTAR, Carlos Alberto**. Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p.108.

[40] DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 149-151.

[41] DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 149-151

[42] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2006, Pag. 2017

[43] PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 259.

[44] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed.. São Paulo: Atlas, 2007, p.47.

[45] MAGANO, Octavio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 94.

[46] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed.. São Paulo: LTr, 2018, p. 633.

[47]MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[48]SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTR, 2000, p. 105.

[49] SIMM, Zeno. **Acosso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação**. São Paulo: LTr, 2008, p. 65.

[50]MAGANO apud MUÇOUÇAH, de Almeida Oliveira. **Assédio moral coletivo nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2011, p. 89.

[51] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 186-191.

[52] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed.. São Paulo: LTr, 2018, p. 631.

[53]MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. **Direito do Trabalho**, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 27.

[54] Oliveira, Fábio Leopoldo de. **Curso Expositivo de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011. p. 143-144

[55] KRAUSPENHAR, Rogério. **Os limites do poder disciplinar do empregador**. São Paulo: LTr, 2001, p. 1.

[56]MACHADO Jr., César P. S. **Direito do Trabalho**, 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 153.

[57] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 644.

[58] SROUR, Robert Henry. **Poder, cultura e ética nas organizações**. 8. ed.. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 148-149.

[59]NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

[60] BARROS, Alice M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 555.

[61] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 555.

[62] MONTESQUIEU**. O espírito das leis. In: FÉDER, João. Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 65.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[63] REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 353.

[64]DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 610.

[65] VIANA, Márcio Túlio**. Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 139.

[66] SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 121.

[67] SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTR, 2000. p. 98.

[68] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed., revist. e atualiz.. São Paulo: Mallheiros, 2007, p. 196.

[69]VIANA, Márcio Túlio**. Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 140.

[70] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. ***Iniciação ao direito do trabalho***. 32ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 146.

[71] SCHIAVI, Mauro. ***Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho***. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 134.

[72] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 557.

[73]SIMÓN, Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.* São Paulo: LTr, 2000, p. 149.

[74]BARROS, Alice Monteiro De. *A revista como função de controle do poder diretivo.*Revista Gênesis de Direito do Trabalho, Curitiba: Editora Gênesis, 1998, p. 819.

[75]FILHO, Wilson R.; NEGRISOLI, **Fabiano. Monitoramento e rastreio do e-maildo empregado pelo empregador: precarização judicial aos direitos fundamentais de privacidade e de sigilo de correspondência.** In: COUTINHO, Grijalbo F.; FILHO, Hugo C. M.; MAIOR, Jorge L. S.; FAVA, Marcos N. (Coords.). O Mundo do Trabalho, volume I: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p.471-492.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[76]JUNIOR, Floriano B. **Direito à intimidade como direito fundamental e humano nas relações de emprego.** São Paulo: LTr, 2008.

[77] BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado.** São Paulo: LTR, 1997, p. 80/81.

[78]MURARI, M. M. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Editora LTr, 2008. v. 1. p. 114.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O TERRITÓRIO DA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA (BRASIL, COLÔMBIA E PERU): ESTRATÉGIAS DE INTEGRAÇÃO NO ÂMBITO DA SEGURANÇA NACIONAL

FLÁVIO EUGÊNIO DA SILVA:
Acadêmico do Curso Superior de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(Orientador)

RESUMO: Uma tríplice fronteira ou tripla fronteira, é o ponto de encontro entre os limites territoriais e políticos de três países diferentes. O Brasil, possui esse padrão de convergência se repetindo dez vezes. No entanto, para os efeitos deste estudo, analisou-se a relação existente entre as fronteiras do Brasil, do Peru e da Colômbia, conhecida como Três Fronteiras ou Tríplice Fronteira Amazônica. Localizada na região do Alto Solimões, extremo oeste do Amazonas, a chamada Tríplice Fronteira Amazônica é formada pelas cidades de Tabatinga/Brasil, Santa Rosa/Peru e Letícia/Colômbia, zona fronteiriça identificada como uma das portas de entrada dos entorpecentes oriundos das zonas produtoras do Peru e Colômbia no território brasileiro. Tendo em vista este cenário, o presente estudo busca promover a análise das características do narcotráfico na chamada Tríplice Fronteira Amazônica, traçando uma breve exposição do seu processo de formação histórica, juntamente com a dinâmica da atividade cocaleira e do narcotráfico nos países circunvizinhos, além de expor o potencial de produção de cocaína, zonas de cultivo, e logística empregada pelos grupos envolvidos com o tráfico de cocaína destas localidades para o território brasileiro.

Palavras-chave: Tríplice Fronteira. Estratégias de Integração. Segurança Nacional.

ABSTRACT: A triple frontier or triple frontier is the meeting point between the territorial and political boundaries of three different countries. Brazil has this pattern of convergence repeating ten times. However, for the purposes of this study, the relationship between the borders of Brazil, Peru and Colombia, known as the Three Borders or the Triple Amazonian Border, was analyzed. Located in the Alto Solimões region, in the far west of the Amazon, the so-called Triple Amazonian Border is formed by the cities of Tabatinga / Brazil, Santa Rosa / Peru and Leticia / Colombia, a border zone identified as one of the entry ports of the narcotics coming from the producing zones. Peru and Colombia in the Brazilian territory. In view of this

scenario, the present study seeks to promote the analysis of the characteristics of drug trafficking in the so-called Triple Amazonian Frontier, tracing a brief exposition of its process of historical formation, along with the dynamics of coking and drug trafficking activity in the surrounding countries, as well as expose the potential for cocaine production, growing areas, and logistics employed by groups involved in cocaine trafficking from these locations to the Brazilian territory.

Keywords: Triple Border. Integration Strategies. National Security.

INTRODUÇÃO

A Tríplice Fronteira Amazônica, integrada pelo Brasil, Colômbia e Peru, encontra-se localizada, estrategicamente, no coração da bacia amazônica, atuando como um dos principais eixos de comunicação entre os rios Amazonas e Solimões, formada pelas cidades de Tabatinga/Brasil, Santa Rosa/Peru e Letícia/Colômbia.

Desde os tempos remotos, a Tríplice Fronteira tem sido palco de acirradas disputas territoriais, primeiramente entre colonizadores portugueses e espanhóis e, posteriormente, entre as nações recém-libertadas do jugo colonial, em decorrência, principalmente, de sua privilegiada localização geográfica e pela enorme variedade de recursos naturais que essa zona fronteiriça detém, variando a cada ciclo de exploração (quinina, borracha, madeira etc.).

Atualmente, esta zona fronteiriça é identificada como uma das portas de entrada dos entorpecentes oriundos das zonas produtoras do Peru e Colômbia no território brasileiro especialmente no que diz respeito à recepção e distribuição de entorpecentes, sendo alvo frequente de disputa entre os chefões do tráfico.

Trata-se de uma zona de sensibilidade para as políticas de segurança pública brasileiras, em especial àquelas voltadas ao combate a ilícitos transnacionais, com destaque ainda maior para o enfrentamento ao narcotráfico, uma vez que Colômbia e Peru são os maiores plantadores de folha de coca e produtores mundiais de cocaína.

Tendo em vista esse cenário, é fácil inferir que as populações nativas são as que mais sofrem com esse processo, sendo, muitas das vezes, compelidas a abandonar suas terras ancestrais, além de serem submetidas às ordens vigentes das milícias dominantes. Dessa forma, o presente estudo teve por objeto, apurar os desafios e as potencialidades da cooperação internacional, no que diz respeito à segurança e à defesa na Tríplice Fronteira Brasil-Colômbia-Peru, considerados uns dos países mais relevantes da América Latina no que diz respeito à comercialização de entorpecentes, tendo em vista, ainda, a segurança dos moradores que ali habitam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2 A TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A região conhecida como Fronteira Tríplice Amazônica, ou Trapézio Amazônico, é formada pela confluência dos territórios brasileiro, colombiano e peruano, constituindo uma das principais portas de entrada de cocaína no território brasileiro e, sendo alvo constante de discussões governamentais voltadas para o desenvolvimento de planos de segurança e políticas públicas para a região.

As maiores cidades constituintes do Trapézio Amazônico são as chamadas cidades-gêmeas de Tabatinga (Brasil) e Letícia (Colômbia), maiores cidades do Trapézio Amazônico. Ambas são originárias de processos de colonização militar, que buscavam afirmar a soberania nacional e estabelecer os limites territoriais de Brasil-Peru-Colômbia.

Tabatinga originou-se a partir de um povoado estabelecido nos arredores do Forte de São Sebastião de Xavier, instalado em 1776 na confluência dos rios Javari e Solimões, com o objetivo de fiscalizar o tráfego de embarcações na fronteira. Apesar da destruição do forte, cujas ruínas desapareceram no início do século XX, o povoado se desenvolveu, fazendo inicialmente parte do município de São Paulo de Olivença (1891), Benjamin Constant (1938), até obter a autonomia municipal em 1983.

Já Letícia, teve sua origem quase um século após, com o povoamento nos arredores do Posto Militar de San Antonio, instalado em 1867 pelos peruanos. Passou a compor o território colombiano em 1927, após a assinatura do tratado Salomón-Lozano em 1922, que fixava limites territoriais entre Peru e Colômbia. No entanto, em 1932, um grupo de peruanos se revoltou e invadiu Letícia, reivindicando que o território pertencia ao Peru e dando início a um conflito armado entre os dois países. Apenas dois anos depois, em 1934, negociações de paz estabelecidas no Protocolo do Rio de Janeiro, reafirmaram o estabelecido do tratado de 1922, considerando Letícia como integrante do território colombiano.

Durante a segunda metade do século XIX e início do século XX, a economia da região baseou-se no extrativismo de produtos de origem florestal, especialmente do látex extraído das árvores de caucho ali existentes, com maciça exploração da mão-de-obra escrava indígena. Este ciclo durou até meados de 1920, quando a exemplo das demais zonas produtoras de borracha da Amazônia, entrou em decadência em virtude da concorrência do látex produzido nas colônias inglesas localizadas na Ásia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mais adiante, na década de 70, iniciou-se o processo de escalada do cultivo de produção de cocaína, com vistas a demanda do mercado norte-americano, movimentando todo uma economia derivada do tráfico de drogas, que logo passou a ter uma importância vital na região.

2.1 DO NARCOTRÁFICO NA TRÍPLICE FRONTEIRA

O narcotráfico constitui uma das modalidades criminosas que mais movimenta dinheiro, no mundo, sendo uma das maiores fontes de renda do crime organizado, apresentando uma infraestrutura semelhante às de grandes empresas multinacionais, respeitando-se uma hierarquia do crime, com funções bem definidas.

Em relatório publicado pelo Escritório das Nações Unidas sobe Drogas e Crime, em 2009, o comércio de cocaína gera uma receita bruta estimada em 84 bilhões de dólares, com a maior parte sendo gerada na América do Norte (35 bilhões de dólares) e na Europa Ocidental e Central (26 bilhões).

Ademais, os custos de produção da cocaína foram estimados em 1 bilhão de dólares anuais, que se destinam principalmente aos produtores das regiões andinas. O mercado de cocaína teve sua expansão iniciada na década de 70 do século XX, de forma a atender à crescente demanda por esta droga, especialmente nos Estados Unidos.

No período subsequente, surgem as grandes organizações criminosas envolvidas na produção e distribuição de cocaína para aquele país, como os cartéis de Cali e Medellín. Assim, verifica-se a ampliação do cultivo de coca em diversas áreas dos territórios de Peru, Colômbia e Bolívia, estabelecendo um monopólio da produção da matéria-prima da cocaína que persiste até os dias atuais

De acordo com o Levantamento Nacional de Álcool e Drogas, realizado pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e Outras Drogas (Inpad), divulgado em 2013, revelou que o Brasil é o segundo maior consumidor de cocaína, ficando atrás, apenas, dos Estados Unidos, além de figurar como o maior consumidor de crack do mundo, explicados pela proximidade do território brasileiro, aos três países que mais concentram o cultivo de coca, matéria-prima para a produção de cocaína, Bolívia, Peru e Colômbia.

De acordo com Machado (2002), os moldes de organização territorial do processo produtivo de cocaína podem ser separados em duas fases distintas. A primeira delas, que perdurou até o início dos anos 90, foi marcada pelo predomínio do Peru e Bolívia nos cultivos e produção da pasta de coca, enquanto que a Colômbia se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

firmava como a maior produtora e exportadora de cocaína, estabelecendo-se, assim, uma divisão transnacional do processo produtivo.

Durante este período, o papel do território brasileiro como rota de exportação de cocaína ainda não possuía grande relevância, uma vez que esta era escoada aos Estados Unidos predominantemente pela costa do Oceano Pacífico, passando pelo Mar do Caribe.

Impulsionada pela movimentação financeira do narcotráfico, a cidade de Letícia experimenta um desenvolvimento econômico sem precedentes, derivando na expansão do mercado imobiliário, com a construção de hotéis, residências e lojas comerciais, bem como o aumento da circulação de bens de luxo, como automóveis, lanchas e motos. Além das moedas nacionais de Peru, Colômbia e Brasil, o dólar era amplamente utilizado nas transações comerciais, e surgiram inúmera casas de câmbio, tanto em Letícia com em Tabatinga.

Tabatinga, por sua vez, também, experimentou ganhos com a economia do narcotráfico, em uma época onde a moeda brasileira encontrava-se desvalorizada perante as moedas vizinhas, tornando os preços do comércio local mais atrativos.

A potência econômica de Letícia persistiu até meados da década de 1990, quando o aumento da repressão ao narcotráfico na Colômbia resultou na captura ou morte dos principais narcotraficantes do país e o desmantelamento dos grandes cartéis de drogas, a exemplo do Cartel de Letícia, que teve seu líder Evaristo Porras, preso e seus bens confiscados, deixando Letícia em uma grave crise financeira, com declínio da atividade comercial até então estimulada pelo tráfico de drogas.

No final dos anos 80 e início dos anos 90, o território colombiano passou a cultivar, também, grandes áreas de cultivo de coca, passando a concentrar todas as etapas da produção do entorpecente. O mesmo ocorreu, em sentido inverso, com Bolívia e Peru, onde se verifica o aumento da produção de cocaína. Desse modo, o caráter transnacional do processo produtivo é substituído por um método de organização que concentra todas as etapas da produção nos limites territoriais de cada país.

Neste novo período, deu-se, ainda, o surgimento de novos mercados consumidores de cocaína, até então concentrados nos Estados Unidos, como a Europa e África. Ante este novo cenário aumenta, também, a importância de rotas exportadoras que passam pelo território brasileiro, iniciadas nas regiões de fronteira dos estados do Amazonas, Acre, Rondônia, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, até atingir os portos da costa brasileira e dali os mercados finais via Oceano Atlântico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, instituiu-se uma consideração modificação na utilização das vias hidrográficas da região no processo de tráfico de entorpecentes. Se antes estas eram utilizadas majoritariamente para o transporte da pasta de coca produzida no Peru e Bolívia para os laboratórios de refino colombianos, que passaram a ser utilizadas para o escoamento da pasta base e cloridrato de cocaína para o mercado externo.

Nas últimas décadas, portanto, vem se observando uma mudança do perfil do tráfico de cocaína no Brasil, que vem deixando de ser um país caracterizado como rota de trânsito, passando a ser, concomitantemente, um importante mercado consumidor.

> O Brasil abriga, aproximadamente, metade da população da América do Sul; é um país que é vulnerável tanto ao tráfico, devido à sua geografia (o que o torna uma área de preparação conveniente para cocaína traficada para a Europa), como ao consumo de cocaína, devido à sua grande população urbana. Uma pesquisa mais recente, entre estudantes de ensino superior nas capitais brasileiras, estimou a prevalência de uso de cocaína em pó (de todas as idades) a 3 % em 2009 (UNODC, 2014, p. 143).

Com isso, o tráfico de cocaína mantém-se ativo na região do Trapézio Amazônico, atuando como um dos dinamizadores econômicos da região, onde sua repressão representa um desafio constante para o Estado Brasileiro.

3 DA SEGURANÇA NAS FRONTEIRAS

A Constituição Federal, em seu artigo 142, estabelece que as Forças Armadas se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos Poderes Constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (Brasil, 1988), caracterizando, claramente, a destinação constitucional dessas forças em garantir a defesa nacional e a segurança da sociedade brasileira.

Além disso, de acordo como o previsto no artigo 144, §1º, inciso III, do mesmo dispositivo, a responsabilidade legal de promover a segurança das fronteiras, é da Polícia Federal, nos seguintes termos:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
>
> I - Apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
>
> II - Prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
>
> III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
>
> IV - Exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. (BRASIL, 1988)

Assim, verifica-se que a Carta Política de 1988 deixou bem estabelecidas as competências para a manutenção da segurança nas zonas de fronteira das quais o Brasil faz parte.

No entanto, as estratégias adotadas pelo Poder Público Brasileiro, no intuito de controlar os fluxos ao longo de toda extensão continental das fronteiras brasileiras, as estratégias para o monitoramento das mesmas, têm apresentado severas falhas, uma vez que, os recursos empregados nessas iniciativas são insuficientes, principalmente, em virtude das condições geográficas adversas que dificultam o monitoramento e estimulam a atuação de grupos criminosos.

Em 2008, como forma de suprimir esta deficiência de monitoramento, foi estabelecido a criação de um sistema de sensoriamento e de apoio à decisão ao emprego operacional por iniciativa do Comando do Exército, após ter sido aprovado pela Estratégia Nacional de Defesa de 2008.

O Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras, ou SISFRON, surgiu então para implementar um conjunto integrado de recursos tecnológicos – como sistemas de vigilância e monitoramento, tecnologia da informação, guerra eletrônica e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inteligência – dentro de um prazo de dez anos. Além de ampliar a capacidade de monitoramento, o sistema visa contribuir para o incremento de integração regional, entre órgãos do governo e, também, com os países vizinhos.

Outra iniciativa importante para o patrulhamento nas fronteiras brasileiras é a Operação Ágata que é coordenada pelo Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas (EMCFA). Desde 2011, este projeto tem como objetivo fortalecer a segurança de aproximadamente 17 mil quilômetros de fronteiras terrestres do Brasil, além de envolver a participação de 12 ministérios e 20 agências governamentais para fazerem parte do monitoramento de toda esta extensão fronteiriça.

Na Colômbia, a estratégia de redução de oferta de drogas ilícitas, na qual a redução das áreas de cultivo se insere, é realizada por meio de diversas ações que incluem: erradicação manual, erradicação por meio de aspersão aérea de herbicidas e substituição voluntária de cultivos através de programas de desenvolvimento alternativo. Com isso, verifica-se que de 2011 para 2012, houve uma redução de 25% nos cultivos de coca no país (UNODC, 2014).

No Peru, os esforços do governo carreados pela Comissão Nacional para Desenvolvimento e Vida sem drogas (DEVIDA) conseguiram pelo segundo ano consecutivo reduzir os cultivos de coca, que somaram 49.800ha em dezembro de 2013, ou seja, 17,5% a menos que o ano anterior (60.400ha) ou 22,7% a menos que o registrado em 2011 (64.400ha). Esta redução se deve tanto por ações de erradicação de cultivos ilícitos, bem como ações de desenvolvimento econômico que levam ao abandono dos cultivos cocaleiros. Exemplo disto é a disputa por mão de obra, ocasionada pela demanda gerada por obras públicas de governos locais e regionais ou ainda por companhias ligadas à exploração do Gás de Camisea, na região Central do Peru (UNODC, 2014).

O governo brasileiro, por sua vez, editou o Decreto n.º 8.793, de 29 de junho de 2016, fixando a Política Nacional de Inteligência (Brasil, 2016a). Neste documento, estão listadas as ameaças que representam potencial capacidade de pôr em perigo a integridade da sociedade e do Estado e a segurança nacional do Brasil. Como critério para a seleção das ameaças, foram consideradas as elencadas pela Organização das Nações Unidas, o que foi feito com os demais Estados. Além disso, foram adicionadas as ameaças deduzidas da PND e END e constantes na Política Nacional de Inteligência (Brasil, 2016a), instituída pelo Decreto n.º 8.793, de 29 de junho de 2016, para compor esse rol de ameaças.

Como resultado, o Estado brasileiro possui 14 ameaças que atendem aos critérios estabelecidos, quais sejam: Terrorismo, Armas de Destruição em Massa (ADM),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

espionagem, criminalidade organizada, falhanço dos Estados, sabotagem, interferência externa, ações contrárias à soberania nacional, pandemias, ataques cibernéticos, corrupção, ações contrárias ao Estado Democrático de Direito, Crimes transfronteiriços e crimes ambientais.

No tocante ao terrorismo, o país tipificou essa modalidade de ameaça por meio da Lei n.º 13.260, que o disciplinou perante a legislação brasileira (Brasil, 2016d). Nas fronteiras brasileiras, em particular, observam-se os ilícitos transnacionais em duas vertentes: dos crimes contra a pessoa, envolvendo o tráfico de drogas, armas e munições, e o tráfico de pessoas; e o dos crimes financeiros, como a lavagem de dinheiro e a corrupção (Cossul e Jaeger, 2016, p.141)

As características geográficas adversas das regiões lindeiras, a escassez de recurso s, a estrutura deficitária dos órgãos responsáveis pela atuação na faixa de fronteira, o pequeno número de postos de fiscalização, o reduzido efetivo de agentes federais e a corrupção são alguns dos fatores que contribuem para aumentar a fragilidade do controle por parte do Estado (Santana, 2012, p. 4).

3.1 ACORDOS BILATERAIS E COOPERAÇÃO NA TRÍPLICE FRONTEIRA

Os Estados utilizam mecanismos internacionais para a definição das fronteiras, como os tratados de limites, mas também utilizam atos internacionais para fortalecer a cooperação e a integração entre eles como Acordos de cooperação, Acordos Básicos de Cooperação Científica e Técnica (ABCCT) e seus ajustes complementares, Acordos-quadro, Memorandos de entendimento ou declarações conjuntas dos presidentes. São todos mecanismos do direito internacional que servem de marco para processos de cooperação.

Cabe ressaltar que, entre o Brasil e Peru, existem vários acordos em matéria fronteiriça, mas muitos deles no departamento Madre de Dios e não em Loreto e a região da Tríplice Fronteira, pelo qual na tabela foram tomados os acordos gerais em matéria fronteiriça ou aqueles relacionados com a área em estudo, excluindo projetos específicos em outras áreas da faixa de fronteira Brasil-Peru.

Os acordos de cooperação e seus ajustes evidenciam a existência de vários projetos conjuntos em diferentes áreas especialmente produtivas, de gestão ambiental e de recursos e de mobilidade e trânsito fronteiriço, que procuram um desenvolvimento local a partir da coordenação entre ambos os países e instituições locais, regionais e nacionais. O transporte fluvial e as atividades em torno aos rios amazônicos tomam boa parte dos acordos entre Brasil e Peru.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mesmo excluindo vários acordos pelo fato de se tratar de outras áreas fronteiriças mais afastadas da Tríplice Fronteira, como aqueles relativos à Tríplice Fronteira Brasil, Bolívia, Peru, pode se ver um importante número de atos internacionais em matéria fronteiriça para a Amazônia entre Brasil e Peru, sendo indispensável, além da comunicação entre os Ministérios de Relações Exteriores, o assunto das visitas presidenciais, pois muitos dos acordos foram assinados nas 63 visitas de Lula ao Peru em 2009 e de García ao Brasil no mesmo ano e também a Manaus em 2010.

Um dos acordos mais importantes é o Régime Especial Fronteiriço, assinado em 2008 e que finalmente foi aprovado pela Lei 1463 de 2011 da Colômbia. Precisamente, um dos maiores problemas tem sido que as cidades tem um régime aduaneiro diferente e o comércio fronteiriço apresenta dificuldades no passo de alguns produtos. Em este caso, existe uma integração entre os países para resolver um problema local comum que será levado ao âmbito nacional para sua aprovação.

Pode-se notar, portanto, que tanto Colômbia quanto Peru, detêm, com o Brasil um Acordo sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas que facilita a mobilidade dos cidadãos de fronteira. Por outra parte, entre a Colômbia e o Peru existem tratados em diversas áreas durante o período estudado, mas nenhum deles está relacionado com a fronteira diretamente.

Os últimos tratados entre ambos os países especificamente sobre o tema correspondem ao ano 2003 com um acordo sobre transporte aéreo transfronteiriço e uma troca de notas para modificar a CVICP. Em dezembro de 2007 foi assinado um Memorando de entendimento para aprofundar a integração entre os ministérios de comércio de ambos os países, sendo um tratado geral para o comércio bilateral, mas que pode beneficiar à integração deles especialmente na área de turismo.

Para contextualizar, as relações entre Colômbia e Peru foram distantes por muito tempo. Como relatam Fabián Novak y Sandra Namihas (2011), depois da guerra em 1932 e uma série de conflitos diplomáticos durante a segunda parte do século XX existiu uma indiferença e baixo interesse entre ambos os países. Desestimava-se a condição comum de países andinos, amazônicos e com saída ao Oceano Pacífico. Mesmo essa relação distante ter mudado muito nos últimos anos, em matéria fronteiriça não existe um avanço significativo na medida em que não houveram tratados referentes diretamente ao tema fronteiriço entre Colômbia e Peru.

O principal avanço tem sido dado no marco da CVICP e da ZIF. Em geral, para a Tríplice Fronteira e os três países, é importante o avanço em matéria de integração e transporte fluvial. Mesmo não pertencendo ao período aqui estudado, tem-se como antecedente em 2004 o Memorando de entendimento entre o Ministério de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Defesa Nacional da República da Colômbia, o Ministério de Defesa e o Ministério de Justiça da República Federativa do Brasil, e o Ministério de Defesa da República do Peru para combater as atividades ilícitas nos rios fronteiriços e/o comuns. Em 2008, em reunião dos três presidentes na cidade de Leticia, os presidentes assinaram um Memorando de Entendimento para Combater as Atividades Ilícitas nos Rios Fronteiriços e/o Comuns, a efeitos de contar com um mecanismo que melhore a coordenação, a cooperação e a eficiência das operações fluviais e de controle.

3.2 COOPERAÇÃO TRILATERAL: BRASIL, BOLÍVIA E PERU

O tráfico de drogas é um fenômeno que geralmente apresenta uma dimensão internacional. A cooperação internacional nesta temática, portanto, torna-se imprescindível para o combate efetivo das organizações criminosas.

O Brasil firmou tratados de cooperação sobre entorpecentes com quase todos os países da América do Sul, com exclusão da Guiana, que possui um acordo não vigente, e do Equador que possui um acordo em tramitação desde 1990. A relevância dos tratados firmados é de constituir uma base legal para troca de informações e inteligência policial entre as instituições de segurança dos países sul-americanos, assim como simboliza a aproximação entre as Forças Armadas, respeitando o princípio da soberania nacional (DIAS, 2015).

A cooperação entre Brasil e Bolívia em questão de combate ao tráfico de substâncias ilícitas se baseiam no Convênio de Assistência Recíproca para a Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas que Produzem Dependência, firmado em 1977 e no Acordo de Cooperação para Impedir o Uso Ilegal de Precursores e Substâncias Químicas Essenciais para o Processamento de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, firmado em 1999. O primeiro documento prevê operações conjuntas em zonas de fronteira para identificar cultivo ilegal e erradicar as plantações. Já o segundo documento reforça a assistência mútua entre os governos para troca de informações no intuito de controlar e fiscalizar as operações comerciais, aduaneiras e de distribuição de substâncias químicas ilegais.

Desde 2003, Brasil e Peru mantêm uma Aliança Estratégica, além de manter um programa de cooperação técnica mais extensa que abrange as áreas de saúde, recursos hídricos, agricultura, desenvolvimento social, trabalho, entre outros. Um dos principais temas dessa Aliança é a integração fronteiriça. Considerado um tema fundamental, visto que a fronteira entre o Brasil e Peru é sua segunda mais extensa, atrás apenas da fronteira com a Bolívia. Assim, em 2009, foi assinado um acordo bilateral, criando a Comissão Vice Ministerial de Integração Fronteiriça Brasil - Peru

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(CVIF), ao qual abarca o controle fronteiriço integrado, de transportes, saúde na fronteira, cooperação ambiental fronteiriça e temas indígenas.

Outro importante tema é o combate aos ilícitos transnacionais, principalmente em relação ao narcotráfico, visto que o Brasil e Peru compartilham desafios comuns nas áreas fronteiriças. Deste modo, há a criação da Comissão Mista sobre drogas, que detém uma constante colaboração entre as autoridades dos países para a aplicação da lei na região fronteiriça (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2018).

Diante de interesses comuns, em 2017, houve um encontro entre as autoridades brasileiras e peruanas em Tabatinga (AM). Neste encontro, os assuntos discutidos foram a cooperação de inteligência e em situações de desastres naturais, o desenvolvimento de ações conjuntas de combate ao tráfico de armas e drogas, além de haver uma visita ao SISFRON, ao Sistema de Vigilância da Amazônia e à indústria de defesa brasileira. Ademais, o ex-ministro

da defesa, Raul Jungmann, a ação na fronteira é estratégica (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2017b).

> "Aqui é o nascedouro do crime organizado, com tráfico de drogas e de armas. E é aqui que, conjuntamente, nós iniciamos a golpeá-lo, buscando integração com as polícias, com comandos operacionais conjuntos, com a troca de imagens e tudo aquilo que nos permite identificar e atacar essas organizações criminosas e, evidentemente, o contrabando de armas, de pessoas e de drogas", afirmou o ex-ministro Jungmann (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2017b).

Assim, os representantes brasileiros apresentaram o projeto-piloto do SISFRON (Sistema Integrado de Monitoramento das Fronteiras), que está em desenvolvimento na fronteira com o Paraguai, a fim de aumentar a capacidade de vigilância e de tomada de decisões na região.

Também foi apresentada a Operação Ágata, que une órgãos brasileiros para o monitoramento da faixa de fronteira de todo o território nacional, ressaltando que houve o envolvimento de 11 mil agentes e apreendeu cerca de R$ 27 milhões em ilícitos. Por fim, foi apresentado a Operação Ostium, a qual estabeleceu rotas de entrada e saída de tráfego aéreo nas fronteiras do país desde março de 2017, reduzindo em 75% o número de voos desconhecidos e interceptando 153. Essas ações realizadas nas fronteiras possuem o objetivo de combater crimes, como o tráfico de drogas, de armas e de pessoas, os quais, segundo o ex-ministro, estão relacionados à criminalidade no Brasil, como no Rio de Janeiro, já que é o destino

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de armas e drogas que atravessam ilegalmente a fronteira (PORTAL AMAZÔNIA, 2017).

> "Tenham a certeza que essa fronteira entre Brasil e o Peru, a partir de agora, estará muito mais fortalecida, melhor fiscalizada, obviamente dando uma contribuição para reduzir a capacidade operacional do crime no Brasil, contando com a colaboração dos responsáveis pela defesa, da polícia e da inteligência peruana e brasileira", disse o exministro (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2017b).

No intuito de aumentar as cooperações, houve o AMAZONLOG que é um Exercício de Logística Multinacional Interagências, na tríplice fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru, conduzido pelo Comando Logístico do Exército Brasileiro (COLOG) e inspirado no Exercício Logístico Capable Logistician - 2015, realizado por países da Organização do Atlântico Norte (OTAN), na Hungria.

Neste exercício, foi montada uma Base Logística Internacional composta por Unidades Logísticas Multinacionais Integradas (ULMIs) na Floresta Amazônica, a fim de serem treinadas para o apoio à civis e efetivos militares empregados em regiões remotas e desassistidas, como, tipicamente, ocorre em Operações de Paz e de Ajuda Humanitária. Em toda a região, foram desenvolvidas ações conjuntas, multinacionais e interagências por tropas e agências brasileiras, colombianas, norte-americanas e peruanas (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2017c).

3.3 PERU: INICIATIVAS NACIONAIS DE SEGURANÇA E DEFESA DAS FRONTEIRAS

Outra importante cooperação entre os países é entre as polícias do Brasil e do Peru. Com mais essa integração, haveria um resultado positivo no combate aos crimes ilícitos nas fronteiras. Desta forma, é imperativo que os países mantenham encontros e eventos em conjunto, como o AMAZONLOG. Com isso, haverá o fortalecimento das relações bilaterais que estenderá as cooperações, favorecendo a segurança entre ambos.

Diante da problemática de crimes ilícitos, o Brasil tem desempenhado liderança regional, a fim de proteger as suas extensas fronteiras, por meio de celebração de diversos acordos nesta temática. Com isso, em 2012, Brasil se reuniu com Bolívia e Peru no intuito de estabelecer mecanismos em conjunto de inteligência, monitoramento de fronteiras e formação policial compartilhada para o combate do tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. A partir desta reunião, em 2013, foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

assinado um acordo de cooperação entre as partes para maior controle da fronteira e combate aos crimes organizados transnacionais. Além disso, houve a criação do Grupo de Trabalho Trilateral, para aumentar o intercâmbio de informações de inteligência e controle do espaço aéreo, terrestre e marítimo (DIAS, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As fronteiras apresentam dinâmicas espontâneas ou cotidianas de integração, compartilham uma história, problemas e recursos comuns e evidenciam a necessidade do diálogo entre estados vizinhos para estabelecer processos de cooperação por meio de acordos internacionais e a criação de mecanismos conjuntos que respondam às necessidades dessas regiões e suas populações. Essa integração é dada em um nível local, regional, nacional e internacional, sendo os fluxos de interação entre esses níveis complementários e evidentes em uma fronteira.

A fronteira, como conceito e também como realidade, pode ser entendida como um fator de separação a partir do entendimento de fronteira fechada como fonte de conflito, ou como um fator de integração determinado pela necessidade de cooperação com o vizinho para o desenvolvimento regional e a solução de problemas comuns.

No caso da fronteira amazônica, pode-se concluir que existem ainda concepções de fronteira negativas, segundo as quais a região amazônica apresenta múltiplos conflitos e ameaças que precisam de presença militar efetiva para defende-la. Existe uma predominância, por uma parte, de abordar os problemas da Amazônia desde a segurança e, por outra, da ação individual dos estados para a resolução de problemáticas de natureza comum.

Nesse contexto, o narcotráfico na região do Trapézio Amazônico caracteriza-se como uma atividade com grande impacto econômico naquela região, apresentando diferentes fases ao longo das últimas décadas do século XX. Este estudo procurou apresentar o processo de evolução histórica desta atividade criminosa na região, identificar quais zonas produtoras de coca que possuem influência no território brasileiro.

Assim sendo, foi possível observar que a produção de cocaína no território colombiano não possui grande relevância para o mercado brasileiro. Por outro lado, o território peruano, em especial o Departamento de Loreto, tem a atividade cocaleira diretamente ligada à produção de entorpecentes que adentram ao território brasileiro na região estudada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A delimitação desta zona de influência, bem como a mensuração de seu impacto econômico, pode servir como instrumento balizador para os projetos voltados para o enfrentamento ao narcotráfico naquela região, a fim de que sejam traçadas políticas que tenham por base a real dimensão que esta atividade criminosa possui na Tríplice Fronteira Amazônica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de fev. 2018

Decreto Nº 5.048, de 14 de abril de 2004. Promulga o Acordo de Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Bolívia para Impedir o Uso Ilegal de Precursores e Substâncias Químicas Essenciais para o Processamento de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 26 de julho de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5048.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

DIAS, Michelle Gallera. Cooperações Bilaterais do Brasil com Bolívia, Colômbia e Peru no Combate ao Tráfico de Drogas Ilícitas. I Seminário Internacional de Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, set. 2015.

MACHADO, L. O. Drug Trafficking and Money Laundering in the Amazon Region. Geoeconomic and Geopolitical Effects. Em: Ch.Geffray; G.Fabre; Michel Schiray. (Org.). Globalisation, Drugs and Criminalisation. CD-ROM ed. Unesco, 2002, p. 151-171.

MINISTÉRIO DA DEFESA. UNASUL. 2017a. Disponível em http://www.defesa.gov.br/arquivos/relacoes_internacionais/unasul/normativa_unasul_2017.p. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Encontro na Fronteira reúne defesa, inteligência e segurança do Brasil e do Peru. 2017b. Disponível em: http://www.defesa.gov.br/noticias/33939-encontro-na-fronteira-reune-defesa-inteligencia-e-seguranca-do-brasil-e-do-peru. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. MINISTÉRIO DA DEFESA. Em tabatinga, ministro da defesa visita exercício multinacional AMAZONLOG17. 2017c. Disponível em:

http://www.defesa.gov.br/noticias/36813-em-tabatinga-ministro-da-defesa-visita-exercicio-multinacional-amazonlog1 . Acesso em: 15 set. 2019.

Santana, M. V, 2012. O fenômeno do crime organizado: uma ameaça à segurança nacional. Coleção Meira Mattos-Revista das Ciências Militares, jul/set, (27), pp. 1-9.

UNODOC. Bolívia, Brasil e UNODC fortalecem cooperação para combater o tráfico de drogas e o crime organizado. 2014. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2011/04/06-bolivia-brasil-e-unodc-fortalecem-cooperacao-para-combater-o-trafico-de-drogas-e-o-crime-organizado.html. Acesso em: 16 set. 2019.

---

[1] Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, FDSM, Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS INSTITUTOS DA EXTRADIÇÃO E DA ENTREGA NO DIREITO BRASILEIRO

CAIO NUNES DE BARROS: Pós-graduado em Direito Constitucional pela universidade Anhanguera-Uniderp.

RESUMO: O presente trabalho busca abordar as diferenças e semelhanças entre aos institutos da extradição e da entrega, bem como a controvertida recepção do Estatuto de Roma, mais precisamente em relação à entrega, pelo ordenamento jurídico brasileiro, passando por uma abordagem do Tribunal Penal Internacional e Estatuto de Roma, bem como pelo projeto de lei 4038/2008.

Palavras-chave: Extradição. Entrega. Estatuto de Roma. Tribunal Penal Internacional.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E ESTATUTO DE ROMA. 3. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA ENTREGA E DA EXTRADIÇÃO. 4. PROJETO DE LEI 4.038/2008. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Certamente, dos documentos diplomáticos mais antigos do mundo, podemos destacar os referentes à extradição[1], considerado uma prática milenar de cooperação internacional. A entrega, por outro lado, é instituto jurídico bastante recente, datado da criação do Tribunal Penal Internacional e que, exatamente por isso, ainda é visto com determinada reserva por muitos Estados.

De acordo com Hildebrando Accioly, "extradição é o ato mediante o qual um Estado entrega a outro indivíduo acusado de haver crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos."[2] A extradição encontra-se prevista na própria Constituição Federal de 1988 no art. 5º, incisos LI e LII, que dispõem, principalmente, sobre as restrições do instituto. A entrega, em contrapartida, se dá quando um Estado remete um indivíduo ao Tribunal Penal Internacional nos termos do Estatuto de Roma.

O Estatuto de Roma foi adotado em julho de 1998, marcado por ser o responsável direto pela instituição do Tribunal Penal Internacional. Suas principais características são o caráter permanente, a independência, a vinculação às Nações Unidas, além da complementaridade em relação às jurisdições dos Estados. O TPI está localizado em Haia, na Holanda, e é composto por dezoito juízes eleitos pela Assembléia dos Estados Partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De logo, a distinção mais palpável entre os institutos refere-se à destinação da pessoa que é removida. Na extradição, para outro Estado e na entrega para o Tribunal Penal Internacional. Tal constatação perpassa, nesse contexto, a própria essência de ambos os destinos na medida em que o TPI é um organismo internacional e, pois, não uma jurisdição estrangeira como o são os Estados. Embora seja clara a separação entre um organismo internacional e um Estado, as diferenças entre a extradição e a entrega continuam extremamente sutis já que ambas representam a privação de determinado espectro da liberdade individual das pessoas, consubstanciada pela retirada delas de um determinado espaço territorial.

Nesse sentido, a distinção elaborada pelo próprio estatuto em seu art. 102, de certa forma confirma a compreensão de que a entrega foi, na verdade, uma criação jurídica para fugir dos óbices que muitos países teriam em aceitar a extradição de nacionais. No caso do Brasil, por exemplo, caso o estatuto de Roma falasse em extradição para o Tribunal Penal Internacional, por exemplo, jamais poder-se-ia ratificar o Estatuto de Roma pois que entraria em conflito direto com o texto do art. 5º e retromencionados incisos da Constituição Federal:

> Art. 5o (...)
>
> LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;
>
> LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

A favor daqueles que defendem o instituto da entrega encontra-se o princípio da complementaridade, consagrado fortemente pelo Estatuto. Trata-se da cooperação entre os Estados e o TPI de forma que este último será acionado apenas em caráter excepcional e complementar. Em outras palavras, o TPI agirá apenas em caso de manifesta incapacidade ou desinteresse do Estado em exercer sua jurisdição. Esse entendimento é endossado por Flávia Piovesan:

> "O Estatuto de Roma reitera a idéia de que o Estado tem a responsabilidade primária, o dever jurídico de emprestar a sua jurisdição. No entanto, se isso não ocorrer, a responsabilidade subsidiária é da comunidade internacional. Dessa maneira, entendemos que o estatuto busca equacionar a garantia

> do direito à justiça, o fim da impunidade, a soberania do estado à luz do princípio de complementaridade."[3]

É nesse contexto que podemos localizar o cerne da discussão acerca da constitucionalidade da entrega. Caso seja reconhecida a identificação dessa com a extradição sua compatibilidade com a Constituição restaria, no mínimo, questionável. Por outro lado, reconhecida a autonomia da entrega em relação à extradição, não há que se falar em conflito com o art. 5º, inc. LI e LII da CF.

O presente trabalho busca abordar a controvertida recepção do Estatuto de Roma, mais precisamente em relação à entrega, pelo ordenamento jurídico brasileiro, passando por uma abordagem do Tribunal Penal Internacional e Estatuto de Roma, bem como pelo projeto de lei 4038/2008.

2. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E ESTATUTO DE ROMA

Um grave problema atual do Direito Internacional consiste na busca pela real efetividade da proteção internacional dos direitos humanos, diante da ocorrência de barbaridades, que são verdadeiros ultrajes à dignidade da pessoa humana, tais como o genocídio, os crimes contra a paz, os crimes de guerra e o crime de agressão.

De acordo com Valério de Mazzuoli, tal problema deve ser examinado a partir de um duplo viés. Em primeiro lugar, tem-se a questão da concreção do direito de toda pessoa a vindicar a seu favor frente a instâncias internacionais, na busca pela efetivação de seus direitos humanos. Em segundo lugar, coloca-se o problema do poder de punição que deve ter o Direito Internacional frente aos crimes que violam de forma mais gritante a humanidade.[4]

Esse último viés é mais recente e encontrava pouco apoio doutrinário e político até poucas décadas atrás. Porém, diante das gritantes violações aos direitos humanos das duas Guerras Mundiais, a ideia de um *jus puniendi* de alcance global começa a galgar espaço. Mazzuoli esclarece o significado da experiência traumática do nazismo para a construção de um Direito Internacional mais conectado aos direitos humanos:

> "O principal legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, consistiu na preocupação que gerou no mundo pós-Segunda Guerra, acerca da falta que fazia uma "arquitetura internacional" de proteção aos direitos humanos, com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente no planeta. Daí porque o período pós-Segunda Guerra significou o resgate da cidadania mundial – ou a reconstrução dos direitos humanos – baseada no princípio do "direito a ter direitos", para se falar como Hannah Arendt."[5]

Os antecedentes históricos do Tribunal Penal Internacional foram os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, ambos tribunais internacionais penais *ad hoc*, isto é, constituídos posteriormente à ocorrência dos crimes. Mais recentemente, por deliberação do Conselho de Segurança da ONU, instituíram-se dois outros tribunais penais internacionais *ad hoc*: um relativo às violações cometidas na antiga Iugoslávia, em 1991, e outro para julgar as atrocidades de Ruanda, em 1994.

Quanto ao Tribunal de Nuremberg, o primeiro dos antecedentes históricos do atual Tribunal Penal Internacional, explana Flávia Piovesan:

> "O significado do Tribunal de Nuremberg para a internacionalização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a ideia da necessária limitação da soberania nacional, como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional. Testemunha-se, deste modo, mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir daí não mais poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstica. São lançados, assim, os mais decisivos passos para a internacionalização dos direitos humanos."[6]

Ainda que a necessidade de punição dos responsáveis pelas barbaridades cometidas em tais ocasiões tivesse grande apelo junto à opinião pública, tais tribunais foram bastante criticados. Dentre as principais críticas está a fato de não terem sido constituídos por tratados multilaterais, mas sim pelo Conselho de Segurança da ONU, revelando pouca representatividade, uma vez que este órgão é demasiado restrito se comparado à quantidade de Estados-membros da ONU. Ademais, justamente pelo fato de serem *ad hoc*, tais tribunais violavam a regra mais elementar do Direito Penal, qual seja, o juiz e a lei devem ser prévios à prática do crime, e não *ex post facto* [7].

Apesar das críticas, as violações à dignidade humana que ocorreram nos mencionados países, foram de tal proporção que se tornou justificável a criação dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ditos tribunais. Deve-se salientar a vultosa contribuição destas cortes temporárias na construção da teoria da responsabilidade penal dos indivíduos no plano internacional. Mencionem-se, por exemplo, o não reconhecimento das imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo Direito Internacional e o não reconhecimento de ordens superiores como excludentes de responsabilidade internacional.

Diante deste cenário, a ideia de se instaurar um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente existe no âmbito da Organização das Nações Unidas desde 1948, a partir da adoção da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Genocídio. Porém, mesmo antes de 1948, esta intenção já se faz mostrar na ordem internacional. Em 1937, ocorreu a Convenção da Liga das Sociedades das Nações para criação de uma Corte Penal Internacional, porém tal intento nunca teve êxito. Intentos posteriores foram realizados, mas sem sucesso. De acordo com Carlos Canêdo, a Assembleia Geral vinha "sucessivamente adiando debates mais aprofundados e conclusivos sobre o tema"[8].

Em 1993, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas preparou um esboço do Estatuto que regularia um futuro tribunal penal internacional. Finalmente, em 1994, a versão final deste esboço foi submetida à Assembleia Geral das Nações Unidas. Foi apenas depois de dois anos, no entanto, que a Comissão de Direito Internacional adotou o modelo final do seu "Código de Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade".

Em 1998, foi realizada em Roma a Conferência de Plenipotenciários para o Estabelecimento da Corte Internacional Penal, na qual o Estatuto de Roma foi aprovado, através de votação com 120 (cento e vinte) Estados favoráveis, e apenas 07 (sete) Estados contrários (Estados Unidos da América, China, Israel, Líbia, Iraque, Iêmen e Catar). A Rússia, a Índia, o Paquistão e numerosos Estados africanos se abstiveram.

Em 1º de julho de 2002, finalmente, o Estatuto de Roma entrou em vigor. Explica Krieger:

> "A partir desta data, os autores dos crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão, condutas tipificadas no art. 5º do Estatuto de Roma, já não contam tão facilmente como ocorrera até então, da lógica do asilo político concedido por alguns Estados, com a benevolência quase sempre resultado do cruzamento entre a corrupção organizada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de forma transnacional e os nefastos interesses que se escondem atrás dos conflitos armados."[9]

Assim, o Tribunal Internacional entrou em pleno funcionamento em meados de 2003 e, de acordo com Krieger:

> "Com os precedentes mais remotos dos Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio, no término da Segunda Guerra Mundial, e mais recentemente com os Tribunais Penais Internacionais da antiga Iugoslávia e de Ruanda, o Tribunal Penal Internacional, que será sediado em Haia, surge como a primeira instância penal realmente planetária, permanente e aberta à participação de todos os Estados, não se levando em consideração o poderio bélico, sua maior ou menor importância regional ou sua capacidade de exercer tutela militar."[10]

Sua jurisdição restringe-se a uma limitada parte do Direito Internacional Humanitário, definida no Estatuto de Roma e aplicável aos crimes cometidos a partir de 1º de julho de 2002. O intuito é que a competência material do Tribunal restrinja-se aos crimes mais graves, que afetam todo o conjunto da sociedade internacional e que representam autêntica violação à dignidade da pessoa humana. Os crimes referidos pelo preâmbulo do Estatuto de Roma são imprescritíveis e dividem-se em quatro categorias:

a) Crime de genocídio:

Por ser uma das principais preocupações no contexto do pós Segunda Guerra, o crime de genocídio foi definido na Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948) como a mais grave espécie de crime contra a humanidade.

O art. II da convenção conceitua-o como qualquer dos atos perpetrados com o intuito de destruir, inteira ou parcialmente, um grupo por sua característica étnica, nacional, religiosa ou racial, como: assassinato de membros do grupo, grave lesão à integridade física ou moral de membros do grupo, submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; medidas destinadas a impedir nascimentos no âmbito do grupo; transferência forçada de menores do grupo para outro grupo. O Estatuto de Roma, 50 anos após a proclamação da Convenção, tomou como sua tal definição do crime internacional de genocídio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

b) Crimes contra a humanidade:

A expressão "crimes contra humanidade" é usada para designar todas as atrocidades perpetradas em larga escala, para cuja punição possa-se aplicar o princípio da jurisdição universal.

Numa concepção mais técnica, o art. 7º, parágrafo 1º do Estatuto de Roma define como crime contra a humanidade qualquer um dos seguintes atos, quando cometidos no contexto de um ataque, generalizado ou sistemático, a uma população civil: homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada de uma população, prisão ou outra forma de privação grave da liberdade física, em violação às normas de Direito Internacional, tortura, violência sexual, perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado por motivos políticos, raciais, étnicos, nacionais, culturais, religiosos ou de gênero (não excluindo outros critérios), desaparecimento forçado de pessoas, crime de apartheid e, finalmente, outros atos desumanos de caráter similar, que intencionalmente causem grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental das pessoas.

c) Crimes de guerra:

Também conhecidos como "crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados", os crimes de guerra são definidos pelo parágrafo 2º do art. 8º do Estatuto de Roma. De acordo com o Estatuto, são exemplos de crimes de guerra, entre outros, as violações graves às Convenções de Genebra de 1949. Por exemplo, qualquer dos seguintes atos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra: homicídio doloso, tortura ou tratamento desumano, incluindo experiências biológicas, ato de provocar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde, destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por necessidades militares e executadas de forma arbitrária e ilegal; ato de compelir prisioneiro de guerra ou pessoa sob proteção a servir em forças armadas inimigas; privação intencional de prisioneiro de guerra ou pessoa sob proteção de seu direito a um julgamento imparcial e justo; deportação ou transferência ilegal, ou privação ilegal da liberdade; tomada de reféns etc.

O Estatuto de Roma traz relevantes inovações na definição de crimes de guerra, como por exemplo a inclusão nesta categoria de crimes dos conflitos armados não-internacionais, os quais, hodiernamente, são a maioria dos conflitos existentes no mundo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

d) Crime de agressão:

A conceituação jurídica do crime de agressão é a mais problemática no Estatuto de Roma, uma vez que não há uma definição precisa, nem doutrinária nem praticamente, capaz de ensejar a responsabilidade penal internacional dos indivíduos.

Portanto, a definição do crime de agressão foi relegada a uma etapa posterior, nos termos do parágrafo 2º do art. 5º do Estatuto de Roma, que determina que o Tribunal poderá exercer sua competência quanto ao crime de agressão, desde que seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se estabeleçam sob que condições a Corte terá competência quanto a tal delito. Tal disposição deverá ser feita por emenda, uma vez que não se logrou um Consenso quanto ao tema na Conferência de Roma. O Estatuto esclarece, ademais, que tal definição deve ser compatível com a Carta das Nações Unidas.

Outros crimes de grande relevância no cenário internacional, tais como o tráfico de entorpecentes, o comércio ilegal de armas, o terrorismo internacional, a lavagem de dinheiro e o depósito de lixo nuclear, não foram acolhidos na jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Argumenta Krieger que, através da exclusão destes crimes do Estatuto de Roma, encontrou-se um máximo denominador comum entre os Estados-partes, pois, caso contrário, é provável que o tratado não tivesse a adesão e o êxito que teve.[11]

A criação do Tribunal Penal Internacional representou uma grande propulsão à teoria da responsabilidade internacional dos indivíduos, haja vista que o Estatuto de Roma prevê punição individual aos que praticaram os crimes nele tipificados.[12]

O Tribunal Internacional Penal atua subsidiariamente aos Estados. Isto é, não busca substituir as justiças nacionais, caso elas se demonstrem dispostas e capazes de julgar e, quando for o caso, punir os indivíduos responsáveis pelos crimes tipificados na Carta de Roma. Diferentemente dos tribunais ad hoc, que tinham primazia sobre as jurisdições nacionais, no TPI consagrou-se o princípio da complementaridade, segundo o qual o tribunal não pode se imiscuir nos sistemas judiciais domésticos, que continuam tendo a atividade primária de investigar e processar crimes cometidos por seus nacionais. Porém o TPI entra em cena nos casos em que os Estados se revelem incapazes ou não demonstrem real vontade de punir os perpetradores.[13]

A jurisdição do tribunal não é estrangeira nem universal, mas sim internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado-parte no âmbito das Nações Unidas. Determina o Estatuto de Roma que o TPI é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com a capacidade necessária para o desempenho de suas funções.

Sobre a importância do Tribunal Penal Internacional na responsabilização penal internacional dos indivíduos, afirma Krieger:

> "Quando estiver em pleno funcionamento, o Tribunal Penal Internacional, teoricamente, nenhum autor (confesso ou não) de qualquer dos crimes contidos no art. 5º do Estatuto de Roma, proveniente do Hemisfério Sul, por exemplo, poderá viver elegantemente acolhido no Hemisfério Norte, como também nenhum executante dos referidos delitos no Ocidente, poderá ser festivamente condecorado como herói no Leste."[14]

3. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA ENTREGA E DA EXTRADIÇÃO

Conforme já disposto, a introdução do instituto da Entrega no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da ratificação do Estatuto de Roma em 2002, sobretudo no que se refere à entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional (TPI) suscitou alegações de inconstitucionalidade da referida situação, com fulcro no artigo 5º, inciso LI, que veda a extradição de nacionais do território brasileiro. Faz-se mister, portanto, aprofundar as diferenças existentes entre os institutos da entrega e da extradição, a fim de reconhecer a constitucionalidade do primeiro quando aplicado aos nacionais.

Isto posto, cumpre aprofundar na conceituação da extradição e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Leciona Celso D. de Albuquerque Mello que a extradição pode ser definida como "ato, por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente a fim de processá-lo e puni-lo.[15] Desse modo, o Estado entrega o indivíduo para outro Estado soberano, atente-se para esse detalhe, para julgamento em virtude do cometimento de um crime ou para execução de pena ao qual o extraditado foi condenado naquele país.

Versa a doutrina que o fundamento para extradição encontra-se na imposição do princípio universal e superior de Justiça, que deve ser observado pela comunidade internacional, com vistas a coibir a impunidade pela prática de um crime do agente que deixa o território, seja fugindo ou não, no qual aquela conduta foi praticada, pois "predomina, na espécie, o sentido superior e universal de justiça, que busca impedir sua oposição à impunidade"[16]. Tal previsão em termos normativos mais estritos, encontra amparo no Princípio da Territorialidade que rege as leis penais brasileiras, em que será competente o país para julgar o crime cometido em seu território.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nessa esteira, a concessão da extradição observa os princípios da especialidade, pois o indivíduo não pode ser julgado por delito diverso do que fundamentou o pedido de extradição, bem como da identidade, na medida em que o fato motivador da extradição deve ser considerado crime tanto no país requerente, quanto no país requerido. Trata-se de medidas que visam a estabelecer equilíbrio e razoabilidade entre o dever de colaboração com outros Estados para a repressão de crimes em seus territórios e o dever de proteção aos direitos fundamentais do extraditado.

No entanto, conforme supramencionado, a Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, incido LI, veda a extradição de brasileiros natos de forma absoluta, excetuando a permissão da extradição de brasileiros naturalizados apenas nas hipóteses previstas no texto constitucional. Esta vedação constitui cláusula pétrea no nosso ordenamento jurídico, cuja modificação só pode ocorrer por meio do exercício do poder constituinte originário, jamais mediante emendas constitucionais. Daí decorre que tratados internacionais, mesmo que versem sobre direitos humanos, não são aptos a derrogar tal disposição. Desse modo, o nacional será julgado pela jurisdição de seu país, ainda que o crime tenha sido praticado no exterior.

Ressalte-se que os óbices impostos à extradição de nacionais depreendem-se da observância do princípio da igualdade de soberanias entre os Estados, uma vez que não há prevalência de um Estado sobre o outro. Então, a cooperação estabelecida entre os Estados na extradição ocorre de forma horizontal, tendo em vista que são igualmente soberanos, segundo a lei internacional, os tratados e convenções, promessa de reciprocidade e a lei nacional do país requerido.

Em outra direção, o instituto da entrega se estabelece entre o Estado e o Tribunal Penal Internacional, na hipótese em que são cometidos os crimes elencados pelo Estatuto de Roma, quais sejam, crimes contra a humanidade, crimes de genocídio, crimes de guerra, e crimes de agressão. De pronto, podem-se destacar duas diferenças: a um, a entrega é realizada a um sujeito de direito internacional, isto é, um órgão que exerce jurisdição internacional, respaldada pela competência conferida ao Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto; e a dois, trata-se de um recurso que visa a proteger contra e coibir a prática de crimes que interessam não apenas à jurisdição interna de cada país, todavia à comunidade internacional, pela relevância que a proteção aos direitos humanos aufere no cenário global.

Assim, dispõe o artigo 89 do Estatuto que "o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa

pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa." Diferindo do texto constitucional quando trata da extradição, o Estatuto não faz qualquer ressalva quanto à possibilidade de entrega de nacionais.

Cumpre destacar que parte da doutrina defende que o Estatuto de Roma veda a sua admissão com reservas pelo Estado signatário, e desse modo, o Estado-parte não poderia se furtar de proceder à entrega de nacional, negando-se a aplicar parte do Tratado pela incompatibilidade com o ordenamento nacional. Nesse sentido, os Estados não poderiam usar a proibição de extradição de nacionais, prevista nos ordenamentos internos para não entregar os indivíduos requeridos pelo tribunal, sob pena de responsabilidade.

Ademais, as relações entre Estados são baseadas no princípio de igualdade formal; já entre um Estado e uma jurisdição internacional inspiram-se, ao contrário, no princípio hierárquico.[17] Logo, o Estado, ao assinar o tratado, vincula-se ao dever de garantir a sua eficácia e aplicação, e, por conseguinte, o dever de cumprir com uma obrigação assumida de colaborar com o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, o que enseja uma responsabilidade internacional.

O instituto da entrega é regido pelo princípio da complementaridade, em que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional só será exercida nos casos de manifesta incapacidade ou desinteresse da jurisdição nacional de exercer a sua primazia no julgamento das causas relativas à defesa dos direitos humanos. Nesses casos, os Estados se obrigam a entregar o indivíduo ao Tribunal, qualquer que seja sua nacionalidade, pois se trata de uma cooperação vertical. Pensamos que o próprio processo de legitimação do Tribunal a justifica.

Enquanto organismo internacional, o Tribunal Penal Internacional não é uma jurisdição estrangeira, como, no mesmo sentido, os outros Estados o são.[18] O Tribunal Penal Internacional não se trata de um tribunal *ad hoc*, de exceção ou ainda um tribunal político, que represente o interesse de determinado Estado soberano, como ocorreu nos Tribunais de Nürenberg e de Tóquio no pós Guerra. De outra monta, a sua criação resulta da congregação de interesses de Estados soberanos pertencentes à comunidade internacional.

Dessa forma, uma decisão do TPI também representa os interesses do Brasil, enquanto estado signatário. O nacional, na hipótese de entrega, estaria sendo julgado por um Tribunal que passou pelo crivo de sua ordem interna, cuja criação foi legitimada pelo país. Bem diferente do que ocorre na extradição, em que o interesse da jurisdição estrangeira prevalece. Pode-se dizer ainda que o Tribunal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Penal Internacional é uma extensão no âmbito transnacional das soberanias internas de cada estado signatário, tanto é que a disposições do Estatuto de Roma só são aplicáveis aos Estados que o ratificaram. Em outras palavras, o nacional está sendo submetido a uma jurisdição legitimada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e desse modo, não há que se falar em violação da soberania interna ou omissão do Estado no dever de proteção dos seus nacionais.

Ainda que haja tentativas de aproximar os institutos da extradição e da entrega, a fim de afirmar a inconstitucionalidade deste quando aplicável ao nacional, o artigo 102 do Estatuto busca dirimir essa equiparação ao estabelecer de forma expressa a distinção entre eles, nos seguintes termos:

> Art. 102 – Para os fins do presente Estatuto:
>
> a) Por entrega entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto;
>
> b) Por extradição entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto num tratado, numa convenção ou no direito interno.

No entanto, a ausência de regulamentação do instituto da entrega na legislação brasileira dá azo para outras interpretações deste. É necessário, portanto, a elaboração uma legislação infraconstitucional disciplinando a matéria, a fim de garantir uma maior eficácia na implementação do Estatuto de Roma e na atuação do Tribunal quando da entrega. Daí decorre a importância do Projeto de Lei 4038/2008, a ser abordado no tópico seguinte.

4. PROJETO DE LEI 4.038/2008

O artigo 2º da Convenção de Viena de 1969 define tratado como o "acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

O artigo 26 dessa mesma Convenção estabelece ainda que "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé". É cediço que em Direito Internacional Público vigora o princípio do *pacta sunt servanda* e é com base em tal princípio, exteriorizado pela norma do artigo 26, acima colacionado, que se estabelece que quem conclui um tratado é obrigado a cumprir com o compromisso que assume frente à comunidade internacional.

Em decorrência desse princípio, podem se fazer duas constatações. A primeira, de que enquanto país signatário do Tratado de Roma, deve o Brasil adotar os procedimentos necessários para assegurar o total cumprimento deste pacto, inclusive possibilitando a compatibilização entre conteúdos porventura divergentes entre o Tratado e a legislação interna. A segunda constatação é a de que em decorrência não apenas da força normativa dos tratados, mas também, e, sobretudo, do princípio da boa-fé, não poderá o país invocar a incompatibilidade do Estatuto com o direito interno como forma de se esquivar do integral cumprimento do tratado, especialmente porque, este pacto, por previsão expressa, não admite reservas ou ressalvas.

É com base nessa realidade que o legislador pátrio, através do Projeto de Lei n. 4038/2008 vem buscar regulamentar as matérias tratadas pelo Estatuto de Roma, definindo os crimes elencados por este diploma, instituindo normas processuais específicas e dispondo sobre a cooperação do país para com o Tribunal Penal Internacional, disciplinando, igualmente, o controvertido instituto da entrega.

Assim, dispõe a ementa do referido projeto:

> "Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências."

Especificamente sobre a entrega, dispõe (ainda que provisoriamente, pois sujeito a revisão) o Projeto:

> Art. 100. A requisição de cooperação do Tribunal Penal Internacional será recebida pela via diplomática e encaminhada, em cinco dias, pelo Ministério das Relações Exteriores ao Ministério da Justiça, designado Autoridade Nacional de Cooperação com o Tribunal Penal Internacional, que a encaminhará, no prazo máximo de trinta dias, à autoridade competente para sua execução.
>
> § 1o O Ministério da Justiça encaminhará ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a requisição de entrega, de prisão preventiva para entrega ou de prisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

preventiva antecipada, bem como de outras medidas que dependam de providências judiciais.

Essa regulamentação é essencial para viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, garantindo que o Estado Brasileiro cumprirá as obrigações que assumiu ao assinar o Estatuto de Roma, regulamentando matérias importantes e garantindo a integração pátria com novo cenário mundial de normatização e cooperação internacional.

5. CONCLUSÃO

A evolução do direito penal internacional é marcada pela construção progressiva de uma ordem jurídica que vise reprimir violações graves dos direitos humanos. Esta evolução repousa sobre o aprofundamento dos laços interestatais através de uma maior colaboração e coordenação de interesses na seara internacional.

O direito internacional surge, assim, como um direito que exerce uma função de estabilização da comunidade internacional. A concepção territorial vem sendo paulatinamente complementada por valores transnacionais que permeiam e estruturam as normas interestatais.

O direito penal é uma das maiores manifestações da territorialização do direito e, consequentemente, da soberania do Estado. Entretanto, com o passar das décadas, tem se tornado evidente que, por vezes, a soberania do Estado é falha. Surge, então, a internacionalização do direito penal como novo desafio que se coloca perante as nações. É com base na colaboração que devem os Estados buscar a proteção dos direitos humanos.

Atualmente, já se reconhece a existência de direitos universalmente aceitos pela comunidade internacional. E é ao buscar a proteção de tais direitos que os Estados têm procurado unir forças a fim de assegurar a correta repressão de crimes mais graves, capazes de atingir a sociedade internacional.

O Estatuto de Roma foi criado dentro desta perspectiva, e, portanto, representa um enorme avanço na consolidação de uma "nova ordem mundial", fundada não mais na supremacia dos interesses políticos, mas sim no respeito universal aos direitos humanos. É com foco em tal objetivo que cria o referido pacto o Tribunal Penal Internacional (TPI), estabelecendo uma jurisdição internacional capaz de dirimir os mais graves conflitos penais.

Muito obstante a nobre missão por ele assumida, a sistemática de aplicação do Tratado de Roma ainda revela controvérsias e incoerências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mais especificamente quanto ao instituto da entrega, sua constitucionalidade vem sendo questionada por muitos autores brasileiros. Em síntese, a corrente que afirma a impossibilidade da aplicação do instituto no Brasil afirma que a Constituição Federal de 1988 proibiu expressamente (art. 5, LI) a extradição de nacionais, e que a entrega é, em tudo, similar à extradição, pois se tratam de institutos jurídicos essencialmente iguais, não havendo diferença substancial em ser o nacional entregue à uma Corte Internacional ou a outro Estado.

Pensamos de maneira diferente. Como já foi afirmado, existem diferenças cruciais nos institutos da entrega e da extradição, sendo tais diferenças inclusive descritas pelo próprio Estatuto. É possível, nesta senda, afirmar que não há óbice constitucional à adoção, pelo Brasil, da entrega de nacionais para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.

Ademais, reforça-se tal argumento quando se verifica que o Tratado de Roma é, antes de mais nada, um tratado que visa assegurar direitos humanos. Ao garantir a aplicação deste pacto, portanto, não está o Brasil a fazer outra coisa que não cumprir o preceito do art. 1º, inciso III da Carta Magna que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil o respeito à dignidade humana. Há ainda que se ressaltar que o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já previa "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos."

A ratificação do Estatuto de Roma aparece assim como passo fundamental na inclusão do Brasil no cenário internacional. Demonstra, acima de tudo, a conscientização brasileira da nova ordem mundial que vem se desenhando nas últimas décadas, permeada pela necessidade de cooperação entre os Estados e marcada pela crescente internacionalização da solução das controvérsias.

Outrossim, o Tribunal Penal Internacional é uma instituição permanente com jurisdição penal complementar sobre as pessoas responsáveis pelo cometimento de crimes graves com alcance internacional. Crimes estes especificamente enumerados pelo Estatuto: crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, que violam os direitos fundamentais do ser humano, como a vida e a liberdade. Assim, esta Corte é complementar à jurisdição penal nacional. A regra continua sendo a realização da repressão penal pelas jurisdições nacionais. O TPI só interferirá em último recurso, em caráter subsidiário, quando os Estados não puderem ou não quiserem fazê-lo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Noutra monta, é preciso relembrar que o Estatudo de Roma, por previsão expressa, não admite reservas e a negativa, por parte do Estado brasileiro, de cumprir o pacto, poderia dar ensejo a sua responsabilização internacional, inclusive perante o Conselho de Segurança da ONU.

Assim, não poderá o Estado brasileiro valer-se do aparente conflito existente entre o Estatudo de Roma e a Constituição Federal para justificar a não realização da entrega de nacional que porventura seja solicitado pelo TPI. Defender o contrário seria albergar nítido desrespeito às normas do direito internacional.

De tudo que foi exposto, fica claro que o instituto da entrega não afronta, de qualquer maneira, a ordem jurídica brasileira. Deve, portanto, ser colocado em prática o mais brevemente possível, como forma de coibir a impunidade e assegurar a supremacia dos direitos humanos.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que, na falta de norma que regule a entrega, continua a viger a Constituição Federal, de modo que não será possível a aplicação do instituto.

Ciente de toda a controvérsia acima exposta e da importância de garantir a aplicação completa do Estatuto de Roma (já ratificado há mais de dez anos), o legislador pátrio deu início ao Projeto de Lei 4038/2008, em sintonia com a necessidade de garantir a plena cooperação entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional, regulando a entrega e dando fim a atual controvérsia e implementando, assim, uma legislação que auxilie no processo de julgamento e condenação dos indivíduos que cometem os crimes elencados pelo Estatuto.

Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. S. Paulo: Saraiva, 2002.

CANÊDO GONÇALVES DA SILVA, Carlos A. **O Genocídio como Crime Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CASSESE, Antonio. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. São Paulo: Manole, 2004.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição**. Rio de Janeiro: Forense,1994.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário: o Precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Mello, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 12ºed.rev. e aum., 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Princípio da Complementaridade e Soberania**. Revista CEJ, Brasília, nº 11, 2000, 73.

RODAS, João Grandino. **Entrega de Nacionais ao Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Revista CEJ, nº 11, 2000.

NOTAS:

[1] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 211.

[2] ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. S. Paulo: Saraiva, 2002, p. 398.

[3] PIOVESAN, Flávia. **Princípio da Complementaridade e Soberania**. Revista CEJ, Brasília, nº 11, 2000, 73.

[4] MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[5] MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[6] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[7] MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[8] CANÊDO GONÇALVES DA SILVA, Carlos A. **O Genocídio como Crime Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

[9] KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário: o Precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

[10] KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário: o Precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

[11] KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário: o Precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

[12] MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[13] MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[14] KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário: o Precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

[15] Mello, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 12ºed.rev. e aum., 2000. p.947.

[16] GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição**. Rio de Janeiro: Forense,1994, p. 59.

[17] CASSESE, Antonio. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. São Paulo: Manole, 2004. p.5-6

[18] RODAS, João Grandino. **Entrega de Nacionais ao Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Revista CEJ, nº 11, 2000, p. 33

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE EXTERNO SOBRE AS DECISÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LUCIANA CAVALCANTE PAIM MACHADO: Formada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana, pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho e em Direito pela Escola de Magistrados da Bahia(EMAB). Assessora de Juiz do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

RESUMO: Este artigo apresenta o tema "A importância do controle externo sobre as decisões da administração pública" sob o enfoque da necessidade de intervenção de entidades fora administração pública que executam trabalhos de fiscalização, controle e intervenção na tomada de decisão do administrador público. O propósito deste trabalho é demonstrar importantes aspectos sobre o alcance das decisões dos Tribunais de Contas, bem como a repercussão das transformações na sociedade provenientes das parcerias dessas Cortes de Contas para a transformação do controle social.

Palavras chaves: Administração pública; Controle externo; Tribunal de Contas; Sociedade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; BREVE HISTÓRICO; CONCEITO E ABRANGÊNCIA; OS TIPOS E AS FORMAS DE CONTROLE; A FUNÇÃO DE CONTROLE EXERCITADA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS; CONTROLE EXTERNO E CONTROLE SOCIAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende oferecer uma visão do sistema de controle financeiro, administrativo e orçamentário sobre os recursos públicos, ressaltando com ênfase a atividade de controle externo, realizado pelo Poder Legislativo auxiliado pelos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios onde houver.

É de suma importância destacar o valioso instrumento representado pelo Tribunal de Contas, haja vista este órgão desempenha um mister de extrema relevância a serviço da cidadania, mas, sobretudo, fomentar nos cidadãos a necessidade de conhecimento dos mecanismos utilizados por esses tribunais no que tange ao controle externo, refletindo como forma de expandir as maneiras de interação do controle externo em consonância com o controle social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mister se faz, no entanto, delinear os parâmetros utilizados neste artigo como tentativa de estabelecer a ligação entre a lógica seqüencial dos tópicos que serão explicitados, objetivando maior entendimento com relação aos conceitos, ideias e intenções dos aspectos analisados.

Desta forma, no primeiro momento será tratado o tópico referente ao surgimento do Instituto do Tribunal de Contas, abrangendo o seu histórico no contexto nacional, bem como serão abordados conceitos e campo de abrangência; no segundo momento serão abordados tipos e formas de controle, o controle propriamente exercido pelos tribunais de contas, uma abordagem sobre o controle externo e controle social, a fim de viabilizar a devida conclusão que o tema merece.

BREVE HISTÓRICO

A história do controle das contas públicas remonta ao período colonial, especificamente nos idos de 1680 onde foram criadas as Juntas das Fazendas das Capitanias e Juntas das Fazendas do Rio de Janeiro, subordinadas à Jurisdição de Portugal. Em 1808, na administração de D. João VI, foi instalado o Erário Régio e criado o Conselho da Fazenda, que tinha como atribuição acompanhar a execução da despesa pública.

Em 1822, o Erário Régio foi transformado no Tesouro pela Constituição monárquica de 1824, prevendo-se, então, os primeiros orçamentos e balanços gerais. O órgão Tribunal de Contas surgiu pela primeira vez no Brasil em 23 de junho de 1826 com a iniciativa dos parlamentares Felisberto Caldeira Brandt, Visconde de Barbacena, e de José Inácio Borges, que apresentaram projeto de lei nesse sentido ao Senado do Império.

Foram grandes embates em torno da criação do Tribunal de Contas que perduraram por um grande lapso temporal, haja vista a existência dos que defendiam a sua necessidade – para quem as contas públicas deviam ser examinadas por um órgão independente e aqueles que o combatiam, por entenderem que as contas públicas podiam continuar sendo controladas por eles mesmos, que as realizavam.

O fato crucial para a consolidação do Tribunal de Contas se deu com a derrocada do Império e as reformas político-administrativas da jovem República, as quais tornaram realidade, finalmente, o Tribunal de Contas da União. Em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto nº 966-A criou o Tribunal de Contas da União, norteado pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o advento da 1ª Constituição promulgada de 1891, ainda por influência de Ruy Barbosa, institucionalizou-se definitivamente o Tribunal de Contas da União, inscrevendo-o no seu art. 89. A referida Constituição criou o Tribunal e conferiu-lhe competências para liquidar as contas da receita e da despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional.

Entretanto, a instalação do Tribunal só ocorreu três anos após a sua criação, graças ao empenho do Ministro da Fazenda do então presidente Floriano Peixoto, Serzedello Correia. Originariamente o Tribunal teve competência para exame, revisão e julgamento de todas as operações relacionadas com a receita e a despesa da União. A fiscalização se fazia pelo sistema de registro prévio.

Com a instalação do Tribunal o mesmo impugnou a nomeação considerada de forma ilegal promovida pelo atual Presidente Floriano Peixoto pelo motivo envolvendo um parente do ex-Presidente Deodoro da Fonseca. Em desacordo com a atitude do Tribunal de Contas o Presidente ordenou a publicação de decretos para retirar a função de contestar despesas consideradas ilegais. Não concordando com o posicionamento do presidente Floriano Peixoto, o então Ministro Innocêncio Serzedello pediu exoneração do cargo, cujo teor desta indignação ter sido:

> "Esses decretos anulam o Tribunal, o reduzem a simples Ministério da Fazenda, tiram-lhe toda a independência e autonomia, deturpam os fins da instituição, e permitirão ao Governo a prática de todos os abusos e vós o sabeis - é preciso antes de tudo legislar para o futuro. Se a função do Tribunal no espírito da Constituição é apenas a de liquidar as contas e verificar a sua legalidade depois de feitas, o que eu contesto, eu vos declaro que esse Tribunal é mais um meio de aumentar o funcionalismo, de avolumar a despesa, sem vantagens para a moralidade da administração.
>
> Se, porém, ele é um Tribunal de exação como já o queria Alves Branco e como têm a Itália e a França, precisamos resignarmo-nos a não gastar senão o que for autorizado em lei e gastar sempre bem, pois para os casos urgentes a lei estabelece o recurso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Os governos nobilitam-se, Marechal, obedecendo a essa soberania suprema da lei e só dentro dela mantêm-se e são verdadeiramente independentes.
>
> Pelo que venho de expor, não posso, pois Marechal, concordar e menos referendar os decretos a que acima me refiro e por isso rogo vos digneis de conceder-me a exoneração do cargo de Ministro da Fazenda, indicando-me sucessor."

Na atual conjuntura, com a Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União teve a sua jurisdição e competência substancialmente ampliadas. Dentre os poderes concebidos ao Tribunal de Contas pode-se citar: auxílio ao Congresso Nacional, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta; tudo isso quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária tem o dever de prestar contas ao TCU.

CONCEITO E ABRANGÊNCIA

Ao analisar o conceito da palavra controle, constata-se que embora haja controvérsias com relação à etimologia, segundo BARBIERI e HORTALE (2002, p. 54), o certo é que tal vocábulo tem origem no latim *contra rotulum,* e quer dizer "vigilância e verificação administrativa", entre os ingleses tem acepção a noção de autoridade, poder e direção. Já no francês, que não poderia deixar de mencionar o significado desta palavra, o qual representa vigilância, verificação e inspeção, posto que a França representa um novo paradigma de controle da administração com os ideais da Revolução Francesa.

Sob a ótica de FERNANDES (2003, p.32) é muito importante destacar a diferença entre o papel e a função controle, que destaca:

> O objeto da função de controle, na atualidade, deve ser compreendido em sua visão mais nobre, enquanto vetor do processo decisório na busca do redirecionamento das ações programadas. São assim, instrumentos da função: a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição os agentes, sempre visando à reorientação do que está em curso, para obter o aperfeiçoamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o intuito de prestar esclarecimentos no que se refere à evolução que aconteceu a respeito de controle, segundo o qual começa da noção de verificar, confrontando com o modelo previamente definido para aperfeiçoar-se e atingir na atualidade, com o desenvolvimento do planejamento, sob o prisma de um mecanismo para o processo decisório, o referido autor, FERNANDES (2003, p.33), assim assevera:

> [...] os sistemas de planejamento apresentam, como todos os sistemas abertos auto-adaptativos intencionais, um conjunto de parâmetros. Após analisar aqueles que se referem ao objetivo final, entrada, processo e saída, demonstra que é a função de controle, de realimentação, nas suas mais variadas manifestações, que permitirá o surgimento da denominada 'alça cibernética' ou anel de retorno' e de elementos complementares mais próprios dos sistemas abertos.

Destaca-se o posicionamento de Helly Lopes Meirelles ao referir-se ao controle externo como parlamentar, e ressalta a sua importância, afirmando ser um controle político, porque passa pelo crivo das Casas Legislativas. Para ele:

> A fiscalização financeira e orçamentária é conferida em termos amplos ao Congresso Nacional, mas se refere fundamentalmente à prestação de contas de todo aquele que administra bens, valores ou dinheiros públicos. É decorrência natural da administração, como atividade exercida em relação a interesse alheios. Não é, pois, a natureza do órgão ou da pessoa que o obriga a prestar contas; é a origem pública do bem administrado ou do dinheiro gerido que acarreta para o gestor o dever de comprovar o seu zelo e bom emprego. Toda a administração pública - já o dissemos - fica sujeita a fiscalização hierárquica, mas certamente por sua repercussão imediata no erário, a administração financeira e orçamentária submete-se a maiores rigores de acompanhamento, tendo a Constituição da República determinado o controle interno pelo Executivo e o controle externo pelo Congresso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Nacional auxiliado pelo Tribunal de Contas da União.

Nesta linha de raciocínio, José Afonso da Silva demonstra que o exercício do controle externo, consubstanciado na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional é coerente com o Estado Democrático de Direito. Assim expõe:

> Somente quando vigem os princípios democráticos em todas as suas conseqüências - e entre elas das mais importantes é a consagração da divisão de poderes - e é o orçamento votado pelo povo através de seus legítimos representantes, é que as finanças, de formal, se tornam substancialmente públicas, e a sua fiscalização passa a constituir uma irrecusável prerrogativa da soberania.

No entendimento dos renomados doutrinadores, pode-se afirmar que o controle externo é indispensável ao funcionamento pleno da máquina administrativa. Todavia, constata-se que, no contexto dos órgãos que têm competência para realizá-lo, é que se trata de um tipo de controle cujo exercício, é feito de modo parcial. Em suma, o controle externo da Administração Pública no Estado Brasileiro tem sido feito de forma limitada, realizando um exame, quase sempre, adstrito aos aspectos formais de legalidade dos atos e regularidade da despesa.

OS TIPOS E AS FORMAS DE CONTROLE

Segundo SILVA (2002, p.29), o critério de classificação mais geral dos tipos de controle da Administração pública fundamenta-se na identificação do órgão que exerce tal controle, o qual poderá ser: administrativo, se o órgão que o realizar for Administrativo; legislativo, se sua realização ocorrer por meio do Legislativo e, ainda, judicial, caso exercido por órgão da esfera Judiciária. Assim assevera o autor:

> O controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a administração publica exerce sobre seus próprios atos. Na administração direta, decorre do poder de autotutela, que permita à administração rever seus atos. Na administração indireta, decorre do poder de tutela sobre essas entidades e só é exercido nos limites estabelecidos em lei. [...] O controle legislativo é exercido sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> duas formas: o controle político, previsto em vários pontos da constituição federal, com competências exclusivas do poder legislativo atuando nos atos da administração pública em sentido amplo; o controle financeiro, previsto como conteúdo do art. 70, onde é definida a competência do congresso nacional na fiscalização contábil, financeira, operacional, e patrimonial da União, além do apoio que deve ser dado pelo sistema de controle interno de cada poder. [...] O controle judicial é baseado no estado de direito e no principio de legalidade dos atos públicos.

Percebe-se que o controle não apenas se restringe as classificações acima explicitadas, pois as diferentes perspectivas com que o controle se realiza justificam a apresentação de diferentes critérios de classificação. Sendo assim, surge outra tipologia, aquela de órgão decorrente ou não da própria estrutura que o órgão controlado faz parte, dividindo-se em controle interno ou externo.

De acordo com DI PIETRO (2004, p.624):

> É interno o controle que cada um dos poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. É externo o controle exercido por um dos poderes sobre o outro; como também o controle da administração direta sobre a indireta. [...] A Constituição Federal, no capítulo concernente à fiscalização financeira, contábil e orçamentária, prevê o controle externo, a cargo do congresso nacional, com o auxilio do Tribunal de Contas (art. 71) e o controle interno que cada poder exercerá sobre seus próprios atos (art. 70 e 74).

Constata-se que no plano federal, a obrigação de prestar contas é firmada pelo envolvimento de dinheiro, bens ou valores públicos federais. O parágrafo único do artigo 70 dispõe que prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assuma obrigação de natureza pecuniária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto à natureza jurídica, o controle pode ser de mérito ou de legitimidade. Segundo a Súmula 473 do STF constitui o parâmetro para o estudo destas duas modalidades de controle. Dispõe mencionada súmula, *in verbis*:

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

Em relação ao momento em que se realiza, o controle pode ser prévio, concomitante ou corretivo. A Constituição federal confere ao Senado Federal (art. 30) diversas competências que se traduzem em mecanismos de controle prévio. Exige-se, por exemplo, a necessidade de prévia aprovação, pelo Senado Federal, de operações financeiras de interesse da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, bem como da escolha de ocupantes de certos cargos públicos.

Segundo esclarece DI PIETRO (2004, p.623), os exemplos de controle prévio (*a priori*) podem ser encontrados na própria Constituição Federal, quando sujeita a determinados atos à autorização ou aprovação prévia do Congresso Nacional ou de uma de suas casa (CF. Arts. 49, II, III, XV, XVI e XVII e 52, III, IV e V). Já o controle concomitante, por sua vez corresponde com aquele que acontece com o acompanhamento da execução orcamentária pelo sistema de auditoria, levando ao entendimento de que se trata de um tipo de controle que acompnaha a atuação administrativa no momento em que ela ocorre. Por fim, tem-se ainda, o controle posterior, conforme a Constituição Federal de 88 "cujo objetivo é rever os atos já praticados, para corrigí-los, desfazê-los, ou apenas confirmá-los e abrange atos como o da aprovação, homologação, anulação, revogação ou convalidação".

Outra modalidade de controle é o parlamentar direto, segundo o qual há disposição na Carta Magna, sendo exercido pelo Poder Legislativo sobre a atividade administrativa do Estado e se divide em duas categorias básicas: o controle político e o controle financeiro.

O controle político configura-se pela divisão da atividade regulada pelo Congresso Nacional, exercendo uma fiscalização em duas categorias resultante em conferir ao denominado controle um sentido lato do que a expressão demonstra. Quando o Senado Federal aprova ou rejeita a escolha de chefe de missão diplomática (CF, art. 52, IV), ou quando o Congresso Nacional aprova iniciativa do Poder Executivo referentes a atividades nucleares (CF, art. 49, XIV), trata-se de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decisões de cunho exclusivamente político. Destacam-se ainda algumas outras atribuições de controle pelo Poder Legislativo, mencionados como natureza política, de que seria o exemplo o poder do Congresso Nacional de "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do regulamentar ou dos limites e delegaçaõ legislativa" (CF, art, 49, V).

A FUNÇÃO DE CONTROLE EXERCITADA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No que diz respeito ao direito fundamental dos cidadãos e da sociedade brasileira não há previsão expressa de controle na Carta Magna, entretanto é consenso a noção de que o seu sentido está implícito dentre os direitos fundamentais, como assevera FERNANDES (2003, p.34):

> [...] que a noção dos direitos implícitos inclui os direitos decorrentes do 'regime' e dos 'princípios' consagrados pela nossa Constituição, referindo-se à extensão que se faz a mesma, quando no § 2º do art. 5º dispõe que os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fizer parte.

Por este prisma, confirma o autor a importância da compreensão do controle como direito fundamental, tendo como reflexo o reconhecimento do valioso instrumento de que a sociedade moderna dispõe para a consecução deste direito por intermédio do Tribunal de Contas.

Dentre as atribuições constitucionais e legais elencadas na Constituição federal, o art. 71, de modo detalhado, indica os instrumentos por meio do qual o controle externo será exercido no desempenho do Tribunal de Contas. As principais atribuições do TCU serão explicitadas se forma sintética abordadas a seguir:

A opinativa ou consultiva é quando o órgão apresneta parecer prévio às contas anuais do Poder Executivo, bem como resposta a consulta elaborada por autoridade competente com relação a dispositivos legais e regulamentos a respeito de sua competência.

Já a fiscalizadora concentra a maior parte da competência do Tribunal de Contas, haja vista a fiscalização das contas públicas quer seja da administração direta ou indireta; assim como realizando auditorias contábil, finaceira, operacional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e patrimonial, além de pareceres em matéria de licitação e contratos administrativos.; privatização, concessão de serviços; aplicação das recietas de impostos e uma das mais importantes a fiscalização do cumprimento das normas de responsabilidade fiscal.

Destaca-se que o controle externo exercido pelo Poder Legislativo compreende os aspectos político e financeiro das decisões administrativas, sendo, contudo, adstrito às previsões contidas na Constituição Federal, assim relata DI PIETRO (1999, p. 498):

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições de outros dois: alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da adminstração indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa.

De acordo com o posicioinamento da autora percebe-se a importância exercida pelo Poder Legislativo sobre a administração pública, tendo em vista que a Carta Magna lhe conferiu esta atribuição, de fazer com que o gestor esteja adstrito aos limites das hipóteses previstas na Constituição Federal, bem como as entidades da administração indireta e o Poder Judiciário.

CONTROLE EXTERNO E CONTROLE SOCIAL

O controle social é questão que sempre esteve presente nos posicionamentos da filosofia politica que abordaram os temas do Estado, do poder, da intervenção da administração no direito de mandar, tendo em vista os interesses individuais e coletivos.

Na clássica definição de BOBBIO (1999, p.283):

> controle social é o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação ao sistema cormativo.

Verifica-se que o controle social é uma limitação do agir individual na sociedade. Entretanto, cada sociedade ou grupo social adota instrumentos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

controle social que melhor reflita os anseios e as garantias dos indivíduos que a compõe contribuindo para uma convivência harmônica.

Na visão de PESSOA (2000, p.52) o controle tem como consequência desta responsabilidade do estado perante a sociedade, impõem-se à Administração, transparência e publicidade no exercício do poder em um Estado Democrático de Direito .

Nesse contexto, a mais moderna exigência do controle sobre os atos da administração zela pela transparência, especialmente a fiscal, já que esta reflete um fator de grande relevância para uma boa governança, por conseguinte possibilita um conhecimento público dos mecanismos idealizados na política fiscal e seus resultados.

No Brasil, foi a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/200, art. 48) que trouxe de maneira efetiva a obrigatoriedade para a administração pública demonstrar a transparência de todos os procedimentos adotados nas suas decisões no que concerne ao sistema orçamentário, bem como a exigência da participação popular e audiências públicas durante a elaboração e discussão dos planos de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos.

Na visão de FIGUEIREDO (2001, p. 243) "a transparência tem por objetivo permitir o aperfeiçoamento do controle social. Assim, é preciso, também assegurar os meios para que o cidadão exercite esse controle". Desta forma, observa-se que o princípio da transparência exerce influência direta na consecução dos planos de governo traçados pelos gestores públicos.

Sob a ótica de FREITAS (2001, p.20) "o controle social do orçamento público deve, no prisma adotado, assumir condição eminentemente suprapartidária, mostrando-se avesso a qualquer manipulação". Nesse aspecto o autor faz vedação a possíveis interferências de interesses grupais sobre a coletividade, compromentendo o interesse público, condição *sine qua non* para elaboração e discussão das prioridades públicas no Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esses eclarecimentos acerca dos meios de fiscalização da administração pública por órgãos externos, constata-se que a Constituição brasileira logo no seu art. 1º, *caput*, faz menção de um Estado Democrático de Direito; portanto é preciso compreender a abrangência deste conceito. De acordo com PESSOA (2000, p. 33), "Estado democrático de Direito é aquele em que a sociedade civil, enquanto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

destinatária do poder político, participa de modo regular, do exercício do poder em todos os níveis e esferas do governo".

Depreende-se do pensamento do autor que a participação dos indivíduos em todos os atos da administração pública apresenta-se como componete indispensável para a demonstração da democracia no Estado supracitado.

Por conseguinte, para que ocorra o controle social, que é uma das formas de participação dos indivíduos no exercício do poder, é preciso que estes estejam cientes da importância de sua intervenção nas decisões da Administração pública, capacitados com relação à sistemática de elaboração e execução das leis orçamentárias.

Nesse sentido, aos cidadãos deve ser disponibilizados meios de acesso à informação, investimentos na educação, saúde, enfim, todo aparato necessário para a superação do despreparo da sociedade, consubstanciando de forma efetiva na atuação da cidadania em uma sociedade justa e igualitária.

Por fim, ressalta-se a relevância do trabalho prestado pelo Tribunal de Contas no âmbito do controle externo da Administração pública, contribuindo para a transparência dos atos dos gestores públicos e desenvolvimento social, reafirmando-se, como elo da democracia e da visibilidade das práticas da gestão pública.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Ana Rita; HORTALE, Virginia Alonso. Relações entre regulação e controle na reforma administrativa e suas implicações no sistema de saúde brasileiro. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: v.36, n.2, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira; rev. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais; vários colaboradores, obra em 2 volumes. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasilia, 1999.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Parcerias na Administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil** : jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FIGUEIREDO, Carlos Maurício; FERREIRA, Cláudio; RAPOSO, Fernando; BRAGA, Henrique e NOBREGA, Marcos. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2. ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

FREITAS, Juarez. **O controle social do orçamento público**. Revista Interesse Público 11/27, ano 3, Sapucaia do Sul: Notadez, jul.-set. 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de direito administrativo moderno**. Brasília: Consulex, 2000.

SILVA, Francisco Carlos Cruz. Reformando a administração para a sociedade. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Prêmio Serzedello Corrêa 2001 monografias vencedoras: perspectivas para o controle social e a transparência da adminstração pública**. Brasília: Tribunal de Contas da União. p.21-72, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 6. ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 1990.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO PENAL DO INIMIGO: DIREITO PARA O CIDADÃO E SANÇÃO AO CRIMINOSO

CAIO ANTUNES DE ASSIS:
Bacharelando do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas.

OSCAR FRANCISCO ALVES JUNIOR

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de analisar o que a doutrina caracteriza como direito penal do inimigo, identificando as fontes históricas que caracterizam o individuo como inimigo. Tem como base para a pesquisa acadêmica a obra de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2007). O estudo retrata a distinção entre cidadãos e inimigos, separando os inimigos das relações formuladas pelo direito dos cidadãos e aplicando à coação. É formulado o conjunto de ideias, que funcionarão no âmbito científico como uma espécie de apelo jurídico utilizado para combater aquele que não apresenta segurança cognitiva nenhuma e, caso não seja separado das relações dos cidadãos apresentará um risco iminente a sociedade.

Palavras-chave: direito penal do inimigo, apelo jurídico, segurança cognitiva.

ABSTRACT: This article aims to analyze what the doctrine caracterizes as the criminal law of the enemy, identifying the historical sources that characterize na individual as na enemy. It is based on academic research by Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2007). The study portrays the distinction between citizens and enemies, separating enemies from relations formulated by citizen law and applying to coercion. The set of ideas is formulated, which will function in the scientific field as a kind of legal appeal used to combat the one that does not present any cognitive security, and if not separated from the relations of citizens will present an imminent risk to society.

Keywords: enemy criminal lay, legal appeal, cognitive security.

SUMÁRIO: Introdução. 1.Direito penal do inimigo - breves relatos históricos. 2. A imparcialidade legislativa. 3. A justiça como garantia fundamental. 4. Direito penal: a evolução e a mistura. 5. Considerações finais. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico versa sobre a concepção polêmica de Günther Jakobs, introduzida no final do século XX a qual ele descreveu como direito penal do inimigo. Uma proposta de direito penal apresentada pela primeira vez em 1985.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Seu tema teve grande repercussão, pois além de dividir o direito penal separa o indivíduo denominado de inimigo das relações do direito.

A interpretação do direito já é uma ação complexa, formulada por varias ciências para a obtenção da norma jurídica. Quando o cientista estuda o direito penal do inimigo, a obtenção de uma concepção é através de sacrifícios, pois no direito penal do inimigo, além de toda a dogmática jurídica do direito o cientista ainda precisa estudar e entender o propósito idealizado por Günther Jakobs.

Nesse sentido, a articulação de todo estudo envolvendo o direito penal do inimigo é complexa, envolvendo ramos do direito natural, estado de natureza, direito consuetudinário e o direito positivo, sendo o último um trabalho realizado por Hans Kelsen.

A evolução da sociedade necessita de mudanças no mundo jurídico. Como todos os outros ramos da ciência o direito necessita de inovação. A pesquisa amadurece a ideologia de Günther Jakobs, traçando um estudo cronológico histórico com pontos ainda no passado que mesmo assim, nos reflete uma síntese do direito penal do inimigo e como ele poderia estruturar um ordenamento jurídico.

1.DIREITO PENAL DO INIMIGO - BREVES RELATOS HISTÓRICOS.

A concepção de um direito penal mais severo buscando a distinção na aplicação legal da pena ao delinquente tem a sua fonte histórica através de Günther Jakobs.

Em 1999 Günther Jakobs inovou o sistema jurídico penal com a ideologia fundada na divisão de dois ordenamentos jurídicos penais em base de uma constituição, tema divulgado por ele pela primeira vez em 1985. Para ele a aplicação da lei penal deve atender a classes de indivíduos, definida através de seus delitos.

Seu tema teve grande repercussão e grande impacto perante a sociedade moderna, indagando-se a pergunta: como que “sociedades democráticas” poderiam admitir um direito penal que exclui um individuo de determinadas garantias constitucionais?

> Desde que em outubro de 1999, durante um congresso realizado em Berlim, o professor Günther Jakobs, então catedrático de Direito Penal na Universidade de Bonn, anunciou ao mundo, urbi et orbi, a `má notícia´ de que nas sociedades democráticas haveria que se admitir, ao lado de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> um Direito Penal do cidadão, um `Direito Penal do inimigo´ (Feindstrafrecht), em cujo âmbito, a fim de manter a `segurança cognitiva´, dever-se-iam limitar ou excluir alguns dos princípios característicos do Direito Penal de um Estado de Direito, muito se escreveu e muitos foram os autores que tanto fora como dentro da Alemanha se pronunciaram sobre o tema (Conde, 2009, p. 8).

João Paulo Arrosi (2010, p. 28) "Agora, em 1999, o tom de advertência quanto ao perigo de um possível direito penal do inimigo havia se transformado em estandarte levantado a favor da adoção da clara distinção entre cidadãos e inimigos".

Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2007), ainda sugerem que qualquer indivíduo que não respeite as leis legais do Estado agindo com intenção de destruí-las devem ser considerados como inimigos e não como cidadãos. Sendo assim, o Estado poderá outorgar perseguição ao inimigo para que este não venha provocar danos à sociedade criando situação jurídica de Direito para acompanhar a evolução dos criminosos.

Observe que Günther Jakobs distingue o cidadão do inimigo e oprime qualquer conduta delituosa realizada pelo inimigo.

Entretanto, apesar da repercussão favorável em relação ao tema, o mesmo, sofre impugnação pela ideologia de um direito penal garantista afirmando que não existe meio concreto para caracterizar uma pessoa como inimigo do Estado, sendo a caracterização genérica, ferindo desse modo os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, intelectualmente diz Eser:

> [...] Inimigo como 'não pessoa' é uma consideração que já conduziu à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios utilizados para determinar quem é 'cidadão' e quem é 'inimigo'. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? Aquele que por razões políticas e acreditando atuar pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou aquele que, minando a base econômica do Estado e aproveitando qualquer possibilidade de sonegar impostos, cometer delito fiscal ou fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por mais coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas consequências que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> deles possam derivar – e isso não é menos importante no âmbito da responsabilidade científica (*apud* CONDE, 2011, p. 9).

O direito penal do inimigo nos traz a reflexão: que o mesmo ainda não integrou o sistema jurídico brasileiro, devido à possibilidade de causar resultados de instabilidade jurídica. Visto que as razões da negativação do indivíduo como um não cidadão possa atender critérios pessoais do juiz, afastando algumas garantias constitucionais, o estado democrático de direito e colocando o agente em um *status* de inferioridade social.

É importante ressaltar que a teoria de Günther Jakobs surge em um período marcado pelo inicio do comércio global de entorpecentes e o crime organizado. Em uma realidade inevitável, em que o Estado busca com todo o seu poder constranger a conduta delituosa.

Em que pese o Estado atribuir para si as riquezas oriundas da sociedade e a empregar em recursos de segurança pública, o mesmo não consegue igualar seu poder ao crime organizado e, por seguinte, garantir a segurança pública.

Ocorre então uma realidade inevitável, uma situação jurídica fragilizada, e através disso, surge o direito penal do inimigo, que para alguns possui aspectos repugnantes, porém sua aplicação tende a sanções com características fortes, e tem o condão de punir o delinquente que haja com interesse de viver em um estado de guerra e fora das leis penais.

Nesse sentido, (Jakobs *apud* Conde, 2009, p. 11) define as características do direito penal do inimigo, são:

a) Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive `penas draconianas´;
b) Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si própria, à defesa técnica, etc.;
c) Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do Direito Penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.

Ainda em consonância, Jakobs:

> Tudo isso é agrupado em uma espécie de programa ou declaração de guerra contra `inimigos´, os quais Jakobs não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> define, e sim apenas descreve vagamente como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multireincidentes. A tais inimigos o autor declara `não pessoas´ (Unpersonen), que se situam de um modo claro e permanente fora do ordenamento jurídico, devendo-se, portanto, privá-los dos direitos que referido ordenamento concede apenas às `pessoas´ (*apud* Conde, 2009, p. 11).

Günther Jakobs busca uma espécie de guerra contra condutas criminosas, em outras palavras um apelo jurídico para proteger o cidadão de bem e afastar o enumerado como inimigo. Para ele, o inimigo sempre será um inimigo e ele nunca irá cumprir a pena, cabendo a vitima o prejuízo ao qual o agente deu causa.

O prejuízo da vitima estende a toda sociedade, porque se um delinquente não é responsabilizado por seus delitos, continuando as atividades delituosas, nos traz a reflexão que esse agente causará danos a outras pessoas, através de condutas semelhantes ou distintas.

Em consonância, (Arrosi, 2010, p. 31) argumenta seu entendimento:

> Se à pessoa impõe-se uma pena para que sofra por ter cometido um delito, àquele mero indivíduo que não lhe é conferido o atributo de pessoa resta uma pura coação institucional. Pois não se trata mais de uma dívida a cargo da pessoa do infrator, mas de uma garantia assecuratória para o conjunto da população (ou para o Estado) diante de um perigo. Não há mais uma relação sinalagmática entre a pessoa do criminoso e as demais pessoas, relação que propriamente mostra a estrutura e o funcionamento da sociedade. Essa estrutura social deve agora ser assegurada contra um perigo que a ameaçaria enquanto estrutura:

Traduz que o individuo que age com intenção de destruir a paz social através de delitos constantes, o Estado tem o dever de agir com pura coação contra esse criminoso, eliminando o perigo da sociedade. A concepção do direito penal do inimigo busca uma punição contra aqueles que nunca teriam uma sanção justa, caso se a sanção a ele imposta fosse analisada através do equilíbrio nas consequências causadas a vítima ou a sociedade.

Uma realidade inevitável, buscando alternativas secundárias, com peso na coação estatal. Porém, na necessidade de mudanças legislativas, através de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apelo institucional buscando restringir determinadas garantias com a preservação da justiça.

Através de seu entendimento jus filósofo, (Hobbes, 1651, p. 105):

> Por último, os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas. Dado que esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e portanto não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em conseqüência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei, portanto deve sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. Porque as penas são estabelecidas pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, deliberadamente se revoltam e negam o poder soberano.

Thomas Hobbes (1651), através de uma interpretação jus filósofa considera que o inimigo não esta sujeito à lei imposta aos cidadãos. Para ele, o indivíduo que aja em estado de natureza, seguindo suas próprias razões e leis, nunca vai buscar respeitar as determinações legais pelo ente estatal. Torna-se uma situação de caos a sociedade, uma vez que o inimigo vive em conjunto com as pessoas de bem, refletindo o perigo constante.

Em consonância, (Hobbes, 1651, p.47) disserta sobre o "direito de natureza":

> O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam jus naturale, é a liberdade que cada homem possui de usai seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e consequentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem.

Os indivíduos que negam as determinações legais do Estado, não podem ser considerados como cidadãos de bem, a não ser como inimigos. Considera-se um estado de natureza, a qual todos os indivíduos possam agir conforme suas vontades, sem observância de normas pré-constituídas. Afasta-se então a paz social almejada pelo conjunto majoritário de uma sociedade democrática de direito, principio base da relação jurídica.

> O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (status naturalis), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre todavia uma ameaça constante. Deve, pois, instaurar-se o estado de paz; a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança (KANT, 1795, p. 10).

Immanuel Kant em 1795, já nos trazia uma breve concepção do direito penal do inimigo em sua obra "a paz perpétua". Em sua obra sintetizava uma realidade constante do século XVIII, afirmando que a paz social e o estado de natureza não conseguem caminhar juntos. Ainda, seu pensamento é semelhante a do fundador do direito penal do inimigo Günther Jakobs, afirmando que garantia da paz em uma sociedade só é possível quando o inimigo é totalmente repelido.

O inimigo tem o desejo permanente de viver em um estado de natureza, sendo assim, não restam alternativas senão a coação. Considera-se inimigo aquele indivíduo de alta periculosidade e que passou por todas as fases do direito, porém, sem solução. O Estado sem alternativas e buscando a proteção dos cidadãos de bem só poderá então coagi-lo.

> `Direito´ é o vinculo entre pessoas que, por sua vez, são titulares de direitos e deveres, enquanto a relação com um inimigo é determinada não pelo Direito, mas pela coação. Contudo, todo Direito está ligado à autorização para coagir, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> a coação mais pungente é a do Direito Penal. Por isso, poderíamos argumentar que toda pena e, até mesmo, que toda legítima defesa dirige-se a um inimigo. Essa argumentação não é de modo algum nova; pelo contrário, ela tem modelos filosóficos proeminentes (MOREIRA e OLIVEIRA, 2009 p.3).

Nesse panorama considera que o inimigo tem a sua relação jurídica formulada pela coação institucional, ordenada por sanções de cunho totalmente punitivo no âmbito do direito penal.

2.A IMPARCIALIDADE LEGISLATIVA

Günther Jakobs descreve as ações que o agente precisa cometer para ser considerado um inimigo apesar de sua descrição não ser complexa, já traz uma idéia que tipos de crimes o agente precisa cometer para se enquadrar no rol de inimigos. Uma vez pré-constituído o rol enumerativo das condutas consideradas de maior reprovação social, cabe ao agente decidir se pretende agir cometendo tais crimes ou não.

Observa que a idéia é ser imparcial, pré-constituindo as condutas, observando o principio do juiz natural, enumerado no Art. 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal de 1998, "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

O legislador poderia descrever as condutas típicas do direito penal do inimigo no sistema jurídico penal brasileiro, utilizando o mesmo método que o legislador utiliza para descrever os crimes considerados como hediondos da lei 8.072/90.

Para sintetizar o método utilizado pelo legislador para caracterizar os crimes hediondos surge (Silva, 2018):

> O primeiro, chamado de sistema legal (ou enumerativo), define que o legislador tem de enunciar, de forma exaustiva (*numerus clausus*), os delitos que devem ser considerados hediondos. Deste modo, através de um rol taxativo de crimes, não é dado ao magistrado qualquer discricionariedade para declarar a natureza hedionda do crime. Ou seja, se o delito praticado pelo agente estiver inserido no rol dos crimes hediondos, não haverá outra saída que não seja a do reconhecimento de sua natureza hedionda, mesmo que, no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> caso concreto, a conduta delituosa não se mostre tão gravosa. Com isso, embora o crime não seja repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, horroroso, se estiver etiquetado pelo legislador como crime hediondo, deverá ser assim tratado pelo juiz.

A luz do sistema jurídico brasileiro, o método utilizado pelo legislador a caracterizar os crimes hediondos da lei N º 8.072/1990 poderia ser utilizado na teoria de Günther Jakobs. Utilizando um método "exaustivo e taxativo", com aplicação por meio de lei, ou seja, "*ex auctoritate legis* pela força da lei". Sistema esse que além da sanção ao criminoso alcança a paz social da comunidade.

Uma aplicação dogmática, por meio de lei, descrevendo as condutas que em tese seriam descritas como condutas de maior reprovação social, como também certa quantidade de reincidência por crimes considerados de maior periculosidade. E caso mesmo assim o agente viesse a cometer, o Estado seria obrigado a repelir o inimigo.

Em consonância, (Moreira e Oliveira, 2009 p.17):

> [...] Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa, como tampouco o Estado está *autorizado* a trata-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança. Assim, pois, seria totalmente incorreto condenar o que se está chamando aqui de Direito Penal do Inimigo; isso não resolve o problema de como se devem tratar os indivíduos que não se deixam coagir a uma constituição civil [...].

Em contrapartida, para a integração do tema na norma jurídica, esse deve atender um método objetivo para a descrição normativa das condutas de Jakobs, seguindo a legalidade na construção normativa. Observa-se (KELSEN, 2003, p.5):

> Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano [...].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A tipificação dos crimes que compõe a teoria de Günther Jakobs deve atender uma ordem normativa positiva. Hans Kelsen (2003) determina que o direito deva ser direcionado a interpretação objetiva, para ele uma interpretação extensiva do direito, compromete a aplicação da dogmática jurídica.

3.A JUSTIÇA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

A cogitação que um delinquente possa ser privado de seus direitos gera desprezo para os direitos humanos. Motivo pelo qual fere o princípio da igualdade entre as pessoas e essa restrição de direitos utiliza métodos objetivos de concretização funcionando como apelo jurídico de segurança as pessoas de bem. Aplica-se então, uma prevenção de delitos futuros e sanção aos crimes passados.

O indivíduo que não demonstra um grau mínimo cognitivo de segurança a um grupo deve ser repelido. Interessa demonstrar que a distinção entre direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, são de importante caracterização nesse ponto, exemplificando que, o direito para o cidadão será aplicado ao individuo que suporta um grau mínimo de segurança aos demais e do inimigo quando esse não apresentar nenhuma possibilidade de viver em conjunto com outras pessoas sem comprometer a segurança delas.

> A exposição não seria completa se não se agregasse a seguinte reflexão: como se tem mostrado, só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva- suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real. E desta contestação tampouco fica excluído o ordenamento jurídico em si mesmo: somente se é imposto realmente, ao menos em linhas gerais, tem uma vigência mais que ideal, isto é, real. [...] (JACKOBS e MELIÁ, 2007, p. 45).

Em relação ao combate do hostil que se destrói, levando consigo a paz social da sociedade, (Moreira e Oliveira, 2009 p. 28) ressalta:

> O veemente princípio de que cada um, ao menos atualmente, deve ser tratado como sujeito de direito necessita, pois como já se pode imaginar aqui, um complemento: se esse `cada um´, por seu lado, cumprir seus deveres ou se, não os cumprindo, estiver sob controle, de forma a não poder se tornar perigoso. Mas, se ele assola, é preciso combate-lo, e, se houver a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> possibilidade de ele causar danos, é preciso se precaver. O princípio assim complementado até agora, naturalmente, de maneira apenas intuitiva e ainda carente de fundamentação continua sendo abstrato. Que todos *devem* ser tratados como pessoa é um mero *postulado*, um *modelo* para uma sociedade, mas nem por isso constitui parte de uma sociedade *realmente operante.*

É preciso tomar providências visando à proteção dos cidadãos. O Estado organiza um modelo de civilização e impõe deveres a serem cumpridos, funcionando como um modelo de regras a serem seguidas na qual garante uma justiça em abstrato. Justiça que utiliza uma legislação que não adequa com os problemas enfrentados por aquela sociedade.

Através de um sistema histórico, garante a todos os indivíduos o *status* de pessoa. Colocando em igualdade cidadãos e malfeitores. Entretanto esse modelo não deve prosperar, tendo em vista que os malfeitores rompem o pacto legislativo. E empregar os mesmos direitos dos cidadãos não parece ser justo e sim um caminho contínuo para injustiça.

> Nesta lei de natureza reside a fonte e a origem da justiça. Porque sem um pacto anterior não há transferência de direito, e todo homem tem direito a todas as coisas, consequentemente nenhuma ação pode ser injusta. Mas, depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição da injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto. E tudo o que não é injusto é justo. (HOBBES, 1651, p.52)

A separação de cidadão e inimigo só pode ocorrer depois de constituído o pacto, observando o principio do juiz natural. Pois, não sendo constituída a lei, estamos diante de um estado de natureza e, em nenhum momento haverá o rompimento do pacto que nunca foi feito, em decorrência não haverá injustiça.

Para que as pessoas pratiquem justiça e não a injustiça, é necessário suportar alguma espécie de medida punitiva no ato injusto, conforme explica (Hobbes, 1651, p.52):

> Ora, como os pactos de confiança mútua são inválidos sempre que de qualquer dos lados existe receio de não cumprimento (conforme se disse no capítulo anterior), embora a origem da justiça seja a celebração dos pactos, não pode haver realmente injustiça antes de ser removida a causa desse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> medo; o que não pode ser feito enquanto os homens se encontram na condição natural de guerra. Portanto, para que as palavras "justo" e "injusto" possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento de seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao beneficio que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de fortalecer aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram. E não pode haver tal poder antes de erigir-se um Estado. O mesmo pode deduzir-se também da definição comum da justiça nas Escolas, pois nelas se diz que a justiça é a vontade constante de dar a cada um o que é seu. Portanto, onde não há o seu, isto é, não há propriedade, não pode haver injustiça. E onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há Estado, não há propriedade, pois todos os homens têm direito a todas as coisas. Portanto, onde não há Estado nada pode ser injusto. De modo que a natureza da justiça consiste rio cumprimento dos pactos válidos, mas a validade dos pactos só começa com a instituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-los, e é também só aí que começa a haver propriedade.

Desse modo, a justiça é a percepção genérica que o Estado entrega as pessoas, sem enfrentar quais são os problemas reais que determinada sociedade vivencia. Utiliza então modelos pragmáticos de leis adquiridas de gerações anteriores, fazendo pequenas alterações legislativas, utilizando como fontes, ordenamentos jurídicos de outros países, para que seja entregue uma justiça a vitima. Entretanto por essa justiça equiparada não compreender exatamente os problemas sociais da sociedade, nem sempre atingi o verdadeiro significado de justiça, utilizando a pena para esse fim.

A pena é um mecanismo utilizado pelo Estado para coagir o infrator que viola as determinações legais. Seu aspecto é didático e punitivo, buscando a preservação da lei.

Thomas Hobbes (1651) entende que o ato de coagir só pode ter a nomenclatura de pena, quando é realizado pela autoridade pública. Para ele a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

coação realizada por qualquer outra força que não seja a autoridade pública é um ato considerado "hostil".

O Estado atrai para si o poder de regular a vida das pessoas. E a pena é uma coação que apenas o Estado pode utilizar. Essa tem o condão de punir o homem que age com transgressão da lei e fazer com que ele obedeça às normas legais.

Interessante formular a pergunta, quando o direito entra na vida das pessoas? Salienta que quando o Estado é instituído, leis são constituídas e o estado de natureza é substituído pela regulamentação do direito, na qual a autoridade pública formula o que se deve ou não fazer. Constitui então um contrato, entre o poder estatal e as pessoas. No primeiro o Estado regulamenta a vida das pessoas para que essas vivam em paz, e às pessoas a responsabilidade de obedecer às leis constituídas pela autoridade pública.

Nesse sentido Thomas Hobbes (1651) considera; quando o Estado é constituído o homem renuncia seu direito de se proteger e transmite ao Estado para que esse exerça a sua proteção. Desse modo, quando o indivíduo viola a regulamentação legal, o Estado tem a responsabilidade de punir o infrator para que ele obedeça às normas.

Thomas Hobbes (1651, p. 105) ainda descreve penas advindas da força "humana" como "As penas humanas são as que são infligidas por ordem dos homens, e podem ser corporais, pecuniárias, a ignomínia, a prisão, o exílio ou uma mistura destas.".

A pena que interessa discutir no direito penal do inimigo é a prisão. O inimigo é hostil declarado e a ele não resta alternativa a não ser separa-lo das demais pessoas.

> A prisão ocorre quando alguém é privado da liberdade pela autoridade pública, e pode ser imposta tendo em vista dois fins diferentes: sendo um deles a segura custódia do acusado, e o outro a aplicação de uma penalidade ao condenado. No primeiro caso não se trata de uma pena, pois a ninguém tal se pode aplicar antes de ser judicialmente ouvido e declarado culpado. Portanto, seja qual for o dano infligido a um homem, por prisão ou confinamento, antes de sua causa ser ouvida, para além do que for necessário para garantir sua custódia, é contrário à lei de natureza. Mas no outro caso trata-se de uma pena, porque é um dano infligido pela autoridade pública, em virtude de algo que foi pela mesma autoridade considerada transgressão da lei. A palavra prisão abrange toda restrição de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> movimentos causada por um obstáculo exterior, seja uma casa, a que se dá o nome geral de prisão, seja uma ilha, caso em que se diz que as pessoas lá ficam confinadas, seja um lugar onde as pessoas são obrigadas a trabalhar, como antigamente se condenavam as pessoas às pedreiras, e atualmente se condenam às galés, seja mediante correntes ou qualquer outro impedimento. (HOBBES, 1651, p.106).

No entanto, segundo o entendimento de Liszt, a utilização da pena não trás resultados positivos:

> Suscita - sucedendo a von jhering, para quem o Direito Penal desempenhava apenas um papel marginal - a `idéia finalista no Direito Penal´, o que significa, sobretudo, que a pena não tem qualquer sentido ao infrator, mas apenas o coage: `a pena é coação´ na forma de `correção´, `intimidação´ ou `neutralização´, esta última aplica-se aos `incorrigíveis´, que são descritos como `tumores cancerosos´, como `manifestações de doença social´, como `Estado-Maior...dos adversários por princípio do ordenamento social´ etc., ou seja, como - *sit venia* verbo – cabeças de gado inteligentes. A exclusão não é menos intensa do que em Fichte, mas, observando-se mais atentamente, é uma exclusão de uma `sociedade´ segmentada em indivíduos possuidores de bens: a infração penal perturba a sociedade a atribuição de bens; a estrutura normativa da `sociedade´ e da `pessoa´ é um mero derivado da estrutura das relações de posse de bens. Voltar-se-á à questão do infrator como adversário (*apud* MOREIRA e OLIVEIRA, 2009, p. 75).

Portanto, entende-se que a pena não resulta benefícios, nem para o criminoso, nem para a vítima. A privação de liberdade ou a restrição de direitos do delinquente não repara o dano causado à vítima, como também, seguindo o entendimento de Liszt apud Moreira e Oliveira (2009, p.75) não irá trazer mudanças em suas ações, porque o inimigo é um "tumor canceroso" e, se observarmos sobre o câncer vamos verificar que não tem cura. Como também o inimigo, esse é um indivíduo que apenas destrói uma civilização, causando o caos e a guerra, restando apenas à alternativa de separa-lo das pessoas de bem.

4.DIREITO PENAL: A EVOLUÇÃO E A MISTURA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O direito é uma ciência que está em evolução constante, seus aspectos evolutivos trazem mudanças na vida das pessoas. Interessante salientar que uma ação pode ser considerada repugnante e passar a ser considerada normal, apenas pela evolução do tempo e do direito.

A autoridade pública tem o papel fundamental na evolução do direito, com a instituição normativa a autoridade pública estrutura a vida coletiva, busca-se então efetivar o interesse do Estado. Pode-se dizer que a autoridade pública exerce o poder coercitivo com o propósito de que se cumpra a lei.

> Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto "juridicamente", isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica. (KELSEN, 1999, p. 50).

Dentre os fatores que causam a evolução do direito, destaca o fator histórico. Utilizando uma linha do tempo de comparação, na idade antiga o direito era considerado a realização da vontade divina, um poder superior determinando as penalidades, nesse período, ainda com o direito prematuro, regia fortemente o estado de natureza, sintetizado em códigos antigos, como o de Hamurabi.

> É preciso saber que **a primeira concepção da justiça penal** deve-se à **criação religiosa**, tendo como suporte a expiação do criminoso culpado por **haver atentado contra a Divindade**. O crime suscitava a **cólera dos deuses**, que só seria escoimada com o castigo correspondente. Essa tendência é bem visível no Código de Hamurabi. Pune-se, com rigor, o agente, a fim de satisfazer o Deus atingido, obtendo o seu perdão. Tal concepção de justiça penal coincide com o estádio de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> organização alcançado pela sociedade, superando o pensamento da repressão à criminalidade com a **pura vingança privada**. A sanção penal não está a serviço do homem que sofreu com o crime, mas sim de Deus, tendo o Direito Penal índole teocrática e sacerdotal, havendo uma mesclagem do crime (pecado) e a ofensa com pressupostos religiosos. (JÚNIOR, p.7 sd)

A mistura da religião com o estado de natureza no direito formava normas mais rígidas, com penas fortes e uma opressão social contra aquele delinquente, pois esse além de cometer um crime instituído pelo Estado ainda comete uma transgressão divina.

Nesse contexto, Platão (2004, p. 394) na filosofia clássica nos confirma como a religião, direito e estado de natureza eram interligados:

> [...] E o observador que testemunhar o fato, sendo nativo - homem, mulher ou menino - deverá rechaçar o atacante, clamando contra sua impiedade; e aquele que deixar de rechaçá-lo estará sujeito por lei à maldição de Zeus, deus guardião dos direitos dos pais e parentes. [...].

Com a evolução da sociedade, surge à necessidade da transferência do poder centralizado em cada pessoa de se defender para o Estado, a religião ainda é associada ao direito e o Rei é considerado a autoridade estatal e autoridade divina. A transformação de direito é ininterrupta, chegando à fase de direito contemporâneo, na qual a religião é cada vez mais separada do direito.

Fundamentando a concepção de que o direito é a instrumentalização de normas para reger a vida das pessoas em determinado tempo, surge (Moreira e Oliveira, 2009 p.97):

> A Ciência Penal, como ciência, realiza não só a compilação – ou seja, ordena, "de alguma forma" – das normas penais de uma sociedade segundo critérios externos, mas também a demonstração da necessidade e dos limites dessas normas para a sua época e, nesse sentido, reúne Direito Penal e época sob uma *única* noção.[...].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Interpreta que o direito penal é o conjunto de vários ramos da ciência social, adequando esse ramo do direito a necessidade jurídica conforme o tempo em que uma sociedade se organiza.

Essa mistura de vários ramos da ciência para formulação do direito tem pontos controvertidos. Hans Kelsen (2003) em sua obra "a teoria pura do direito" entende que o direito deve ser separado de outras ciências que não seja o direito, pois caso haja a mistura da ciência jurídica ela poderá ser comprometida e atender ideologias politicas.

> Quando a si própria se designa como `pura´ teoria do direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranho. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2003, p. 1).

A lei tende a ser objetiva, separando o interesse pessoal do legislador. Só existe crime se o fato típico for antijurídico, ou seja, se o agente cometer um ato que seja considerado como uma infração legal. Entende que a aplicação do direito em tempos modernos aproxima cada vez mais com o princípio da impessoalidade, para que resguarde uma maior segurança jurídica.

A segurança jurídica é alcançada quando o inimigo é repelido da sociedade, nesse sentido, é importante destacar quem é o inimigo.

Inimigo é o delinquente que de modo transparente e permanente enseja viver longe das regras do direito penal. Suas ações podem ser consideradas como espécies de guerras contra o direito, pois, o inimigo é um perigo que leva o caos para as pessoas e também contra a segurança jurídica.

No entendimento transparente, (Moreira e Oliveira, 2009, p.104) esclarece:

> [...] O inimigo é um indivíduo que, de modo não apenas passageiro, em sua postura (crimes sexuais; e também o antigo criminoso inveterado `perigoso´, nos termos do art. 20a do Código Penal), ou em sua vida ativa (criminalidade econômica, criminalidade organizada, especialmente a narcocriminalidade) ou, principalmente, através da associação a uma organização (terrorismo, criminalidade organizada, novamente, a narcocriminalidade e também o antigo `complô assassino´) ou seja, em todo caso, de forma supostamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> duradoura, afastou-se do Direito e, nesse sentido, não garante segurança cognitiva mínima de um comportamento típico de pessoa, demonstrando esse *deficit* por meio de seu comportamento.

Aplicar as mesmas regras de direito penal entre cidadão e inimigo é injusto. No primeiro, o delinquente sendo denominado como cidadão pratica um delito ocasionalmente ou pelo espírito de natureza do homem. A título de exemplo; um pai que visualiza sua filha sendo estuprada, em casos assim o espírito de natureza do homem é superior com a razão, podendo esse pai causar lesões no agente ou até mesmo o mata-lo. No entanto, o segundo caso é diferente, o inimigo pratica delitos reiteradamente, ele não transmite segurança cognitiva nenhuma para o direito. Aplicar as mesmas regras jurídicas do direito penal do cidadão a esse indivíduo é injusto, tanto com a vítima como a sociedade.

O inimigo, devido sua alta periculosidade contra a segurança jurídica deve ser aplicado um rito processual diferenciado, atendendo a critérios objetivos e com a máxima aplicação da norma jurídica, para que a lei seja cumprida e ele seja separado das pessoas de bem.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo da obra de Günther Jakobs na qual trouxe a público pela primeira vez no ano de 1999 descrevendo como direito penal do inimigo, reflete que o direito penal deve ter normas jurídicas para o cidadão e outras para o inimigo.

A sua concepção surge em um período de situação jurídica fragilizada em que o poder público não tem o condão de preservar a paz social, Günther Jakobs apela juridicamente com o propósito maior de busca a justiça para a vítima mas, retrocedendo a certo ponto, relembrando até o estado de natureza.

Cidadãos e inimigos não podem ter o mesmo rito processual, porque o inimigo é um perigo que a sociedade enfrenta constantemente e o cidadão que rompe o pacto legislativo é apenas o infrator da lei. Sua concepção baseia-se na coação institucional, punindo arduamente o delinquente, com penas severas e até penas consideradas draconianas.

Entretanto, Von Liszt *apud* Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira (2009) entendem que a coação não é a solução, para ele a sanção não traz benefício nenhum, nem para a sociedade nem para o criminoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Coagir um criminoso é retroceder todo o aspecto ressocializador que a pena deveria ter, é a aplicação ininterrupta de sanção aquele que antes era considerado como pessoa e deixou de ser. Esse idealismo subjetivo de Günther Jakobs separa o inimigo das relações constituídas pelo direito sendo que suas relações devem ser organizadas por outra ciência que não seja o direito.

Chega-se ao entendimento, então, que o direito penal do inimigo é um apelo jurídico em tempos de guerra contra aquele que não demonstra uma segurança cognitiva mínima, através de uma filosofia idealizadora formada por uma concepção de direito penal baseada na coação. Separando o inimigo das relações do direito, porque o inimigo apresenta um perigo iminente.

REFERÊNCIAS

ARROSI, João Paulo. **Direito Penal Do Inimigo:** Uma leitura a partir da obra de Giorgio Agamben. Curitiba, 2010. Disponível em <<: https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/22970/joao%20paulo.pdf?sequence=1:> Acesso em: out. de 2019.

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

BRASIL. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.** Disponível em <<: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8072.htm:> acesso em: out. de 2019.

CONDE, Francisco Muñoz. **As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo**. Curitiba: revista justiça e sistema criminal, v.1 n.2, 2009. Disponível em<<: http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.4.pdf#page=7:> acesso em: out. de 2019.

HOBBES, Thomas**. Leviatã Ou Matéria, Forma E Poder De Um Estado Eclesiástico E Civil.** P.230. Disponível em <: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf:> acesso em: out. de 2019.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e criticas. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **As Correntes Filosóficas na Formação do Direito Penal. Disponível em <<:** https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/doutrina104.doc:> acesso em out. de 2019.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua:** um projecto filosófico. Covilhã: lusosofia: Express, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 3◦ tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6◦ tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2004.·.

OLIVEIRA, Guilherme Bianchini. **Expressões em Latim mais utilizadas pelos operadores do Direito.** Jusbrasil, 2017. Disponível em <: https://guilhermebo94.jusbrasil.com.br/artigos/444134158/expressoes-em-latim-mais-utilizadas-pelos-operadores-do-direito:> acesso em out. de 2019.

PLATÃO. **As Leis.** Editora Independente, 2004.

SILVA, Matheus passos. **A Lei nº 8.072/90:** o critério do legislador em definir o crime como hediondo. Revista Jus Navigandi, 2018. Disponível em<<: https://jus.com.br/artigos/66996/a-lei-n-8-072-90-o-criterio-do-legislador-em-definir-o-crime-como-hediondo:> acesso em: out. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DEPRESSÃO COMO DOENÇA OCUPACIONAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

ERIC ALVES MANDRICK:
Escrevendo no conteúdo jurídico desde: 19/11/2019

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a depressão como doença ocupacional no âmbito da justiça do trabalho, doença essa que vem se agravando, visto o aumento de exigências de cumprimentos de metas e ambientes desfavoráveis ao exercício realizado. Por conseguinte, as considerações se iniciam com comentários sobre o surgimento da depressão e de como o mundo se silenciava aos episódios depressivos, confundindo muitas vezes com uma mera tristeza, posteriormente, faz-se um estudo das doenças psiquiátricas decorrentes do trabalho tendo como exemplo estudado a síndrome de Burnout, em seguida será abordado o conceito da depressão, bem como seu relacionamento como uma doença ocupacional. Será feita uma análise da responsabilidade civil objetiva e subjetiva do empregador e em seguida o artigo tratará do nexo de causalidade entre o trabalho e a depressão, demonstrando desse modo a depressão como doença do trabalho com possibilidade de danos materiais e morais; por fim será apresentado os posicionamentos da Justiça do Trabalho em relação a depressão. A pesquisa foi realizada utilizando o método dedutivo por meio de revisão bibliográfica, analise de trabalhos científicos, jurisprudencial e legislativa.

Palavras-chaves: Depressão. Trabalho. Doença ocupacional.

ABSTRACT: This article has as a goal to expatiate about the depression as an occupational illness under the Labor Justice, illness that has been getting worse, because of the increase of requirements of the fulfillment of goals and unfavorable environment to the exercise of the job. Therefore, the text begins with comments about the origin of the depression and how the world used to silence itself about the depressive episodes, confusing oftentimes with mere sadness, posteriorly, a study about psychiatric illness caused by work was made, for instance the Burnout syndrome was studied, then the concept of depression will be discoursed, as well as its relationship with the occupational illness. An analysis will be made about the objective and subjective civil responsibility of the employer and then the article will bring the casual link between work and depression, demonstrating, thus, the depression ad a work illness with the possibility of moral and material damage; lastly will be presented the positioning of the Labor Justice about depression. The research was accomplished using the deductive method through bibliographic review, analysis of scientific, jurisprudence and legal papers.

Key words: Depression. Work. Occupational illness.

INTRODUÇÃO

A depressão é uma doença que existe desde os primórdios da sociedade, entretanto, ela passou por diversas fases ao longo do tempo, sendo em alguns momentos tratadas como castigo divino, loucura, tristeza e até vitimismo.

Atualmente, a doença é de conhecimento quase que geral, mas muitas pessoas ainda não sabem como identificar, ajudar ou sequer quais as possíveis causas para o surgimento de tal enfermidade, no entanto, apesar de existirem diversos fatores que podem desencadear o surgimento da depressão, é certo que, o ambiente de trabalho tem contribuído para o surgimento da doença em questão.

A depressão passou assim a figurar entre aquelas que são consideradas doenças ocupacionais, isto ocorreu por conta da evolução da legislação, que tem se adaptado às novas realidades sociais, passando assim a considerar que a doença não precisa ter surgido no trabalho para que o empregador seja responsabilizado, basta que por algum motivo relacionado ao trabalho ela tenha sido ao menos agravada.

O presente artigo trata de demonstrar isso, explicando sobre a doença e a sua relação com o ambiente de trabalho, além de demonstrar a responsabilidade do empregador, aplicando assim as possíveis indenizações pertinentes ao caso e demonstrando a evolução do entendimento dos tribunais quanto ao tema. Foram trazidos conceitos, casos reais, julgados e alguns levantamentos de dados no qual demostram a importância do tema, levando-se em conta que esta pode ser considerada a doença que mais afetará o ser humano no futuro.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS DA DEPRESSÃO: O NAVIO DE VELAS NEGRAS E O SILENCIO DO MUNDO

Ao longo do tempo a depressão fora considerada como estados de melancolia, um estado de tristeza, um silencioso estado de apatia física e mental, podendo ser visualizada na frase descrita por Leonardo Galvão (Disponível em <https://www.frasesfamosas.com.br> acesso em 28 de agosto de 2019) o qual afirma, usando uma metáfora aos navios piratas, onde a depressão seria como um navio de velas negras que quando aparece faz com que o mundo silencie.

Antes de conceituar a depressão como apenas uma enfermidade psiquiátrica, pode ser relevante compreendê-la como um mal que afeta por completo a vida de uma pessoa roubando-lhe a própria essência da vida, conforme relata Solomon (SOLOMON, 2014, p. 18) em seu livro "O demônio do meio dia",

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quando descreve o envolvimento total de uma frondosa arvore por uma trepadeira gigante, a qual sufocando seus galhos tornava um grande esforço a manutenção dos poucos que restara e então conclui:

> Tendo acabado de sair de uma depressão severa, na qual eu dificilmente acolhia os problemas de outras pessoas, me senti cúmplice daquela árvore. Minha depressão havia tomado conta de mim como aquela trepadeira dominara o carvalho. Ela me sugou, uma coisa que se embrulhara à minha volta, feia e mais viva do que eu. Com vida própria, pouco a pouco asfixiara toda a minha vida. No pior estágio de uma depressão severa, eu tinha estados de espírito que não reconhecia como meus; pertenciam à depressão, tão certamente quanto as folhas naqueles altos ramos da árvore pertenciam à trepadeira.

A depressão é uma doença que causa transtorno mental influenciada por uma series de fatores, podendo ter grau leve, moderado ou grave, essa doença vem ganhando importância nesses últimos anos. Pessoas que sofrem com a depressão perdem o prazer pelas atividades do dia a dia, sentem angustia e em últimos casos desejam pôr fim a própria vida.

Na antiguidade, as doenças mentais eram consideradas como loucura, possessões demoníacas, bruxaria e castigo divino, veja: "Na Grécia antiga o estado melancólico era atribuído a castigos impostos pelos deuses em função de comportamentos incorretos" (TEODORO, 2009, p.32). Assim, por ser a depressão algo inexplicável na antiguidade, não restava outra explicação senão uma manifestação divina.

Apesar de crenças mitológicas e religiosas, surgiu uma pessoa que buscou considerar os comportamentos anormais com causas naturais ao invés de sobrenaturais. Hipócrates, que já foi considerado o pai da medicina criou a teoria dos quatro humores, sendo elas: bílis negra, a amarela, o sangue e a pituíta. As doenças decorrem das variações e do equilíbrio entres essas quatros substâncias. A alteração da bile negra é o que desencadeia o estado melancólico. (PERES, 2010, p.14)

A depressão no entendimento psicanalítico tem como base a percepção de Sigmund Freud, pai da psicanálise, de que esse quadro patológico poderá ser provocado pela presença de conflitos inconscientes vivenciados em situações de perdas. (TEODORO, 2009, p.72)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com Teodoro, "na Idade Média (500 – 1500 da era cristã), a forte influência religiosa na Europa fez com que as abordagens naturalistas fossem abandonadas e ressurgissem antigas crenças sobre a possessão demoníaca e o uso de tratamentos exorcistas para os transtornos mentais". (TEODORO, 2009, p.33)

Nesse sentido, a melancolia para o cristianismo era taxada como pecado, considerando a pessoa melancolia pecaminosa por não ter ânimo para viver a vida.

Segundo Santos (2017), foi a partir do século 19 que surgiu pela primeira vez o termo "depressão" como o sentindo mais próximo ao atual, enquanto o termo "melancolia" poderia estar associado a qualquer tipo de loucura. (Disponível em <https://jornal.usp.br> acesso em 20 de agosto de 2019).

É nesse cenário que a depressão começa a fazer parte do ramo da medicina, buscando entender as causas que levam a depressão, seus sintomas e tratamentos. De acordo com Teodoro (2009, p. 34),

> Por volta dos anos 50, surgem os primeiros fármacos antidepressivos. Na busca de anti-histamínicos que não provocassem sedação, a indústria farmacêutica descobriu a imipramina (Trofanil). Observou-se que os deprimidos que tomavam esse medicamento para o combate de processos alérgicos ou inflamatórios apresentam melhora no humor. Esse remédio e outros semelhantes foram denominados *Tricíclicos,* em função de sua estrutura química.

Em 1987 surge o Prozac, a droga que ajudaria no tratamento da depressão. Com o seu surgimento inicia-se a era dos antidepressivos. Peres (2010, p.53) afirma que cinco anos após o lançamento do prozac esse medicamento já era consumido por mais da metade da população norte-americana. Coincidindo com o surgimento da medicação o aumento de casos de depressão diagnosticados, este aumento repentino foi ocasionado justamente por conta das campanhas sobre o remédio, nessa época ainda não se tinha muita informação sobre a doença, logo, com as campanhas as pessoas que sofriam do mal passaram a buscar informações sobre a doença, gerando este súbito crescimento dos casos.

Segundo Teodoro (2009, p.36) em 1992, a CID 10 (Classificação Internacional das Doenças), em seu capitulo V (Transtornos Mentais e de Comportamento), descreveu a depressão como um transtorno de humor. Somam-se a isso as inúmeras pesquisas no campo das neurociências no início do século XXI, fazendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com que se tenha uma melhor compreensão dos transtornos depressivos e consequentemente melhor aperfeiçoamento nos tratamentos desta doença.

Apesar de a depressão ter sido estudada durante todos esses anos, ainda é alarmante o número de pessoas que são acometidas por essa doença. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OPAS/OMS BRASIL, 2017. Disponível em <https://www.paho.org> acesso em 20 de agosto de 2019) mais de 300 milhões de pessoas vivem com depressão, um aumento de mais de 18 por cento entre 2005 e 2015, sendo que este número é obtido apenas com os casos registrados, milhares de pessoas por vergonha ou medo do preconceito que por vezes é do próprio paciente, deixam de procurar ajuda, por conta disto este número poderia ser ainda maior.

Segundo o Ministério da Saúde a depressão é provocada por desiquilíbrios cerebrais, com a diminuição de neurotransmissores como a serotonina, hormônio ligada a sensação de prazer e bem-estar, é uma doença psiquiátrica que afeta o emocional da pessoa, que passa a apresentar tristeza profunda, falta de apetite, de ânimo, pessimismo, baixa autoestima, que aparecem com frequência e podem combinar-se entre si. Existem alguns fatores que desencadeiam um estágio depressivo, alguns exemplos são: ansiedade crônica, estresse crônico, disfunções hormonais, vícios, traumas físicos ou psicológicos, rotinas exaustivas entre outros.

São vários os motivos que desencadeiam a depressão, podendo ser fatores biológicos, genéticos, psicossociais. Entretanto há uma deficiência em reconhecer que a depressão não é uma mera tristeza e sim um estado doloroso e contínuo que prejudica a saúde, por essa razão que a depressão é difícil ser aceita no ambiente de trabalho, ocorre que o trabalho também contribui para o início ou agravamento do quadro depressivo, seja por relacionamento interpessoal, pelo ambiente ou pressão para cumprimento de metas.

Assim, mesmo que a depressão seja considerada uma doença do futuro, ela sempre esteve presente em todos os momentos históricos, por essa razão é que são necessárias alternativas para frear o crescimento no número de casos da doença, divulgando mais informações sobre a doença, diagnóstico e tratamento, e na área do trabalho conscientizar os empregadores das causas que podem gerar um quadro depressivo.

2. DOENÇAS PSIQUIÁTRICAS E O TRABALHO

O trabalho não deve ser considerado apenas uma fonte de renda para o trabalhador e sua família, este deve além de prover os salários fazer com que o empregado se sinta realizado pelas atividades que desempenha, de modo que para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

este seja uma dadiva acordar todo dia para ir ao trabalho e não ser mais um fardo a ser suportado.

Um ambiente de trabalho saudável contribui de forma direta para essa plenitude que pode ser alcançada pelo operário, isto porque em um ambiente estressante, com assédios morais e sexuais, competição exacerbada, imposição de metas cada vez mais altas e ainda o esgotamento por conta das rotinas exaustivas tem gerado um quadro preocupante de doenças psiquiátricas nos funcionários, dentre as quais pode citar a Síndrome de Burnout e a Depressão.

2.1. Síndrome de Burnout

Segundo o Ministério da Saúde, a Síndrome de Burnout ou Síndrome do Esgotamento Profissional é um distúrbio emocional com sintomas de exaustão extrema, estresse e esgotamento físico resultante de situações de trabalho desgastante, que demandam muita competitividade ou responsabilidade.

A síndrome de burnout ocorre com frequência em ambientes com rotinas exaustivas, sendo comumente identificada em professores, bancários, policiais, médicos e outros profissionais que trabalham sob muito stress, essas profissões estão em constante desgaste emocional.

De acordo com MUROFUSE et al. (Apud TRIGO, TR et al., 2007, p. 225, disponível em <http://www.scielo.br> acesso em 13 de setembro de 2019),

> A síndrome de burnout é um processo iniciado com excessivos e prolongados níveis de estresse (tensão) no trabalho. Para o diagnóstico, existem quatro concepções teóricas baseadas na possível etiologia da síndrome: clínica, sociopsicológica, organizacional, sociohistórica (Murofuse et al., 2005). A mais utilizada nos estudos atuais é a concepção sociopsicológica. Nela, as características individuais associadas às do ambiente e às do trabalho propiciariam o aparecimento dos fatores multidimensionais da síndrome: exaustão emocional (EE), distanciamento afetivo (despersonalização – DE), baixa realização profissional (RP) (Cherniss, 1980b; World Health Organization, 1998)

A carreira médica por tudo que ela implica acaba sendo uma das profissões mais afetadas por esta doença, pois ainda que tal profissional tenha consciência de que não pode salvar a todos, não é fácil conviver com a ideia de que a qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

momento uma pessoa sob sua responsabilidade pode vir a óbito enquanto é tratada, este quadro é ainda agravado quando o hospital não dispõe de meios para o profissional realizar os procedimentos necessários, sem contar as rotinas de trabalho desumanas a que estes profissionais são submetidos, pela falta de outros profissionais ou de materiais, fazendo assim com que este tenha que atender um número gigantesco de pessoas e de forma precária com problemas variados, assim gerando uma carga psicológica muito grande, desgastando assim o profissional tanto física quanto psicologicamente.

Existem diversos estudos que demonstram as altas taxas de casos da síndrome em médicos, Bruno Lagoeiro (PEBMED, Burnout: A tragédia anunciada do médico moderno, disponível em <https://pebmed.com.br> acesso em 13 de setembro de 2019), demonstra estes números, como podemos observar no trecho abaixo:

> Segundo uma pesquisa do *Archives of Internal Medicine*, publicada em 2012, os médicos sofrem mais com *burnout* do que qualquer outro trabalhador. Em uma entrevista feita com médicos americanos (*Medscape physician lifestyle)*, 46% dos médicos disseram ter sofrido com *burnout* em algum momento da sua carreira. Esta síndrome ocorre principalmente em profissionais submetidos a elevados níveis de estresse e pressão no ambiente de trabalho.

No Brasil foi realizada uma consulta com membros da Sociedade Brasileira de Cancerologia, onde TUCUNDUVA (Apud TRIGO, TR et al., 2007, p. 225, disponível em <http://www.scielo.br> acesso em 13 de setembro de 2019), alega que:

> Em relação aos profissionais da saúde, 136 membros da Sociedade Brasileira de Cancerologia responderam a três questionários, um deles para avaliar o burnout. Observou-se essa síndrome em níveis moderados ou graves em 15,7% dos médicos. Na subescala de EE (exaustão emocional), 55,8% dos indivíduos pontuaram níveis moderado ou grave; na subescala de DE (despersonalização), a pontuação correspondente a esses níveis foi atingida por 96,1% e na subescala de RP (realização profissional), 23,4%.

Os professores também podem servir de exemplo, pois são levados ao limite quase que diariamente, eles convivem com uma rotina quase interminável de trabalho, visto que o exercício da sua profissão não se limita apenas a sala de aula, geralmente existem trabalhos a ser corrigidos, precisam montar planos de aula e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

muitas vezes adequar os planos de ensino para o bimestre ou semestre se preocupando com a aprendizagem dos alunos, montar provas e posteriormente corrigi-las, identificar onde os alunos estão tendo mais dificuldades e criar formas para que estes superem tais problemas.

O caso dos pedagogos, é tão sério quanto os dos profissionais da área de saúde, de acordo com o site do governo portaldoprofessor.mec.gov.br, um estudo realizado por Nádia Maria Beserra Leite, da Universidade de Brasília (UNB), com mais de oito mil professores da educação básica da rede pública na região Centro-Oeste do Brasil revelou:

> Dos oito mil professores, 15,7% dos entrevistados apresentam a síndrome de Burnout, que reflete intenso sofrimento causado por estresse laboral crônico. "A enfermidade acomete principalmente profissionais idealistas e com altas expectativas em relação aos resultados do seu trabalho. Na impossibilidade de alcançá-los, acabam decepcionados consigo mesmos e com a carreira", explicou.
>
> Ainda de acordo com Nádia, obter 15,7% num universo de oito mil não é desprezível. Caso o índice seja o mesmo em todo o país, por exemplo, então mais de 300 mil professores brasileiros convivem com a síndrome, isso somente no ensino básico. Entre outras consequências, tal cenário levaria a um sério comprometimento na educação de milhões de alunos.

Os estudos demonstrados acima, comprovam a importância dessas medidas como forma de prevenção ao possível desenvolvimento da doença, pois gera uma carga muito grande ao empregado e consequentemente um gasto a mais para o empregador que terá de arcar com o tratamento e possíveis indenizações para estes trabalhadores, além do mais com o afastamento, ocorre uma sobrecarga nos outros funcionários que terão de absorver o trabalho do colega afastado ou outro gasto ao empregador que terá de contratar um novo funcionário para substituir àquele afastado, ou seja, é muito melhor prevenir o desenvolvimento deste desgaste, custa menos ao empregador e gera maior satisfação nos seus empregados.

2.2. Depressão

A depressão pode ser tratada como o mal do século XXI, é cada vez mais frequente o desenvolvimento da doença de forma geral, sendo ela desenvolvida de diversas formas, algumas ainda indeterminadas, afinal não se sabe exatamente o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que leva uma pessoa que muitas vezes tem todos os motivos para ser feliz aos olhos do homem médio a desenvolver tal moléstia.

Temos observado rotineiramente casos de pessoas famosas afetadas pela doença, o que gera um questionamento, afinal, o que estaria ruim na vida de uma pessoa que tem mais do que a grande maioria da população? A fama, o dinheiro, as viagens, uma família boa, não é mais suficiente? Como pode alguém que deveria ter todos os motivos para estar feliz pensar em tirar a própria vida por se achar inútil ou por simplesmente querer parar de sofrer?

Bem, este tipo de situação nos mostra que ninguém está imune a doença, que ela pode se manifestar em quem menos esperamos, e de formas que ninguém imagina, isso nos mostra de forma definitiva que a depressão não é uma mera tristeza, não é algo passageiro de um momento que você simplesmente se frustrou por algo que não conseguiu.

Com o passar do tempo, percebeu-se que o ambiente de trabalho é algo que pode influenciar diretamente nesses sintomas, o número de pessoas insatisfeitas com seus empregos é cada vez maior, a frustação por ter escolhido uma profissão que não gosta gera um fardo muito grande para as pessoas, muito disso ocorre por conta dos pais, que buscando assegurar o futuro dos filhos, trata de escolher a carreira que teoricamente irá garantir o sucesso financeiro para seu filho.

O problema nisso é que geralmente este tipo de situação faz com que o filho já chegue ao mercado de trabalho já desanimado, desestimulado por fazer algo que não gosta, o desgaste então se torna natural, e não é algo passageiro, pois muitas vezes aquele vai ser o ambiente de trabalho de uma pessoa até a sua aposentadoria.

Além da frustação com a escolha da carreira, muitas pessoas são vítimas de uma grande desilusão, um sentimento uno de impotência, de fraqueza, este tipo de sentimento ocorre em diversas profissões, no âmbito do direito por exemplo, aquele que sempre sonhou em ser um delegado e lutar contra a criminalidade, ao alcançar seu objetivo se vê completamente travado pela justiça e pela burocracia, são diversos os relatos de delegados desiludidos com a profissão, eles reclamam principalmente da velocidade com que o criminoso volta as ruas mesmo após as inúmeras horas, dias, meses e até anos, desprendidos em uma investigação além de todo o aparato movimentado para conseguir efetuar a prisão.

Médicos que sonhavam com a ideia de salvar a vida de todos os seus pacientes, quando começam a trabalhar nos hospitais públicos onde estão aqueles mais necessitados de um atendimento de qualidade por conta de toda a fragilidade que a vida já os impõe naturalmente, se veem impotentes, na maioria das vezes esses profissionais não possuem o básico para realizar um atendimento adequado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E não importa o quanto o médico queira ajudar o paciente, o tratamento vai se dar de forma precária pela falta de infraestrutura que os estabelecimentos oferecem, o desanimo e o sentimento de impotência vão se tornando cada vez maiores, o profissional percebe que as pessoas vão ir a óbito nas suas mãos e nestes casos já não faz mais diferença se ele sabe que não é sua culpa, o abalo emocional vai surgir de qualquer forma, estes sentimentos vão se agravar gradativamente com o passar do tempo, por conta disso é que o número de profissionais da saúde de modo geral são tão afetados pela depressão.

Além desses quadros de insatisfação profissional, o ambiente de trabalho em si, tem contribuído tanto com o surgimento quanto com as majorações dos quadros de doenças psicológicas, são colegas de trabalho que falam mal dos outros, que querem seu cargo, que te provocam, e até mesmo os casos mais sérios onde acontecem xingamentos, humilhações, e outras formas de abusos.

Karin Hueck (Revista Época. **33% das mulheres sofrem assédio no trabalho**. Disponível em <https://www.vagas.com.br> acesso em 27 de setembro de 2019), comprova a amplitude alcançada pelo abuso no ambiente de trabalho ao alegar que:

> "As relações no trabalho são ainda mais delicadas porque envolvem duas pessoas que convivem todos os dias. E mais: se o assédio ficar constante ou intolerável, a vítima não vai conseguir se livrar da situação tão facilmente (afinal, trocar de emprego não é a coisa mais simples do mundo)".

O maior problema é o que ocorre depois dessas pessoas sofrerem com este tipo de situação por um longo período de tempo, pois tais os assédios e a insatisfação profissional estão em simbiose com o surgimento da depressão no ambiente de trabalho.

Quando o indivíduo passa por longos períodos de exposição a situações humilhantes, ele começa a não querer mais ir para o trabalho, se sente incompetente, acredita que ninguém valoriza seu esforço, imagina ser um inútil, enfim, trabalhar se torna um fardo, seus transtornos psicológicos passam a se tornar maior que eles mesmos, transportando-os a profundos quadros da doença, inclusive levando ao suicídio de alguns destes profissionais, e é então que percebemos a importância de um ambiente de trabalho saudável.

Mais que isto, além do sofrimento do empregado, esta doença tem sido um afago tanto para os empregadores quanto para os cofres públicos, haja vista o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

número de afastamentos em decorrência da doença, mais de 70 mil por ano, segundo o TST (2017. Disponível em <http://www.tst.jus.br> acesso em 27 de setembro de 2019) no seguinte trecho:

> "Tachada de mal do século, a depressão é responsável por retirar do mercado de trabalho milhares de profissionais todos os anos. No ano passado, 75,3 mil trabalhadores foram afastados em razão do mal, com direito a recebimento de auxílio-doença em casos episódicos ou recorrentes. Eles representaram 37,8% de todas as licenças em 2016 motivadas por transtornos mentais e comportamentais, que incluem não só a depressão, como estresse, ansiedade, transtornos bipolares, esquizofrenia e outros".

Estes inúmeros afastamentos ocorridos por conta da depressão, acaba fazendo com que o empregador também saia prejudicado, pois quando o funcionário é afastado, o patrão geralmente perde uma mão de obra qualificada, o que é muito difícil de reparar, pois profissionais qualificados custam caro, além disso, ao contratar um funcionário novo, ele irá precisar passar por um treinamento adequado até alcançar o mesmo nível do antigo, o que também demanda um certo capital, além é claro das possíveis indenizações pleiteadas pelo funcionário afastado por conta de situações que poderiam ser evitados com uma gestão melhor do ambiente de trabalho, que se observada, provavelmente evitaria o surgimento ou elevação da depressão.

3. DEPRESSÃO COMO DOENÇA OCUPACIONAL

As doenças ocupacionais são caracterizadas por terem seu surgimento relacionado de alguma forma com a função exercida pelo empregado, seja ela decorrente única e exclusivamente da atividade exercida ou mesmo àquelas onde o trabalho não deveria ser um fator causador da doença, mas por conta de certos fatores faz com que o indivíduo adquira ou mesmo agrave um quadro epidemiológico.

As doenças ocupacionais mais conhecidas são as Lesões de Esforço Repetitivo (LER) ou os Distúrbios Osteomusculares Relacionados com o Trabalho (DORT), atualmente estas são a maior causa de afastamentos médico relacionadas com o trabalho.

Estas doenças são muito comuns por conta de uma característica dramática que existe no Brasil, as longas horas de jornada de trabalho, aliadas as poucas pausas concedidas aos trabalhadores para realizar o descanso necessário aos músculos dos funcionários.

Estas doenças geralmente são de fácil diagnostico e da mesma forma a sua caracterização como doença ocupacional acaba sendo simples, isto porque o laudo pericial é claro e objetivo ao apontar a causa precípua do problema, não havendo muito o que se contestar em relação ao surgimento da doença uma vez que se sabe exatamente o que a causa.

Existem ainda outras doenças que são tão simples quanto as LER/DORT para ser caracterizadas como doenças ocupacionais, ou seja, aquelas decorrentes do trabalho, senão vejamos, um funcionário que trabalha em contato direto com agentes tóxicos em um laboratório ou com agrotóxicos em uma fazenda por exemplo, em havendo um acidente em que este venha a ser contaminado e em razão disto venha a desenvolver uma doença relacionada a tal contaminação, um simples exame pode apontar a causa da doença, relacionando a atividade desempenhada pelo funcionário a sua contaminação.

São os casos em que o nexo causal é típico, ou seja, eles estão diretamente ligados a atividade exercida pelo trabalhador, gerando assim quase que de forma automática a responsabilidade do empregador.

Há, no entanto, casos em que mesmo o trabalho sendo o causador do dano, torna-se muito difícil realizar a caracterização do nexo causal, isto ocorre em função de algumas doenças que podem ser adquiridas de outra forma que não a atividade do empregado.

A depressão é uma doença que embora possa ter suas causas ligadas a diversos fatores, tem se desenvolvido de maneira frequente no ambiente de trabalho. Assim, buscando adequação social, ao observar que a depressão era uma doença recorrente e que afetava diretamente as relações de trabalho, a lei 8.213/91 no seu artigo 21, inciso I, equiparou-a a acidente de trabalho, senão vejamos:

> Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:
>
> I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

A partir desse ponto, foi possível a sua equiparação também como doença ocupacional, isto trouxe o instituto da garantia do emprego que não havia antes, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

empregado do setor privado que pedia afastamento para tratar sua patologia, além de ter de lidar com a doença já suportada, muitas vezes lidava também com o preconceito relacionado à doença e assim geralmente era demitido após voltar do afastamento, em alguns casos até mesmo antes de voltar a laborar na sua atividade.

A Lei 8.213/91, ao trazer a possibilidade de equiparação dos dois institutos, trouxe também a estabilidade provisória que já existia para os casos típicos de acidente de trabalho, de doze meses após o retorno do afastamento, no seu artigo 118[1].

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Quando uma pessoa adquire uma doença ocupacional ou sofre um acidente de trabalho, geralmente ela acredita que terá apenas o direito ao afastamento previdenciário e a garantia do emprego, isto por conta da falta de conhecimento e instrução, assim, o trabalhador fica sem saber que tem direito à indenizações por parte do empregador que será responsabilizado se agiu com dolo ou culpa na ação ou omissão que desencadeou o problema do empregado.

Assim, o empregador além de ter que manter o trabalhador por 12 meses, a partir da data de cessação do benefício previdenciário, terá ainda de indenizar àquele a quem causou danos, seja físico, psicológico ou patrimonial.

É o que aponta Sebastião Geraldo de Oliveira (2013. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. p. 79):

> Onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é invocada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências do infortúnio. É, por isso, instrumento de manutenção da harmonia social, na medida em que socorre o que foi lesado, utilizando-se do patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido. Com isso além de punir o desvio de conduta e amparar a vítima, serve para desestimular o violador potencial, o qual pode antever e até mensurar o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar.

Sabendo que o empregador é responsável pelos danos causados a seus empregados, devemos entender que tal reponsabilidade ocorre na forma objetiva e subjetiva.

4.1. Responsabilidade civil objetiva do empregador

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para a responsabilidade civil objetiva do empregador, é necessária apenas a comprovação do dano e nexo causal, isto porque, a responsabilidade será objetiva quando a função desempenhada pelo empregado por si só, estiver pautada no risco, desta forma, para muitos doutrinadores, a responsabilidade será objetiva quando se tratar das atividades previstas no artigo 193 da CLT, ou seja,

> Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:
>
> I- Inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;
> II- Roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Entretanto, fica claro este rol não deve ser visto de forma taxativa e sim exemplificativa, uma vez que serão inseridos nesse prisma todas as atividades que geram risco permanente ao trabalhador, pois um empregado que trabalha com uma serra elétrica, corre tanto risco quando um trabalhador que exerce suas funções junto a redes elétricas.

Por conta disso, o Ministro Alexandre de Moraes (2019. RE n. 828040. Disponível em <http://stf.jus.br> acesso em 01 de novembro de 2019) Proferiu entendimento contrário a utilização apenas do artigo 193 da CLT como parâmetro para responsabilidade objetiva do empregador, trazendo à tona a própria Constituição e o Código Civil, da seguinte forma:

> "não há impedimento à possibilidade de que as indenizações acidentária e civil se sobreponham, desde que a atividade exercida pelo trabalhador seja considerada de risco, uma vez que o art. 7º da Constituição Federal assegura como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (inc. XXVIII)."

Vemos então que, a responsabilidade civil objetiva, se aplicará a todas as relações de emprego, desde que a atividade desempenhada seja de risco, de forma a se absorver o artigo 927[2] do Código Civil, pois este aduz em síntese no seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

parágrafo único que não importa se há dolo ou culpa nos casos previstos em lei (art. 193[3] CLT), ou se a atividade impõe risco a seus funcionários.

Tal teoria abraça principalmente a teoria da proteção do trabalhador e a valorização do trabalho humano, com a finalidade de buscar uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, conforme caput do artigo 170 da lei maior.

4.2. Responsabilidade civil subjetiva do empregador

Talvez a mais comum, pautada ainda na comprovação do dano e do nexo causal para que indenizações sejam cabíveis apenas quando restar comprovada a culpa do empregador para o evento que lesionou o empregado.

Tal teoria, abrange o artigo 7, inciso XXVIII da constituição federal, onde diz que:

> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> XXVIII- seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Ao tratar da responsabilidade civil subjetiva, Oliveira (2013, p. 96), diz que:

> "Pela concepção clássica da responsabilidade civil subjetiva, só haverá obrigação de indenizar o acidentado se restar comprovado que o empregador teve alguma culpa no evento, mesmo que de natureza leve ou levíssima. A ocorrência do acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade da empresa não gera automaticamente o dever de indenizar, restando à vítima, nessa hipótese, apenas a cobertura do seguro de acidente do trabalho, conforma as normas da Previdência Social."

Assim, quando o funcionário adquire uma depressão por conta de um ambiente de trabalho contaminado por abusos morais, ou carregado com cobranças e responsabilidades, torna-se absurdamente difícil de se configurar a culpa do empregador, uma vez que, os resultados dos exames apenas constatarão a dano causado ao empregado.

Restará ainda ao funcionário comprovar o nexo de causalidade, ou seja, que aquele dano é decorrente da relação de trabalho dele com o empregador, o que no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

caso da depressão torna-se quase impossível de se verificar somente observando um exame pericial direto como ocorre nos casos de acidente de trabalho.

Não obstante, comprovado o nexo de causalidade entre a doença e o emprego, restará provada a culpa do empregador, isto porque a culpa do empregador é subjetiva, o artigo 927, caput do Código Civil, diz que: "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repara-lo".

Assim, uma doença gerada ou agravada no ambiente de trabalho, configura-se como culpa do empregador, pois este tem o dever de promover um ambiente saudável, respeitando as normas de saúde e segurança, garantindo o bem-estar profissional de forma a gerar um ambiente propicio ao desenvolvimento da atividade gerenciada por este.

5. NEXO DE CAUSALIDADE

Nos acidentes típicos, basta observar o dano e logo se saberá o que ocorreu e como ocorreu, por exemplo, quando um empregado trabalha em uma serraria e decepa um dedo, o nexo de causalidade ocorre de forma lógica, pois o empregado trabalha serrando madeira, o acidente ocorreu na empresa, na esteira de corte, porque a empresa não tinha o equipamento adequado para garantir a segurança do empregado, pronto estão relacionados os três pressupostos da Responsabilidade Civil Subjetiva, Dano, Nexo Causal e Dolo ou Culpa.

No entanto, no caso da depressão o laudo pericial apenas comprovará a existência da doença, sendo o nexo de causalidade realizado apenas com as declarações do próprio empregado, por conta disto, faz-se necessário outros meios de prova para conseguir demonstrar a relação da doença com o emprego.

De acordo com Oliveira (2013, pag. 153) existe uma diferença entre nexo de causalidade e nexo de concausa, sendo necessária essa distinção uma vez que o surgimento ou agravamento da depressão será demonstrado a partir dos nexos de concausa, por esta não ser uma doença típica do trabalho, assim, vejamos:

> Na causalidade direta o nexo fica caracterizado quando o acidente ocorre "pelo exercício do trabalho a serviço da empresa". Observa-se uma vinculação imediata entre a execução das tarefas e o acidente ou doença que afetou o empregado. O acidente típico e a doença ocupacional estão enquadrados nessa modalidade de nexo causal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Oliveira (2013, pag. 153), sobre hipóteses de concausa:

> Nas hipóteses das concausas, o acidente continua ligado ao trabalho, mas ocorre por múltiplos fatores, conjugando causas relacionadas ao trabalho, com outras, extralaborais. O empregado, por exemplo, pode atuar como caixa bancário exposto a movimentos repetitivos e fazer serviços autônomos de digitação em casa aumentando a possibilidade de adoecimento; pode trabalhar em local ruidoso e participar de uma banda de rock exposto a som excessivamente alto. Para constatação do nexo concausal, basta que o trabalho tenha contribuído diretamente para o acidente ou doença.

Foi através do entendimento das concausas que a depressão passou a ser considerada uma doença ocupacional, pois verificou-se que a doença não precisa ser originária de uma relação de trabalho para se configurar como doença ocupacional, o simples fato de por algum motivo relacionado ao trabalho poder contribuir com o seu surgimento ou ainda o simples agravamento desta doença a configura como uma doença ocupacional para a responsabilização do empregador.

O artigo 20, da lei 8.213, de 24 de julho de 1991, no seu inciso II, diz que:

> Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:
>
> II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente[...]

Ainda o artigo 21 da mesma lei, estabelece que:

> Art.21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta lei:
>
> I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

Isto significa que o surgimento da doença ocupacional, não precisa estar diretamente ligado a atividade exercida pelo empregado, basta que ela tenha contribuído para o seu surgimento ou agravado seu adoecimento, desta forma,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ainda que a depressão não tenha seu surgimento ligado diretamente a uma atividade profissional, ou ainda que a doença em si, esteja relacionado tenha seu surgimento relacionado a vários fatores diferentes e inclusive alheios ao trabalho, se o ambiente de trabalho e a forma como ele é realizado puder contribuir com o surgimento ou agravamento da doença, ela será considerada como doença ocupacional.

Por conta disto tem sido de extrema importância o depoimento das testemunhas, afinal, uma vez que se tenha o conhecimento de que a doença de fato afeta o trabalhador, e havendo indícios de que o problema está relacionado com o seu emprego, ainda que o convencimento do julgador não fique claro apenas com o laudo, as testemunhas podem sim corroborar as informações contidas nos laudos.

De forma que o empregador será responsabilizado na medida de sua culpa, por conta da responsabilidade civil subjetiva presente do artigo 927 do Código Civil, como já citado anteriormente.

6. EFEITOS DA CARACTERIZAÇÃO DA DEPRESSÃO COMO DOENÇA DO TRABALHO

Mesmo existindo um consenso sobre a possibilidade de aplicação de sansões decorrentes da lesão causada ao funcionário quando o empregador não propicia um ambiente de trabalho saudável, os tribunais do trabalho têm adotado uma cautela muito grande ao acolher ou não a caracterização do nexo de causalidade entre a depressão e o trabalho.

No entanto, uma vez configurado o nexo de causalidade entre a doença e o ambiente de trabalho, o empregado terá a sua disposição todos os direitos trabalhistas provenientes do seu caso concreto.

Primeiramente o empregado terá direito a emissão do CAT, que é o comunicado de Acidente de Trabalho enviado a previdência social, no caso de precisar se afastar por mais de 15 dias, e com isso passará a receber o Auxilio Doença Acidentário (código 91), o recebimento do auxílio com este código, proporciona ao trabalhador a garantia de emprego por até 12 meses a partir do momento que este esteja apto a voltar ao trabalho, como mostra o art. 118 da lei 8.213/91 ao dispor que *"Art. **118**. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente".*

Da mesma forma a súmula 378 do TST diz que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"Súmula nº 378 do TST

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991.

I – É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado.

II – São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.

III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista art. 118 da Lei nº 8.213/91."

Uma vez provado o nexo de causalidade entre a sua moléstia e o ambiente de trabalho, o empregado terá também os direitos a reparação de danos materiais e morais, por conta da responsabilidade civil do empregador.

6.1. Danos materiais

A título de danos materiais, é possível pleitear todos os valores gastos com tratamentos e lucros cessantes, como determina o artigo 949 do Código Civil, senão vejamos: *"art. 949, no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido."*.

Assim, podemos entender que a reparação dos danos materiais, está ligada ao que o ofendido de fato perdeu ou deixou de ganhar por conta da dano sofrido, ou seja, estarão inclusos neste tipo de indenização os gastos com médicos, remédios, cirurgias, estadias, tudo que for possível de se provar com os comprovantes de pagamentos realizados, mas não só isto, comprovada a incapacidade para o trabalho, restará configurado os lucros cessantes, uma vez que o empregado estará deixando de aferir de seus ganhos, sendo assim o mesmo deverá fazer jus ao pensionamento mensal de acordo com o percentual da incapacidade e contribuição da empresa.

6.2. Danos morais

Cumulativamente aos danos matérias decorrentes do dano, será cabível ainda a indenização por danos morais, uma vez que a depressão como doença psicológica, afeta principalmente a moral do indivíduo.

São vários os fundamentos da indenização moral, mas, de maneira principal, a constituição federal de 1988, estabelece como princípio nivelador do direito a proteção à dignidade da pessoa humana, e coloca ainda o trabalho no capítulo dos direitos sociais, de forma a garantir que o empregador atenda ao fim social do trabalho.

Ainda no tocante a Carta Magna, o artigo 5º, inciso V, estabelece que: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Também o inciso X, diz que: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Além da Lei Maior, o código civil de 2002, no artigo 186, ao estabelecer que é ato ilícito causar dano a outro, ainda que exclusivamente moral, assim, uma vez que é utilizado em concomitância com o artigo 927, do mesmo código, traz a obrigação de indenizar o dano moral causado, tais dispositivos são usados de maneira subsidiária no direito trabalhista, para assim obrigar o empregador a indenizar o empregado que sofre danos morais decorrentes da relação de emprego.

Ocorre que, faz-se necessário entender que o campo da moral é demasiado grande, as vezes uma única palavra pode ofender a moral de alguém, mas não serão todos os casos passíveis de indenização, será necessário a demonstração do infortúnio causado, além da culpa ou dolo do empregador, visto que no Brasil ainda se utiliza da responsabilidade civil subjetiva, senão vejamos:

> O campo da moral é mais amplo do que o do direito, pois só se cogita da responsabilidade jurídica quando há prejuízo. Esta só se revela quando ocorre infração da norma jurídica que acarrete dano ao indivíduo ou à coletividade. Neste caso, o autor da lesão será obrigado a recompor o direito atingido, reparando em espécie ou em pecúnia o mal causado. (GONÇALVES, 2019, pag. 20)

Ademais, de acordo com o doutrinador trabalhista Sebastião Geraldo de Oliveira, o dano moral tem caráter compensatório e punitivo, pois assim além de buscar a reparação do dano, busca evitar que o empregador volte a cometer os danos que levaram o funcionário a desencadear a doença ocupacional, tais medidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

são necessárias, pois de acordo com o mesmo a mazela laboral destrói um projeto de vida, como podemos observar nas suas palavras:

> O dano moral é muito acentuado quando decorrente do infortúnio laboral, porquanto o trabalhador é atingido na sua integridade psicobiofísica, o que muitas vezes significa o desmonte traumático de um projeto de vida, o encarceramento compulsório numa cadeira de rodas e o sepultamento precoce dos sonhos acalentados quanto à possibilidade de um futuro melhor. (OLIVEIRA, 2013, pag. 245)

Desta forma, o desenvolvimento da depressão pode ser considerado como uma prisão sem grades, ela traz uma angustia profunda, deixa a pessoa completamente desestabilizada e no mais alto grau de sofrimento, não seria crível que tal doença, uma vez comprovada a culpa do empregador, não fosse merecedora do instituto da indenização moral.

7. ENTENDIMENTOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RELAÇÃO A DEPRESSÃO

Anteriormente a ideia de dano moral devida em decorrência do acidente de trabalho ou mesmo da doença ocupacional, não eram bem vistos no âmbito da justiça trabalhista, isto porque os magistrados não vislumbravam a probabilidade do dano moral sofrido no ambiente laboral, Sebastião Gonçalves de Oliveira, explica o tema da seguinte forma:

> Alguns Juízes estão indeferindo o pedido de indenização a título de danos morais decorrentes do acidente de trabalho, ao fundamento de não ter havido prova efetiva da ocorrência do dano moral. De acordo com esse ponto de vista não é devida a indenização, se a vítima suporta bem a ofensa ou se o acidente ou a doença ocupacional não lhe comprometem o aspecto psicológico, apesar das sequelas definitivas que possam ter ensejado o deferimento de reparação dos danos materiais. (OLIVEIRA, 2013, pag. 245)

Isto se mostra verdadeiro quando buscamos julgamentos de 10 (dez) anos atrás ou mais, por exemplo:

> TRT-PR-09-12-2008 DOENÇA OCUPACIONAL – DEPRESSÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ASSÉDIO MORAL - INEXISTÊNCIA. Não provada a ocorrência de assédio moral, não há se falar em nexo de causalidade entre a depressão e o ambiente de trabalho, impossibilitando a condenação ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pagamento de indenização por danos morais, pela falta de pressuposto fático essencial. Recurso Ordinário conhecido e não provido.
>
> TRT-9 – 995382006678909 PR 99538-2006-678-9-0-9 Relator: PAULO RICARDO POZZOLO, 3ª. TURMA, Data de Publicação: 09/12/2008.
>
> (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região TRT-9. Processo nº 995382006678909 PR 99538-2006-678-9-0-9. **Recurso Ordinário**. Relator: Paulo Ricardo Pozzolo, 3ª. TURMA, Data de Publicação: 09/12/2008. Disponível em: <https://trt-9.jusbrasil.com.br> acesso em 31 de outubro de 2019.

Hoje em dia, é pacificado, tanto na doutrina quanto na Jurisprudência que haverá incidência da indenização nos casos de depressão oriunda do ambiente de trabalho, tanto que, temos julgados no Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região RO/AC, mantendo sentença condenatória ao pagamento de indenização por depressão adquirida no trabalho, em um lapso temporal de apenas 2 (dois) anos após ao julgado supra. Senão vejamos:

> TRT-14-21-10-2010 DEPRESSAO. ASSÉDIO MORAL. TRANSTORNO/SÍNDROME DO PÂNICO. ACIDENTE DE TRABALHO EQUIPARADO. INDENIZAÇAO. Deve ser mantida a sentença que deferiu indenização por danos morais quando restar demonstrado que a empregada, após ter desenvolvido plenamente sua capacidade laborativa, atendendo a contento as expectativas da empregadora, inclusive tendo recebido promoções em razão da sua eficiência, teve declarada sua incapacidade laborativa em razão de depressão (transtorno ou síndrome do pânico), decorrente de assédio moral sofrido no ambiente de trabalho, em razão de tratamentos inadequados e exposição ao ridículo advindos do seu superior hierárquico, que a tratava com sarcasmo e exigências excessivas, submetendo-a a carga de trabalho extenuante, culminando com a sua dispensa sem justa causa, mesmo após ter sido declarada a sua incapacidade laborativa por laudo do INSS, que lhe concedeu os benefícios do auxílio doença. Recurso patronal desprovido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> TRT-14-21-10-2010 RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA RO 76200 RO 0076200 (TRT-14). Relatora: Desembargadora Elana Cardoso Lopes, 1ª TURMA, data da publicação: 21/10/2010.
>
> (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região TRT-14 – Recurso Ordinário Trabalhista: RO 76200 RO 0076200. Relator: Desembargadora Elana Cardoso Lopes, 1ª Turma. Julgamento: 20 de outubro de 2010. Disponível em: <https://trt-14.jusbrasil.com.br> acessado em 01 de novembro de 2019)

De maneira mais recente, do começo deste ano, temos o Julgamento do TRT da 3ª Região, onde aponta que é devida a indenização por danos morais nos casos de depressão, da seguinte forma:

> INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEPRESSÃO. NEXO CONCAUSAL. Diante da conclusão da perícia médica produzida nos autos, com ampla experiência em perícias que envolvem questões psiquiátricas, acerca da existência do nexo de concausalidade entre a depressão maior de que foi acometida a reclamante e suas atividades laborais bem como diante da constatação do assédio moral do qual foi vítima a obreira, é devida a indenização por danos morais.
>
> TRT-3 –RO 00106211120165030059 0010621-11-2016.5.03.0059. Relator: Convocado Leonardo Passos Ferreira, Decima Turma. Data de Publicação: 25/01/2019 (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT-3 – **Recurso Ordinário**, Processo: 0010621-11-2016.5.03.0059. Relator: Convocado Leonardo Passos Ferreira, Decima Turma. Data de Publicação: 25/01/2019. Disponível em: <
>
> https://trt-3.jusbrasil.com.br/> acessado em 01 de novembro de 2019)

O TST definiu que o Juízo *A Quo*, é quem tem de fato os meios para se analisar os elementos probatórios, sendo a instância superior a responsável apenas por julgar a aplicação das normas, tendo sido mais frequente o abuso em relação aos valores arbitrados em condenação, sendo que tais valores deverão observar os parâmetros dispostos no artigo 223-G da CLT, da seguinte forma:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 223-G. §1º. Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
>
> I- Ofensa de natureza leve – até três vezes o último salário contratual do ofendido;
>
> II- Ofensa de natureza média – até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
>
> III- Ofensa de natureza grave – até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
>
> IV- Ofensa de natureza gravíssima – até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido;
>
> §3º. Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

Por conta destes parâmetros, temos várias decisões no sentido de reduzir os valores aplicados, com fundamento no artigo 944 do Código Civil, como aponta o Tribunal Superior do Trabalho no Recurso de Revista 2204320145020481, publicado em 10 de maio de 2019, da seguinte forma:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DOENÇA OCUPACIONAL. ASSÉDIO MORAL. DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO. Ante a demonstração de possível violação do art. 944 do CC, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. DOENÇA OCUPACIONAL. ASSÉDIO MORAL. DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO. A indenização fixada deve possuir o escopo pedagógico de desestimular a conduta ilícita, além de proporcionar uma compensação ao ofendido pelo sofrimento e pela lesão ocasionados, sem deixar de observar o equilíbrio entre os danos e o ressarcimento, na forma preconizada pelo art. 944 do Código Civil, segundo o qual a indenização é medida pela extensão do dano. No presente caso, o valor arbitrado à indenização pelo Regional revela-se excessivo em face das circunstâncias que ensejaram a condenação, quais sejam assédio moral praticado pelo gerente contra o obreiro nos anos de 2013 e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 2014, o que resultou em distúrbio psicológico de que é portador, qual seja depressão. Impõe-se, portanto, o provimento do recurso a fim de reduzir o valor arbitrado. Recurso de revista conhecido e provido.
>
> TST- RR 2204320145020481, Relator: Dora Maria da Costa, data de julgamento: 08/05/2019, 8ª Turma, Data de publicação: DEJT 10/05/2019. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista**, Processo: 2204320145020481. Relator: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Julgamento: 08/05/2019. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br> acessado em 01 de novembro de 2019)

Há ainda, os casos em que a depressão se torna tão forte que o enfermo tenta praticar o suicídio, nestes casos ainda é muito raro observar a atuação da justiça do trabalho no sentido de responsabilizar o empregador, entretanto alguns tribunais como o TRT-2 já comportam esta tese, como podemos observar abaixo:

> Empregada que comete suicídio após a dispensa. Dano moral do filho menor de idade (ricochete). Conhecimento da empresa da doença e da sua gravidade, bem como do comportamento suicida demonstrado pela empregada ao médico do trabalho da empresa. Elementos de prova que evidenciam que a ré agiu com a intenção deliberada de dispensar a empregada, mesmo sabendo que estava acometida de sérios problemas de saúde, o que enseja reparação por dano moral (Lei 9.029 /95, art. 4º).
>
> TRT-2-RO: 00026584620125020082 SP 00026584620125020082 A28, data de julgamento: 07/07/2015, 6ª TURMA, data de publicação: 09/11/2015.
>
> (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, **Recurso Ordinário**, processo: 00026584620125020082-A28, data de julgamento: 07/07/2015, 6ª TURMA, data de publicação: 09/11/2015. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br> acesso em 03 de novembro de 2019)

Tendo em vista o aceitamento da depressão como doença ocupacional, faz-se necessário agora uma valorização no campo das indenizações, visto que, o desenvolvimento da doença tem se tornado cada vez mais comum no ambiente de trabalho das pessoas, sendo ainda uma doença que modifica negativamente em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

alguns casos para sempre a vida do enfermo, bem como de sua família, dependendo do grau da doença desenvolvida.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O empregador tem o dever de proteger os funcionários, criar meios para coibir a prática de abusos no ambiente de trabalho, assim, se algo ou alguém dos seus empregados estão agindo de forma a humilhar, desestabilizar e qualquer outro tipo de assédio, ele deverá ser responsabilizado, pois falhou com seu dever de proteção, estabelecido no artigo 7º, inciso XXII, da lei maior, onde demonstra esta responsabilidade, como podemos observar no texto constitucional: "Art. 7º, XXII. Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança".

A justiça trabalhista tem tido diversos avanços no campo dos danos psicológicos, tanto que a depressão passou a ser considerada como acidente de trabalho/doença ocupacional, reconhecendo-a como uma das doenças que tem relação com o ambiente de trabalho, e assim garantindo aos empregados os direitos provenientes dos danos por eles sofridos.

Os tribunais têm julgado os pedidos de indenizações nos casos de depressão de forma a atender os pedidos quando ficam comprovados as concausas relacionadas a cada caso, entretanto, mostra-se demasiadamente dificultosa tal comprovação, desta forma, faz-se necessário criar meios mais objetivos de se responsabilizar o empregador, gerando assim uma facilidade maior para que os empregados busquem o amparo da justiça, ainda mais com o advento da reforma trabalhista, onde o empregado ainda que consiga o benefício da justiça gratuita, tem que pagar os laudos periciais e as sucumbências quando não consegue provar que a doença teve relação com o emprego.

Isto tem feito com que muitas vezes, os empregados que sofrem com a doença mesmo tendo certeza de que aquela relação abusiva no ambiente de trabalho é a real causadora do seu problema, por ter medo de não conseguir provar, visto que muitas vezes os colegas evitam testemunhar a seu favor com medo de futuras retaliações, algo que não seria de se estranhar já que um dos funcionários de tanto sofrer abusos desenvolveu depressão, evitem buscar a justiça.

Para piorar este quadro, as indenizações quando arbitradas tem sido em valores relativamente baixos se comparado às sequelas psicológicas que a doença pode acarretar, por conta disto e ainda por todo o mal que as ações que desencadeiam a doença geram no ser humano, tais valores obedecendo o caráter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

punitivo, educativo e compensatório que as indenizações têm, as mesmas deveriam ser majoradas, para assim obrigar os empregadores a promoverem um ambiente de trabalho mais saudável.

O Direito, tem por obrigação acompanhar o desenvolvimento da sociedade, para assim se adequar as novas demandas que vão surgindo, a depressão por muito tempo foi negligenciada pelos empregadores e pela justiça, mas atualmente tal doença já é a segunda maior causa de afastamento de empregados no Brasil, a justiça brasileira tem evoluído a passos largos em relação a questão, mas ainda são necessários que ocorram algumas alterações tanto na legislação para tornar mais fácil a caracterização da doença quanto na aplicação de indenizações que levem em conta não a proporcionalidade com relação ao poder econômico das partes mas sim a proporcionalidade do mal causado as pessoas que sofrem com esta doença.

Por fim, mas não menos importante, é necessário que as autoridades tenham maior atenção para com a causa, fortalecendo as campanhas de saúde que tratam do tema, para assim ajudar não só aqueles que estão doentes, mas também as pessoas que convivem com o enfermo para que estes entendam realmente do que se trata, de como identificar e principalmente como ajudar essas pessoas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil, lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: _ **Vade Mecum**, 15.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. In: _ **Vade Mecum Saraiva**, 28.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição Federal, de 1988, Capítulo II – DOS DIREITOS SOCIAIS, Artigo 7º, In: _ **Vade Mecum**, 15.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. Lei dos Planos de Benefícios da Previdência social. Lei nº 8.213, de 24 de julho 1991. In: _ **Vade Mecum,** 15.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, **Recurso Ordinário**, processo: 00026584620125020082-A28, data de julgamento: 07/07/2015, 6ª TURMA, data de publicação: 09/11/2015. Disponível em: < https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/312267675/recurso-ordinario-ro-26584620125020082-sp-00026584620125020082-a28?ref=serp> acesso em 03 de novembro de 2019.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT-3 – **Recurso Ordinário**, Processo: 0010621-11-2016.5.03.0059. Relator: Convocado Leonardo Passos Ferreira, Decima Turma. Data de Publicação: 25/01/2019. Disponível em: <

https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/670790014/recurso-ordinario-trabalhista-ro-10621112016503005 9-0010621-1120165030059?ref=serp> acesso em 01 de novembro de 2019.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região TRT-9. Processo nº 995382006678909 PR 99538-2006-678-9-0-9. **Recurso Ordinário**. Relator: Paulo Ricardo Pozzolo, 3ª. TURMA, Data de Publicação: 09/12/2008. Disponível em: < https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18951984/995382006678909-pr-99538-2006-678-9-0-9-trt-9?ref=serp> acesso em 31 de outubro de 2019.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região TRT-14 – **Recurso Ordinário** Trabalhista: RO 76200 RO 0076200. Relator: Desembargadora Elana Cardoso Lopes, 1ª Turma. Julgamento: 20 de outubro de 2010. Disponível em: < https://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18917369/recurso-ordinario-trabalhista-ro-76200-ro-0076200?ref=serp> acesso em 01 de novembro de 2019.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista**, Processo: 2204320145020481. Relator: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Julgamento: 08/05/2019. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/706911892/recurso-de-revista-rr-2204320145020481?ref=serp> acesso em 01 de novembro de 2019.

DICIONÁRIO. Em <https://www.dicio.com.br/tachado/> acesso em 1 de novembro de 2019.

GALVÃO, Leonardo Cap. Disponível em <https://www.frasesfamosas.com.br/frases-de/cap-leonardo-galvao/> acesso em 28 de agosto de 2019.

HUECK, Karin, jornalista da Revista Época. **33% das mulheres sofrem assédio no trabalho**. Disponível em: < https://www.vagas.com.br/profissoes/acontece/no-mercado/33-mulheres-sofrem-assedio/> acesso em 27 de setembro de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil.** Carlos Roberto Gonçalves. 14 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LUQUES, Ione. **Síndrome de 'burnout' afeta um número cada vez maior de profissionais**, 2011, matéria do site < https://oglobo.globo.com/economia/emprego/sindrome-de-burnout-afeta-um-numero-cada-vez-maior-de-profissionais-2967484> acesso em 13 de setembro de 2019.

LAGOEIRO, Bruno. Burnout: **A tragédia anunciada do médico moderno**. Disponível em <https://pebmed.com.br/burnout-tragedia-do-medico-moderno/> acesso em 13 de setembro de 2019.

MEIRELLES, Alexa, Voce SA. **1 a cada 5 profissionais sofreu assédio sexual no trabalho**. Revista Exame. Disponível em <https://exame.abril.com.br/carreira/1-a-cada-5-profissionais-sofreu-assedio-sexual-no-trabalho-veja-relatos/> Acesso em 27 de setembro de 2019.

Ministério da Saúde do Brasil. **Depressão: causas, sintomas, tratamentos, diagnóstico e prevenção**. disponível em <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/depressao> acesso em 26 de agosto de 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7. Ed. rev. E atual. – São Paulo: LTr, 2013.

Organização Mundial da Saúde. **Com depressão no topo da lista de causas de problemas de saúde, OMS lança a campanha "Vamos conversar"**. Disponível em <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5385:com-depressao-no-topo-da-lista-de-causas-de-problemas-de-saude-oms-lanca-a-campanha-vamos-conversar&Itemid=839> acesso em 20 de agosto de 2019

PERES, Urania Tourinho. **Depressão e melancolia.** 3.ed. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010

Supremo Tribunal Federal. **STF decide que empregador tem responsabilidade civil objetiva em acidentes de trabalho nas atividades de risco**. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422689&caixaBusca=N> acesso em 01 de novembro de 2019.

SANTOS, Carolina Marins. **Visão sobre de depressão sofreu transformações ao longo da história**. Disponível em <https://jornal.usp.br/ciencias/visao-sobre-depressao-sofreu-transformacoes-ao-longo-da-historia/> acesso em 20 de agosto de 2019.

SOLOMON, Andrew. **O demônio do meio-dia: uma anatomia da depressão**. tradução Myriam Campello. — 2a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2014

TEODORO, Wagner Luiz Garcia. **Depressão: corpo, mente e alma**. 13ª edição., Uberlândia- MG, 2009

Tribunal Superior do Trabalho – TST. **Mais de 75 mil pessoas foram afastadas do trabalho por depressão em 2016**. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/programa/-

/asset_publisher/0SUp/content/mais-de-75-mil-pessoas-foram-afastadas-do-trabalho-por-depressao-em-2016?inheritRedirect=false> acesso em 27 de setembro de 2019.

TRIGO, Telma Ramos, et al. Revista Psiquiátrica Clínica, volume 34, número 5, páginas 223-233, 2007. **Síndrome de burnout ou estafa profissional e os transtornos psiquiátricos**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rpc/v34n5/a04v34n5.pdf> acesso em 13 de setembro de 2019.

---

[1] Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

[2] Art. 927 C.C. Aquele que, por ato ilícito (arts, 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repara-lo.

[3] Art. 193 CLT. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LAVAGEM DE CAPITAIS – AS PECULIARIDADES DO BEM JURÍDICO TUTELADO

MARCIO JOSÉ DA CRUZ:
Delegado de Polícia

RESUMO - O objetivo do presente trabalho é sistematizar um conjunto dos conhecimentos e informações a cerca do bem jurídico protegido na Lei nº 9.613/1998 com as alterações previstas na Lei 12.683/2012 – a Lei de Lavagem de Dinheiro, incluindo claro o conceito do crime, e, sua abrangência, para uma melhor análise sobre os argumentos apresentados. A ordem e a extensão dos argumentos apresentados não visam censurar ou enaltecer qualquer que seja a posição dos doutrinadores e escritores abordados durante a realização do trabalho acadêmico, apenas visa demonstrar que tema tão importante ainda é controverso em nosso ordenamento jurídico. No entanto, o trabalho acadêmico aspirou demonstrar conexões e divergências de nossa doutrina pátria, elaborados por diversos escritores especialistas, mestres, e, doutores no assunto. Tudo isso sem deixar de elaborar as hipóteses viáveis sobre o tema, que é tão atual em nosso contexto histórico e político, trazendo a pesquisa epistemológica informações relevantes para que outros pesquisadores, acadêmicos, estudantes, leitores, e, até curiosos sobre o tema possam tirar suas próprias conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de dinheiro. Bem jurídico protegido. Controvérsia.

ABSTRACT- The purpose of this paper is to systematize a set of knowledge and information about the legal good protected in Law 9,613 / 1998 with the changes envisaged in Law 12,683 / 2012 - the Money Laundering Law, including the concept of crime , and its scope for a better analysis of the arguments presented. The order and extent of the arguments presented are not intended to censor or extol any position of the doctrinators and writers addressed during the accomplishment of the academic work, only aims to demonstrate that such an important subject is still controversial in our legal system. However, the academic work aspired to demonstrate connections and divergences of our homeland doctrine, elaborated by diverse specialists writers, masters, and doctors in the subject. All this without elaborating the feasible hypotheses on the theme, which is so current in our historical and political context, bringing the relevant information so that other researchers, academics, students, readers, and even curious about the subject can take their own conclusions.

KEYWORDS: Money laundering. Protected legal good. Controversy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo é um estudo sistematizado que aborda um tema relevante dentro da doutrina especializada sobre o crime de lavagem de dinheiro no Brasil. Há no país atualmente três correntes doutrinárias distintas que abordam um tema tão relevante, e que hodiernamente está longe de ser pacificado, pois, tende a colocar em lados opostos vários doutrinadores importantes de nossa moderna literatura sobre o tema.

O bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro apresenta diversos aspectos e peculiaridades que merecem ser tratados neste trabalho, tudo com objetivo de orientar o leitor, o estudante, e, o doutrinador a respeito do tema.

Portanto neste artigo definiremos as três correntes majoritárias que embasam o estudo jurídico do tema, traçando um paralelo com as opiniões de diversos autores que trataram do assunto em nossa doutrina pátria.

A partir de então o leitor poderá formular sua própria hipótese para conclusão da problemática que hodiernamente assola a nossa doutrina que insiste em não definir qual é realmente o bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de dinheiro, tudo isso, sem deixar de expor o nosso entendimento sobre assunto tão abordado no meio acadêmico e técnico de nosso sistema criminal.

O objetivo de nosso trabalho é trazer a lume, descortinar de uma vez por todas, um assunto que de tão importante gera controvérsia até hoje no meio jurídico e acadêmico, e, que se encontra na sombra da própria definição do crime de lavagem de dinheiro, com o escopo de incitar, fomentar a discussão sobre qual teoria mais se assemelha a vontade do legislador, no momento de elaboração da norma penal incriminadora.

A metodologia utilizada foi abordagem qualitativa, através da análise de palavras e analise subjetiva, além da pesquisa exploratória em diversos autores de nossa doutrina, que discutiram com propriedade a respeito de tema, elaborada por meio da interpretação de livros, e artigos publicados na internet.

Desta forma elaboramos o trabalho em tópicos, inicialmente iremos abordar o conceito do crime de lavagem de dinheiro atualmente previsto na Lei nº 9.613/1998 com as alterações previstas na Lei 12.683/2012, a definição do bem protegido juridicamente, posteriormente trataremos da primeira corrente que tem como objeto protegido a ordem sócioeconômica, a segunda corrente que defende a tese da proteção a administração da justiça, e, a terceira corrente que aborda a pluralidade de proteção a bens jurídicos. Por fim, traremos nosso posicionamento a cerca do tema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CONCEITO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Não é segredo para nenhum acadêmico ou operador do direito que o conceito do crime de lavagem de dinheiro no Brasil, foi concebido na elaboração da Lei 9.613/1998 com as alterações previstas na Lei 12.683/2012, no seu artigo 1º, que diz o seguinte: "Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal" (Brasil, 2012).

A lavagem de dinheiro, ou branqueamento de capitais no Brasil, é o mecanismo ou artifício que afasta os bens, direitos ou valores, de sua origem ilícita, nas palavras dos ilustres autores Badaró & Bottini, (2019, p. 25): "considera-se lavagem de dinheiro, o mecanismo de mascaramento dos recursos de origem ilícita".

Ainda segundo Conserino, Vasconcelos e Magno (2011, p.3): "o processo de lavagem de dinheiro visa, em última análise, disfarçar e camuflar a origem criminosa dos valores que geram benefícios patrimoniais para o lavador de dinheiro."

Não obstante os brilhantes doutrinadores acima citados tenham tentado definir a lavagem de dinheiro de forma concisa, ou apenas reproduzindo o texto legal, preferimos o conceito do autor Thiago Cardoso de Castro (2015) que definiu assim: "a lavagem de capitais, como dito anteriormente, nada mais é do que atividade que consiste em desvincular a origem ilícita do dinheiro para que este possa ser aproveitado como se tivesse sido obtido de maneira legal."

Portanto concluímos grosso modo, que a lavagem de dinheiro ou o branqueamento de capitais, é a conduta que tem por objetivo, esconder, afastar, confundir, dinheiro, bens e/ou valores conseguidos por meio da prática de infrações penais, com o objetivo de poder posteriormente utilizá-los de forma lícita.

Desse modo, os organismos criminosos, utilizam-se desse mecanismo para gerar riqueza para o grupo, escondendo, dissimulando dinheiro, bens, e valores, de suas atividades ilícitas, seja do tráfico de drogas, do roubo, do sequestro, do homicídio, para poder usufruir de tais riquezas sem que possam levantar suspeitas das autoridades públicas, e até da sociedade em determinada região ou país.

Segundo nossos maiores doutrinadores, consenso é que o crime de lavagem de dinheiro possui ao menos três fases: ocultação, dissimulação e integração dos bens à economia formal.

A primeira fase é a ocultação, que segundo Badaró & Botinni (2019, p. 28) a define como "o movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminosa, com

alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente, ou outras condutas similares"

Ainda de acordo com Conserino, Vasconcelos e Magno (2011, p.21), a primeira fase, "[...] trata-se da separação física entre o produto de um dos crimes previstos, e seu agente, visando, pois, desvinculá-lo do crime antecedente". Em resumo, é nesta fase que o agente criminoso afasta os bens e valores de sua proximidade, bem como da proximidade da atividade criminosa que os deu origem.

Já na segunda etapa, segundo nossos doutrinadores, o objetivo é a dissimulação, ou seja, o engodo. Visa o agente lavador realizar várias operações no sentido realmente de mascarar e tornar mais difícil o rastreamento dos valores, de acordo com Mendroni (2018, p.76) "o agente desassocia o dinheiro de sua origem – passando-o por uma série de transações, conversões e movimentações diversas, no sentido de afastar o dinheiro de sua origem ilícita".

Para os autores Conserino, Vasconcelos e Magno (2011, p.21), que denomina tal fase de "[...] *Layering,* e, é nesse momento que o agente, objetiva a dissimulação e a encoberta da origem ilícita dos bens, direitos e valores provenientes dos crimes antecedentes, a fim de que a origem dos mesmos não seja descoberta." É nessa segunda etapa em que é observada a engenhosidade do criminoso, ou da organização criminosa, pois, nessa etapa, se verifica a maior quantidade de transações e movimentos de valores visando afastar cada vez da origem ilícita, os valores e o dinheiro conseguido.

Por fim a terceira fase chamada de integração segundo nossa doutrina é a etapa na qual o agente lavador integra ou insere os valores na economia formal, dando uma aparência de licitude aos valores percebidos. Segundo Conserino, Vasconcelos e Magno (2011, p.21) "nessa etapa o agente introduz definitivamente aquele dinheiro sujo na economia formal, e, efetivamente começa a desfrutar os benefícios financeiros como se lícitos fossem."

E assim define Mendroni (2018, p.78) nesse ciclo "o agente cria justificações ou explicações aparentemente legítimas para os recursos lavados e os aplica diretamente na economia legítima, sob a forma de investimentos ou compra de ativos"

Portanto, superadas as definições do crime e a conceituação das etapas do processo criminoso da lavagem de dinheiro, seguiremos para a definição de bem jurídico, sem antes passar, em linhas gerais a modificação mais importante, no nosso ponto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de vista, que trouxe a Lei nº 12.683/2012, que versa sobre a determinação do crime antecedente.

Vale a pena destacar que antes do advento da Lei nº 12.683/2012, existia um rol taxativo de crimes que eram determinantes para se imputar a conduta criminosa da lavagem de dinheiro. O legislador original do diploma legal que tipificou o crime de lavagem de dinheiro, elegeu na Lei nº 9.613/98 crimes específicos para isso. Apenas crimes de trafico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, terrorismo ou seu financiamento, o crime de contrabando ou tráfico de armas ou material destinado a sua produção, a extorsão mediante sequestro, o crime contra a administração pública, inclusive a exigência para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos, o crime contra o sistema financeiro nacional, o crime praticado por organização criminosa, e, o crime praticado por particular contra administração pública estrangeira, logo, não se admitia a lavagem de dinheiro para outros crimes que não estivessem elencados no rol original.

Não obstante o rol taxativo, com o passar dos anos, foi notado que as organizações criminosas são dinâmicas, e, com escopo de alinhar a política criminal de nosso país com outros países que também combatiam o crime organizado por meio dos crimes de lavagem de dinheiro, ocorreu a nosso ver a mais impactante mudança na legislação de combate ao branqueamento de capitais, agora, determina a Lei nº 12.683/2012, que toda renda criminosa auferida com qualquer prática criminosa é determinante para responsabilização criminal de seu agente pelo crime de lavagem de dinheiro.

CONCEITO DE BEM JURÍDICO

A partir de então, passaremos agora a relevante lição de definirmos o conceito de bem jurídico, que nada mais é do que tudo aquilo que é considerado valioso como condição perfeita da sobrevivência da ordem jurídica.

Assim, o Tavares (1992, p.81), define:

> O Estado não pode proibir condutas, senão, quando impliquem em lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos, tomados como valores concretos que tornem possível a proteção da pessoa humana, como seu destinatário final, ou que assegurem a sua participação no processo democrático, sem qualquer referência a um dever geral de obediência.

Partindo do pressuposto de que o bem jurídico é tudo aquilo que é indispensável para o regular funcionamento de uma sociedade, surge uma questão: Como é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

definido esses elementos fundamentais para que a engrenagem social alcance seu desiderato?

Para responder tal questão vamos à lição de Badaró & Bottini (2019, p. 76), que afirma que:

> A Constituição Federal prevê que o modelo de organização política/social/jurídico da sociedade brasileira é o Estado Democrático de Direito (art.1º da CF/88), que assenta seu feixe normativo sobre o respeito à dignidade humana e ao pluralismo, no reconhecimento da possibilidade de coexistência de diferentes mundos de vida e de constituição comportamental, protegidos de qualquer discriminação, desde que não interfiram na liberdade de autodeterminação dos demais membros da comunidade. Em outra palavras, a indicação do pluralismo e da dignidade como valores estruturantes da sociedade brasileira aponta que os bens jurídicos passíveis de proteção penal são aqueles – e somente aqueles – essenciais a preservação e ao exercício da liberdade de autodeterminação do ser humano.

Portanto, em linhas gerais, o conjunto de determinados fundamentos, pressupostos, regras de conduta necessárias ao regular funcionamento da sociedade (bem), de tão importantes, são protegidos e/ou tutelados pelas normas jurídicas em vigor em determinada época daquela sociedade (jurídico), que no nosso caso é a CF/88.

Superado assim, a noção de bem jurídico a partir de agora abordaremos as teorias mais disseminadas em nosso ordenamento jurídico, sobre o bem jurídico tutelado na Lei de lavagem de capitais.

Começando com a primeira que versa sobre a ordem socioeconômica, passando pela segunda corrente que defende a tese da proteção à administração da justiça, e, por fim, a terceira corrente que aborda a pluralidade de proteção a bens jurídicos.

A ORDEM SOCIOECONÔMICA COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Os autores Badaró & Bottini (2019, p.83) indica que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] a percepção de afetação do regular funcionamento da economia pela lavagem de dinheiro é reforçado – segundo esse posicionamento – pela existência de diversas recomendações de foros e institutos econômicos mundiais sobre o tema, e, assim continua o doutrinador, definindo que: [...] por isso, do ponto de vista da ordem econômica, o importante é a capacidade de afetação do sistema econômico pelos recursos ilícitos.

Segundo Conserino, Vasconcelos e Magno (2011, p.17):

> A lavagem de capitais atinge a ordem socioeconômica consubstanciada pelo impacto desastroso que produz na economia, em todos os níveis, considerando-se a violação da livre concorrência, oferta e procura, livre iniciativa, oscilações de preços, estabelecimento de monopólio, entre outros. Os fluxos de capitais de origens escusas colocam em perigo a idoneidade e segurança do sistema financeiro e econômico, já que a livre concorrência resta absolutamente violada à medida que aquele que aufere capital oriundo de crimes acaba se sobrepondo àquele que age na legalidade, e, com isso, levando larga vantagem, se posicionando da melhor forma possível no mercado.

Mencionando sobre o tema, Castellar (2004, p. 162) discorre que:

> No entendimento dos defensores desta linha de argumentação, os valores de origem ilícita seriam obtidos a um custo inferior, pelo que as empresas financiadas por tais capitais se beneficiariam de uma vantagem enorme sobre as empresas criadas com capitais de origem lícita, que têm que se financiar a custos do mercado.

Seguindo este entendimento, De Carli (2012, p. 106-110) defende que:

> O bem a ser tutelado seria a ordem socioeconômica, pois, segundo sua compreensão, a lavagem de dinheiro apresenta quatro implicações: "a) distorções econômicas: pois a lavagem de dinheiro pode resultar em um grande abalo ou até mesmo na perda do controle da economia pelo Estado, pois quem pratica o crime de lavagem disponibiliza produtos muitas vezes com preços inferiores aos de mercado; b) risco à integridade e à reputação do sistema financeiro: problemas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de liquidez aos bancos podem ocorrer quando grandes somas de dinheiro lavado chegam às instituições financeiras ou delas rapidamente desaparecem. Além disso, a lavagem de dinheiro pode 'manchar' a reputação e a confiabilidade de uma instituição financeira; c) diminuição dos recursos governamentais: A lavagem de dinheiro dificulta a arrecadação dos impostos e diminui a receita tributária porque as transações a ela relacionadas ocorrem na economia informal; d) repercussões socioeconômicas: possibilita o crescimento das atividades criminais, o que traz maiores problemas sociais e aumenta os custos implícitos e explícitos do sistema penal como um todo.

De toda sorte, ao fim e ao cabo, para cada autor que defende a tese ora abordada, a lavagem de dinheiro afeta o sistema econômico em diversos setores, uma vez que injeta na economia formal, dinheiro sujo, ou seja, sem os custos operacionais e financeiros da economia do país em que ele é inseminado, trazendo desordem, e inúmeras vantagens para o agente ou a empresa que se utiliza desses recursos.

Passaremos então para a segunda corrente doutrinária mais disseminada em nosso ordenamento jurídico, a linha de raciocínio que defende a administração da justiça como objeto de proteção no crime de lavagem de dinheiro.

A LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Leciona Noronha (1986, p. 347):

> [...] alçando-se como um bem jurídico, a administração da justiça se tem por escopo proteger a atuação, o desenvolvimento natural da instituição, tutelando-a contra fatos atentatórios à sua atividade, autoridade e à própria existência, isto é, contra fatos que a negam e postergam.

Com efeito, o agente lavador de dinheiro busca ocultar patrimônio obtido com atividades ilícitas, e, com essa atuação evita ou dificulta a materialização da conduta criminosa, afetando a atuação investigativa e consequentemente jurisdicional.

De acordo com Castellar (2004, p. 167):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O crime de favorecimento real se assemelha muito com o crime de lavagem de dinheiro, porém, o tipo subjetivo separa o "joio" do "trigo", quando o autor diz o seguinte "que no primeiro caso basta a vontade do agente de prestar auxilio ao criminoso, com o fito de assegurar o proveito do crime, ao passo que na lavagem de dinheiro, a intenção deve ser além de assegurar o produto do crime cometido por terceiros, dar-lhe aparência inidônea, reintegrando o produto do crime na economia formal, como se tivesse obtido licitamente

Na opinião sucinta de Conserino, Vasconcelos e Magno (2011, p.17), "a lei de lavagem de capitais tutela a administração da justiça, uma vez que, o agente pretende se tornar impune ao delito antecedente já cometido, portanto, a ocultação e a dissimulação da origem dos bens estariam afetando a administração da justiça"

Seguindo nessa mesma linha persiste Badaró & Botinni (2019, p.81):

> [...] do ponto de vista dogmático, a proposta confere maior autonomia entre a lavagem de dinheiro e o crime antecedente, ainda que permaneça uma conexão entre ambos, uma vez que a razão da tutela penal será justamente garantir os instrumentos para apuração e julgamento dos delitos anteriores e recuperação de seu produto.

Posição interessante que é adotado na legislação Suíça, e citada pelo autor Mendroni (2018, p. 101):

> [...] que afirma categoricamente que parte da doutrina, especialmente na Suíça, entende que o bem jurídico tutelado é administração da justiça, na medida em que visa suplementar a eficiência na apuração e punição de infrações penais que, reconhecidamente pelo legislador, abalam de sobremaneira a ordem pública, e, não conseguem encontrar, por si só, a resposta adequada da própria administração da justiça com vistas à defesa da sociedade.

Na esteira de pensamento que fundamenta as duas teorias acima, vamos então para a terceira teoria mais citada em nossa doutrina, que une os dois conceitos retromencionados, ou seja, o raciocínio a partir de então será de união entre os dois conceitos, trazendo a pluriofensividade ao crime de lavagem de dinheiro.

A PLURIOFENSIVIDADE DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O significado do prefixo latino "Pluri-, significa 'muitos, vários'" (Dicionário informal, 2011), e define a idéia multifacetária de determinada coisa ou instrumento. Desta forma, entendemos que a teoria da pluriofensividade do bem jurídico protegido no crime de lavagem de dinheiro exprime a comunhão, ou seja, a união de duas ou mais teorias que definem o bem jurídico tutelado no crime de branqueamento de capitais.

Os autores Badaró & Bottini (2019, p.p. 89-91) afirma que na teoria da pluriofensividade, "o bem jurídico nuclear da norma de lavagem de dinheiro é a administração da justiça, ainda que se constate lesão à ordem econômica nos casos"

Diverge então nosso ilustre autor Mendroni (2018, p. 101) que ilustra que "a melhor interpretação é aquela que entende que os crimes de lavagem de dinheiro ofendem ao mesmo tempo, a administração da justiça e a ordem econômica". O autor conclui que os conceitos já mencionados nos capítulos anteriores, "[...] ambas se situam na órbita do bem jurídico tutelado pela lei, tanto na proteção da administração da justiça, bem como na tutela da ordem econômica", Mendroni (2018, p.101)

Outras vozes dissonantes são dos autores Conserino, Vasconcelos e Magno (2011, p.17) que interpretam que: "[...] há outros entendimentos de que o crime de lavagem de dinheiro é pluriofensivo, tutelando mais de um bem jurídico, ou seja, não só os bens jurídicos dos delitos antecedentes, más também a ordem socioeconômica e a administração da justiça"

Por fim, interpreta o autor Thiago Cardoso de Castro (2015):

> A administração da justiça é lesada nas duas primeiras fases da lavagem de capitais, quais sejam, a da separação física do dinheiro e o mascaramento de sua origem. Por mim, na sua última fase que é a reinserção desse dinheiro no mercado financeiro é onde o sistema financeiro é lesionado, daí o fato de se lesionar a ordem socioeconômica, afetando inclusive a livre concorrência de mercado.

Pois bem, depois de revelado todas as ideias e nuances de vários doutrinadores para definir a pluriofensividade do bem jurídico tutelado na norma que incrimina o branqueamento de capitais, chegamos à conclusão mais cética, no sentido de que está longe de um consenso doutrinário a adoção desta teoria em nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma visão geral, das principais teorias que cercam a controvérsia, da definição, sobre o bem jurídico tutelado na legislação de lavagem de capitais no país.

Neste sentido, podemos observar que o conhecimento sistemático é fundamental para que o estudante, o doutrinador e até um leigo consiga se interessar e elaborar seus próprios argumentos sobre as teorias demonstradas, bem como elaborar suas próprias teorias e conclusões sobre o assunto que ainda é muito conflitante no meio acadêmico.

BIBLIOGRAFIA

Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012 (2012). *Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro*. Brasília. 2012. Recuperado em 10 agosto, 2019, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm.

BADARÓ, Gustavo Henrique & BOTINNI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; Comentários a Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*.4.ed. rev.,atual. e ampli.- São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2019.

CONSERINO, Cássio Roberto, VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho, MAGNO, Levy Emanuel. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, (2011)

CASTRO, Thiago Cardoso. *A Lei de lavagem de capitais e o bem jurídico nela tutelado*. (2015). Recuperado em 15 agosto, 2019 de https://jus.com.br/artigos/39793/a-lei-de-lavagem-de-capitais-e-o-bem-juridico-nela-tutelado

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas 2018.

TAVARES, Juarez. *Critérios de seleção de crimes e cominação das penas*. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1992.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal – um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro – A questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Reivan, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 4 São Paulo: Editora Saraiva, 17ª ed., atualizada por Dirceu Mello e Eliane Passareli Lepera, 1986.

INFORMAL, Dicionário. (2011). Recuperado em 10 novembro, 2019 de https://www.dicionarioinformal.com.br/significado/pluri/10892/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MARCUS VINICIUS BALBINO DE OLIVEIRA:
Curso Superior - Cursando Curso de Direito FADAP/FAP - Faculdade de Direito da Alta PaulIsta

RESUMO: O Livro Complementar do Código de Processo Civil de 2015, que trata as Disposições Finais e Transitórias, regula as questões de direito intertemporal, estabelecendo as regras de transição entre o código revogado e o atual e como fica a sistemática e os procedimentos no âmbito processual civil. O legislador buscou estabelecer de forma clara as regras de aplicabilidade quanto à linha de transição entre os códigos, muito embora haja restado determinadas dúvidas que precisaram vir a ser sanadas e esclarecidas pelos tribunais e pelo próprio legislador posteriormente. O fato é que o assunto é motivo de dúvidas para muitos profissionais da área jurídica, quando se deparam com algum processo iniciado sob a égide do antigo Código de Processo Civil, não sabendo exatamente da forma como proceder. Justamente por essa razão, foi pensado e elaborado texto legal a tratar de tais normas transacionais, com o fito de regulamentar essas situações em uma época de transformação, não só entre os códigos, mas também do antigo sistema de autos físicos para o atual sistema de autos eletrônicos.

Palavras-chave: Direito; Intertemporal; Processual; Transitórias.

1 - Introdução

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), em seu Livro Complementar, que trata das disposições finais e transitórias, que se referem mormente à sequência de transição entre os códigos (o de 1973 para o de 2015). O destaque está para a aplicação da lei superveniente aos processos já em transcurso sob a égide do revogado Código de Processo Civil de 1973.

Quanto a isso, denominado no ramo jurídico como direito intertemporal, é possível evidenciar o objetivo de harmonizar o novo CPC com as leis especiais que tenham em seu bojo temática de direito processual ou de direito material.

Ocorre que, logo após o novo Código de Processo Civil de 2015 ter sido aprovado, já se instauraram entraves e discussões doutrinárias acerca de quando seria a sua data inicial de vigência. Contudo, vindo a sanar eventuais dúvidas atinentes a tal assunto, o art. 2º do Projeto de Lei 414/2015 do Senado Federal indicou expressamente como sendo o dia 17 de março de 2016 a data inicial de vigência do novo CPC. Porém, após novas discussões numerosas e debates, o pleno do Superior Tribunal de Justiça decidiu como sendo a data de entrada em vigor do

novo CPC o dia 18 de março de 2016, sendo este o posicionamento definitivo. Isso porque o projeto de lei do Senado Federal não conseguiu seguir adiante, em detrimento do projeto da Câmara dos Deputados ter sido aprovado e se tornado a Lei Federal 13.256/16.

Trazidos à órbita somente esses pontos incipientes quanto às disposições finais e transitórias do novo CPC, já é notável a amplitude da abrangência dos assuntos tratados e do acentuado número de discussões e porfias, por parte da doutrina e também dos Tribunais, quanto aos assuntos que envolvem o tema.

Tanto possível, evitando delongamento desnecessário, tópicos como os supracitados serão abordados no presente trabalho.

Ante tudo o que foi tratado brevemente até o momento, o que indubitavelmente se pode afirmar é que o legislador agiu com prudência e respeito à Constituição Federal, quando da elaboração do novo Código de Processo Civil. Todavia, remanesceram lacunas, oriundas principalmente da amplitude do Direito brasileiro, de modo que nem todos os questionamentos puderam ser sanados com clareza, resultando em posterior preenchimento das referidas lacunas.

2 – Análise dos Artigos

O art. 1.045 do CPC estatui o prazo de 1 ano após a sua publicação para a sua entrada em vigor. Esse prazo de transição e entrada em vigor que serve como um meio de adaptação e preparação para os agentes do Direito para com a nova lei, é chamado de *vacatio legis*. Embora tenha havido intensa discussão doutrinária divergindo a data e entrada em vigor do novo CPC, alguns sustentando sendo o dia 16, outros que seria no dia 17 e uma terceira corrente sustentando que seria no dia 18 de março de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, no dia 2 de março de 2016, decidiu por unanimidade, em sessão administrativa, que a data de entrada em vigor do novo código de processo civil seria no dia 18 de março de 2016. A decisão do STJ foi abalizada pela Lei Complementar n° 95 de 1998, mais precisamente em seu art. 8º (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 961).

O art. 1.046 estabelece que o novo código será imediatamente aplicado aos processos em andamento, contudo sendo a regulamentação do CPC de 1973 resguardada em algumas hipóteses, com o visto de que a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito sejam salvaguardados (AZEVEDO; BORGUEZÃO; MENDONÇA, 2016)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No caput fica nítida a clássica normatização quanto à lei processual no tempo, que disciplina que independentemente de o fato de que o processo tenha sido iniciado sob o manto da lei anterior, a lei processual superveniente será aplicada a esses processos, O parágrafo 1º é uma exceção da regra do caput, pois o novo CPC não prevê mais o procedimento sumário. Em vista disso, os processos regidos pelo procedimento sumário ou especial, proposta antes de março de 2016 e que ainda não tenham sido julgados, até a sentença permanecerão regulados pelo CPC revogado. O parágrafo 2º elucida que a legislação extravagante mantém-se suplementando o novo CPC, não sendo revogada por este. O parágrafo 3º cuida dos procedimentos que, no CPC de 1973, eram regulados pelo CPC de 1939. Tais procedimentos serão regidos pelo procedimento comum do CPC de 2015, na hipótese de os referidos procedimentos não receberem edição de lei especial após vigência do CPC de 1973. O parágrafo 4º refere-se ao amoldamento das remissões ao CPC de 1973 em leis ordinárias para as respectivas remissões do CPC de 2015. Finalizando o art. 1.046, o parágrafo 5º determina que, com o início de vigência do novo CPC, uma lista seja feita com os processos já conclusos, sendo a antiguidade da distribuição respeitada. Tal dispositivo tem por escopo acautelar a efetividade do princípio, previsto no art. 12 do CPC, que prevê o julgamento dos processos em ordem cronológica (DONIZETTI, 2017).

O art. 1.047 determina que, quanto ao direito probatório, continua o CPC de 1973 a ser aplicado para as provas requeridas ou determinadas de ofício anteriormente à entrada e vigor do novo CPC. Destarte, conforme destacado pelo ínclito doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 1460), essa é uma exceção ao princípio do tempo que rege o ato (em latim: *tempus regit actum*), pois as regras do novo Código de Processo Civil só serão aplicadas para aquelas requeridas ou determinadas de ofício desde o início da vigência do novo CPC.

No art. 1.048 estão regulamentados os casos em que haverá preferência de tramitação de feitos, especificamente os idosos (art.71 da lei 7713/88-Estatuto do idoso) e aqueles abraçados pela lei 8.609/90-Estatuto da Criança e do Adolescente (art.152 do ECA), bem como o indivíduo portador de moléstia grave.

O art. 1.049 trata das hipóteses em que a lei especial faça referência a algum procedimento previsto na lei processual sem realizar menção da modalidade procedimental. Neste caso, será entendido como sendo procedimento comum. Outrossim, caso a legislação especial fizer referência ao procedimento sumário, também será aplicado o procedimento comum, haja vista que o procedimento sumário foi revogado com o novo CPC, que não mais divide as espécies procedimentais em sumário e ordinário.

O art. 1.050 conferiu o prazo de 30 dias, contados da entrada em vigor do novo CPC, para os entes públicos efetuarem cadastro no sistema eletrônico do tribunal, de modo a receberem comunicações (citações e intimações) através de meio eletrônico.

O dispositivo legal acima mencionado reflete a adequação do legislador do atual Código de Processo Civil com a nova realidade e a atual tecnologia. É irrefutável que a comunicação dos atos processuais se tornou demasiadamente facilitada e econômica, em comparação com o arcaico e dispendioso modelo de autos físicos, empregado em grande parte do "reinado" do CPC de 1973 (NEVES, 2016, p.2970).

O cerne do aplicador do Direito deve ser interpretar o texto legislativo, a fim de buscar entender a finalidade pretendida pelo legislador, quando da elaboração do texto legal. No caso do art.1050, de modo cristalino depreende-se que o intuito do legislador foi prezar pela facilitação do trâmite procedimental, com vistas à celeridade e eficiência.

Seguindo a mesma base lógica do artigo antecedente, o art. 1.051 traz a mesma obrigação de cadastramento contida no artigo anterior, mas para as empresas privadas. Porém, o prazo de 30 dias é contado da inscrição do ato constitutivo da empresa. Ou seja, o caput só abrange empresas que vierem a ser constituídas após a entrada em vigor do novo CPC. Para aquelas previamente constituídas, o prazo será o do art. 1.050, isto é, da entrada em vigor do novo CPC (OAB/RS, 2015, p. 836).

O art. 1.052 manteve em vigor o procedimento do CPC de 1973 de execução contra devedor insolvente, enquanto não seja editada lei específica

O art. 1.053 é fundado na principiologia jurídica de que se não há prejuízo, a nulidade do ato processual não deve ser decretada. Portanto, referido artigo funciona como linha de transição para a certificação digital.

Igualmente, o art. 1.054 funciona como regra de transição entre os códigos, sendo as questões prejudiciais suscitadas em ação declaratória incidental para os processos iniciados antes da vigência do novo CPC, enquanto que para os processos ajuizados após a vigência do novo CPC, é aplicada a sistemática do novo Código, sendo as questões prejudiciais arguidas na própria sentença (NERY JÚNIOR; NERY, 2018, p. 2410).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O art. 1.055 foi vetado assim sendo, desnecessária é a glosa de um texto jurídico não mais em vigor.

O art. 1.056 trata de questões atinentes à execução fundamentada em título executivo extrajudicial, mais precisamente em seu termo inicial para reconhecimento da prescrição intercorrente.

O art. 1.057 é mais uma regra de transição entre os códigos, esclarecendo que para as decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor do CPC de 2015, serão aplicados os regramentos compreendidos no art. 525, parágrafos 14 e 15 e no art. 535, parágrafos 7º e 8º do novo CPC, enquanto que para as decisões transitadas em julgado antes de sua entrada em vigor, será aplicado o regramento do art. 472-L, 1, parágrafo 1º, bem como o do art. 741, parágrafo único do CPC de 1973.

No art. 1.055 há a decretação de que os depósitos em dinheiro atinentes a ações judiciais que tenha de ser efetuado no nome de parte ou de interessado, preferencialmente na Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil ou em banco que o Distrito Federal detenha mais de 50% do capital social integralizado (em consonância com o art. 840, inciso I), em conta especial, que será movimentada por determinação do magistrado. Evidentemente, quando não for possível o depósito nas referidas instituições, o juiz apontará diversa instituição financeira (BUENO, 2017, p. 1226).

O art. 1.059 traz algumas hipóteses de sobrevida para algumas medidas cautelares aplicadas durante o período de vigência do CPC de 1973, mais precisamente no que tange à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública, hipótese em que serão aplicados os regramentos dos arts. 1º a 4º da Lei 8.437/97, bem como o art. 7º, parágrafo 2º da Lei 12.016/09.

O art. 1.060 traz em seu bojo a modificação da redação do art. 14, inciso II da Lei 9.289/96, com o fito de adequá-la ao art. 1.007 do CPC, que exige que o pagamento das custas seja feito no momento em que o recurso for interposto. Anteriormente, o apelante dispunha de 5 dias para realizar o preparo na Justiça Federal. Como se nota, isso fazia com que houvesse diferença acerca do recolhimento do preparo entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal. A nova sistemática trazida pelo novo CPC resulta em uniformidade do sistema.

O art. 1.061 trouxe uma modificação da redação do art. 33, parágrafo 3º da Lei de Arbitragem, abrindo a possibilidade de que a decretação da nulidade da sentença pudesse ser suscitada na impugnação ao cumprimento de sentença. Contudo, antes da entrada em vigor do novo CPC, a Lei 13.129/15 já havia trazido nova redação ao referido dispositivo da Lei de Arbitragem, com o conteúdo idêntico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ao trazido pelo art. 1.061 do novo CPC, o que, de certo modo, fez com que esse último perdesse a sua eficácia (NEVES, 2016).

O art. 1.062 trata da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto entre os arts. 133 a 137 do novo CPC, para os processos que sejam de competência dos Juizados Especiais.

O art. 1.063 estipula que para os processos que, originalmente, deveriam tramitar sob a égide do extinto procedimento sumário, a competência exclusiva para julgamento é mantida aos Juizados Especiais Cíveis. Tal competência, conforme se extrai pela leitura do artigo, mantém-se até a edição de lei específica.

O art. 1.064 trouxe homogeneidade à sistemática dos embargos de declaração, modificando o art. 48 da Lei dos Juizados Especiais, pois anteriormente era possível a interposição de embargos de declaração nos Juizados Especiais quando fosse suscitada dúvida. A sistemática do novo CPC excluiu a referida "dúvida" como motivo recursal.

O art. 1.065 também traz uma alteração na seara dos Juizados Especiais, elucidando que a propositura dos embargos de declaração é causa interruptiva do prazo para apresentação de outro recurso, não sendo mais causa suspensiva, como anteriormente (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 973).

O art. 1.066 vem na mesma linha dos dois artigos antecedentes, no que se refere ao efeito interruptivo para prazo recursal quando apresentados os embargos de declaração, mas neste dispositivo a referência é para os Juizados Especiais Criminais.

O art. 1.067 trata dos embargos de declaração na Justiça Eleitoral, que tem a redação do art. 275 do Código Eleitoral alterada, não permitindo mais a dúvida como fundamento recursal para os embargos de declaração serem propostos. Ademais, o art. 1.067 do novo CPC cria a possibilidade de multa ser aplicada em caso de os embargos serem manifestamente protelatórios.

O art. 1.068 traz alterações ao Código Civil, no tocante à solidariedade ativa (art. 274 do Código Civil) e também quanto a anulabilidade da partilha por conta dos vícios e defeitos comuns aos negócios jurídicos (art. 2.027 do Código Civil).

O art. 1.069 determinou a realização de pesquisas estatísticas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Tais pesquisas tem o objetivo de mensurar o desempenho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do Poder Judiciário, de forma a conferir a eficácia do atual sistema processual implantado (DONIZETTI, 2017, p. 1449).

O art. 1.070 traz a equiparação de prazos para interposição de agravos, tanto nas leis quanto nos regimentos internos dos Tribunais, estabelecendo o prazo de 15 dias.

Conforme elucidado pela doutrina, o art. 1.071 é mais um dispositivo legal que opta pela descentralização de certos procedimentos do Poder Judiciário. A chamada "desjudicialização" tratada no artigo, possibilita que seja reconhecido a usucapião extrajudicial (tal como as possibilidades de divórcio e inventário extrajudicial), de modo que tal procedimento poderá ser realizado no próprio cartório de registro de imóveis de onde estiver situado o imóvel usucapiendo (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1475).

O art. 1.072, por fim, trata dos textos legais revogados, pois com relação ao CPC de 2015 são incompatíveis. O artigo *per si* é autoexplicativo e menciona pormenorizadamente os dispositivos legais, contrários ao novo CPC, que foram revogados. Deste modo, aparenta ser supervacâneo o escólio minudenciado neste epitomado escrito.

3 – Considerações Finais

A elaboração deste substanciado texto acerca das Disposições Finais e Transitórias do novo Código de Processo Civil resultou no aclaramento de dúvidas e ampliação dos conhecimentos acerca do tema tratado, haja vista que, embora sucinta, a dilucidação foi deveras concisa e direta, de modo a legar um conhecimento base para o leitor.

De elevada importância é a exposição do referido assunto, tanto pela obtenção do entendimento acerca das regras e diretrizes pertencentes ao procedimento analisado, quanto para o enriquecimento bibliográfico, dada a escassez de obras que tratam o tema centralizadamente.

Nessa perspectiva, a compreensão da aplicabilidade do Código de Processo Civil de 2015 para questões de direito intertemporal fez com que ficasse mais nítida a reunião de regras de transição entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015, pois mesmo nos dias atuais temos em curso processos iniciados na vigência do revogado CPC de 1973. Por conseguinte, absolutamente imprescindíveis seriam as normas reguladoras das referidas situações.

Desse modo, inequívoco é o fato de que o sistema processual brasileiro, acompanhando a evolução natural da tecnologia e do mundo, adentro a uma nova

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"época de maravilhas", com a entrada em vigor do novo CPC, abandonando o retrógrado sistema, símbolo de uma era findada.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Flavio Olimpio de; BORGUEZÃO, Suzi Eliza da Silva; MENDONÇA, Fernando Hideki. Disposições Finais e Transitórias (art. 1045 a 1072). Disponível em: <https://www.direitocom.com/novo-cpc-comentado/disposicoes-finais-e-transitorias>. Acesso em 9. nov. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTENEGRO FILHO Misael. Novo Código de Processo Civil comentado. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado - 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. III. 50. ed.rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA: O LEGÍTIMO FUNDAMENTO PARA A DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA COM INDENIZAÇÃO EM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA

PAULO MARTINS BRASIL FILHO: Especialista em Direito Tributário.

Trabalho de conclusão do Curso de Pós-graduação em Direito Público da Faculdade Unyleya, sob a orientação da Professora **Conceição Rejane Miranda da Cruz**.

RESUMO: O legislador constituinte da Carta de 1988 assentou um rol expresso de direitos e garantias fundamentais explícitos, entre os quais está o direito de propriedade, também consignado, pelo Código Civil de 2002, como direito real. A mais tenra análise histórica da evolução interpessoal humana pode, sem prejuízo da relevância de outras liberdades essenciais, revelar que o desenvolvimento socioeconômico de um povo, nação ou comunidade, passa, fundamentalmente, pela possibilidade de negociar aquisições, de granjear coisas ou bens a que se possa atribuir valor patrimonial. A essencialidade destes atos de transferência ou repasse geral do domínio sobre algo, nas antepassadas e correntes relações multipessoais, é extremamente intuitiva, assim desvelando-se na medida em que aqueles atos representam a circulação, local, regional ou nacional, de riquezas e bens dotados de valor econômico, detendo a plena capacidade, proporcional ao respectivo volume de operações, de impulsionar, ainda que setorialmente em alguns casos, o desenvolvimento econômico social. Seja no contexto das primordiais operações de escambo comercial ou no âmbito das mais recentes modalidades de contrato de transmissão da titularidade de bens, permanece evidente sua a importância financeiro-econômica, notadamente pelo fato de significar a atribuição de diversas prerrogativas de soberania gerencial sobre o bem ou coisa dominada. E é esse conjunto de prerrogativas, objetivado nas negociações exemplificadas, antigas ou modernas, que pode ser compreendido, grosso modo, como propriedade. Embora exígua, desta explanação é fácil denotar o porquê da constitucionalização do direito de propriedade como direito fundamental. Na vigente ordem constitucional brasileira, a propriedade recebe uma disciplina jurídica específica quando inserida em zonas urbanas e um outro tratamento especializado quando localizada em áreas rurais. No âmbito urbano, o que efetivamente interessa a este trabalho, o constituinte originário outorgou aos Municípios a capacidade e competência para fiscalizar e administrar o controle das relações urbanísticas em geral, inclusive, sobre o exercício privado do direito de propriedade urbana, objetivando assegurar o bem-estar da coletividade local e manter a preservação da organização da cidade, concretizando-se a primazia do interesse público. A atividade fiscal dos Municípios,

nesse contexto, é amparada por um regulamento constitucional e infraconstitucional diferenciado, mas, fundamentalmente, pelo princípio da função social da propriedade urbana. A função social da propriedade, também prevista no texto constitucional como direito (*principiológico*) coletivo fundamental, consubstancia o contrapeso da propriedade, finalisticamente voltada a frear os excessos do exercício desmedido do domínio privado. É preceito que tem aplicação específica, no âmbito urbanístico, para municiar o Município de legitimidade jurídica na determinação das medidas de polícia voltadas a assegurar o permanente aproveitamento do solo urbano. Quanto aos excessos do proprietário urbano, a aplicação da função social como ponto equilibrante é inquestionável, podendo licitar, inclusive, a eliminação da propriedade particular. E, conforme detalhamento seguinte, ante ao caráter especialíssimo do regime jurídico da propriedade urbana, a função social poderá abonar até mesmo as desapropriações motivadas pela eventual falta de uso ou utilização inadequada do imóvel urbano, em caráter sancionatório, tratando-se de instituto de ampla abrangência e eficácia jurídicas.

ABSTRACT: The constituent legislator of the Charter of 1988 established an explicit role of explicit fundamental rights and guarantees, including the right to property, also recorded by the Civil Code of 2002, as a right in rem. The more tenuous historical analysis of human interpersonal evolution can, without prejudice to the relevance of other essential freedoms, reveal that the socioeconomic development of a people, nation or community, fundamentally passes through the possibility of negotiating acquisitions, of obtaining things or goods to which may be attributed equity value. The essentiality of these acts of transfer or general transference of dominion over something in the ancestral and current multipersonal relations is extremely intuitive, thus revealing itself to the extent that those acts represent the local, regional or national circulation of wealth and gifted goods of economic value, holding the full capacity, proportional to the respective volume of operations, to impel, although sectorally in some cases, social economic development. Be it in the context of the primordial commercial barter operations or in the scope of the most recent modalities of contract of transmission of the ownership of goods, it remains evident the financial-economic importance, notably because it means the attribution of several prerogatives of managerial sovereignty over the asset or dominated thing. And it is this set of prerogatives, objectified in exemplified negotiations, old or modern, that can be roughly understood as property. Although it is small, from this explanation it is easy to denote the reason for the constitutionalisation of the right of property as a fundamental right. In the current Brazilian constitutional order, property receives a specific legal discipline when inserted in urban areas and another specialized treatment when located in rural areas. In the urban context, what really interests this work, the original constituent

granted the Municipalities the capacity and competence to supervise and manage the control of urban relations in general, including, on the private exercise of the right of urban property, aiming to ensure the good -establishing the local community and maintaining the preservation of the organization of the city, concretizing the primacy of the public interest. The fiscal activity of the Municipalities, in this context, is supported by a differentiated constitutional and infraconstitutional regulation, but, fundamentally, by the principle of the social function of urban property. The social function of property, also foreseen in the constitutional text as a fundamental collective (fundamental) right, constitutes the counterweight of property, which is ultimately aimed at curbing the excesses of the excessive exercise of the private domain. It is a precept that has specific application in the urban area to provide the Municipality with legal legitimacy in determining the police measures aimed at ensuring the permanent use of urban land. As for the excesses of the urban owner, the application of the social function as a balancing point is unquestionable, being able to even bid for the elimination of private property. And, according to the following detail, given the special character of the legal regime of urban property, the social function may pay even the expropriations motivated by the eventual lack of use or inadequate use of urban property, as a sanctionatory, scope and effectiveness.

Keywords: Property. Right. Fundamental. Function. Social. Limit.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 EXPLANAÇÃO DOS ASPECTOS GERAIS DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 1.1 O Direito Fundamental de Propriedade. 1.2 O Princípio da Função Social da Propriedade enquanto Direito Fundamental Coletivo. 1.3 Análise Prática da Relação Oposicional entre a Propriedade e sua Função Social no Âmbito Municipal Urbanístico. 2 BREVE ELUCIDAÇÃO HISTÓRICA DO SURGIMENTO DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DA PROPRIEDADE NO PLANO INTERNACIONAL E NO BRASIL. 2.1 O Movimento Constitucionalista e o Advento dos Direitos Fundamentais. 2.2 A Correlação Direta entre o Regime Político Democrático e o Sistema Protetivo dos Direitos Fundamentais. 2.3 A Caracterização Básica da Propriedade e sua Função Social na Sistemática Constitucional Social-

Intervencionista Brasileira. 3 A PROPRIEDADE NA DISCIPLINA INFRACONSTITUCIONAL DO CÓDIGO CIVIL E DO ESTATUTO DA CIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL COMO LEGÍTIMO FUNDAMENTO DA ATIVIDADE MUNICIPAL DO ART. 182, § 4º, DA CRFB/88. 3.1 A Normatização Civilista do Direito Real de Propriedade. 3.2 O Paralelo entre a Atividade Municipal fundada no Art. 182, § 3º, e aquela baseada no Art. 182, § 4º, da CRFB/88. 3.3 A Atuação Municipal de Controle do Art. 182, § 4º, da CRFB/88, é fundada no Poder Administrativo de Polícia. 3.4 As Medidas Interventivas do Art. 182, § 4º, da CRFB/88, e a Aplicação da Função Social da Propriedade Urbana, como Base à Imposição do Adequado Aproveitamento do Solo Urbano. DISCUSSÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O art. 182, *caput*, da Constituição Federal de 1988, prevê que a política de desenvolvimento urbano será levada a efeito pelos Municípios, observadas normas gerais de lei federal, editada pelo Congresso Nacional.

Ainda segundo o referido dispositivo, a política urbanística tem por fim maior ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, o que deve ser continuadamente perseguido pelos Municípios como forma de realização de sua missão institucional.

Do que se pode aferir o caráter não facultativo do princípio da função social da propriedade, para efeito da normatização urbanística. Este se impõe obrigatório e vincula a atuação dos Municípios no sentido do dever de fiscalizar o uso do solo urbano, nas propriedades particulares inseridas em áreas urbanas ou de expansão urbana.

Nesta esfera é que insurge o embate entre os limites imanentes ao dever de vigilância municipal e o regimento constitucional e legal do direito de propriedade particular, marcantemente especializado e distinto, frente a outras liberdades públicas e direitos assemelhados.

É no âmbito específico da relação urbanística entre Município fiscalizador e proprietário particular fiscalizado que importa analisar a legitimidade jurídica, para além de parâmetros estritamente centrados em normas-regra, das faculdades e cautelas legalmente disponíveis ao Poder Executivo local para fazer valer o contínuo aproveitamento dos espaços e imóveis urbanos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Isto tendo em vista, entre outros aspectos, que as referidas providências poderão, no limite das medidas possíveis, implicar a total perda da propriedade imóvel, com irreparável prejuízo ao seu titular.

Tal hipótese estaria efetivamente legitimada dentro da conjuntura jurídica nacional, notadamente em face da reconhecível insígnia constitucional e legal incidente sobre o direito de propriedade? É o exame que se faz a seguir.

1 EXPLANAÇÃO DOS ASPECTOS GERAIS DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988, na qualidade de documento instaurador e assegurador do regime democrático de governo, consagra uma série de direitos voltados à proteção da sociedade popular.

Entre os quais têm destaque os direitos fundamentais, mais reconhecidos como sendo aqueles destinados a concretizar os princípios essenciais da base social democrática, como o da Dignidade da Pessoa Humana, ressalte-se de passagem, já há muito alçado à condição de Postulado Internacional dos direitos humanos.

1.1 O Direito Fundamental de Propriedade

A Carta Federal cidadã consagra um rol expresso de direitos fundamentais, sem prejuízo dos que dali restam implícitos, acionáveis tanto em âmbito individual quanto coletivo, mediante a vindicação das respectivas garantias, também patentemente consignadas no texto magno

O Poder Constituinte Originário instituiu diversos direitos e garantias individuais e coletivos fundamentais, notadamente entre os artigos 5º e 17, do Título II, da CRFB/88, dos quais vale nesta oportunidade ressaltar o Direito de Propriedade. À literalidade do dispositivo constitucional do art. 5º, XXII, tem-se que: "*é garantido o direito de propriedade*".

Em que pese os direitos de cunho constitucional revelarem-se com uma maior densidade jurídica quando em paralelo aos de índole estritamente legal ou infralegal, sendo isso uma decorrência natural da própria supremacia formal das normas constitucionais, eles não assumem um caráter absoluto, podendo ser pontualmente relaxados, a depender do caso concreto e da natureza da aparente contradição entre dois ou mais direitos consagrados em norma da Constituição.

A relativização dos direitos estatuídos na Constituição Federal, inclusive daqueles expressamente listados como fundamentais, pode ser vislumbrada, no mais extremado exemplo, no próprio fato de o direito à vida, mais relevante bem

jurídico da esfera de direitos de qualquer cidadão no mundo (*e expresso do caput do art. 5º, da CRFB/88*), não prevalecer frente à aplicação da pena de morte em caso de guerra declarada, presentes as respectivas hipóteses de cabimento, segundo prevê o mesmo art. 5º, XLVII, "a", da CRFB/88.

Pelo seu caráter extremamente excepcional, vale conferir o teor expresso da referida disposição, literalmente: "*XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX*".

Com efeito, o Direito de Propriedade, inobstante levantado ao patamar de direito fundamental explícito, não se encerra absoluto ou inarredável, a exemplo dos demais de mesma categoria, sendo plenamente passível de mitigação pontual.

No entanto, não desconsiderada a relevância dos bens jurídicos fundamentalmente protegidos pela ordem constitucional, a relativização do direito de propriedade não pode ser vulgarizada, devendo amparar-se em causas juridicamente relevantes e imbuídas de um impacto metaindividual, efetivamente habilitadas a ensejar a inferiorização casuística de um direito munido de características especiais e tutelado de forma diferenciada.

1.2 O Princípio da Função Social da Propriedade enquanto Direito Fundamental Coletivo

O principal fundamento para a atenuação da eficácia jurídica do direito de propriedade é derivado de outra norma de natureza constitucional, inserida no mesmo art. 5º (*inciso XXIII*), da Constituição Cidadã, e consiste na Função Social da propriedade, norma-princípio explícita do texto maior. Conforme o sobredito dispositivo, "*a propriedade atenderá sua função social*".

Ora, se a própria Constituição Federal determina que a propriedade deve atender a uma função social, não é difícil concluir que o referido direito fundamental haverá de ser restringido na medida em que for exercido com violação a outros direitos fundamentais de ordem supraindividual, coletivos ou difusos, direta ou indiretamente relacionados à sociedade local, regional ou até nacional.

Pelo que se nota que a função social da propriedade configura importante redutor constitucional da esfera jurídica do direito de propriedade, não à toa insculpida no corpo do mesmo art. 5º, da CRFB/88.

Deste modo, se o preceito do fim social da propriedade, de um lado, consubstancia óbice jurídico-constitucional ao gozo desregrado da propriedade, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

outro, projeta uma proteção fundamental sobre os interesses transpessoais correlacionados à hipótese fática de eventual excesso ou inutilização de domínio, visto que tais interesses são resguardados pelos mesmos mecanismos constitucionais de garantia e efetivação de direitos fundamentais sob iminente ou efetiva violação.

Tendo em conta o referenciado limitador, consistente no dever de cumprimento de sua finalidade social, o exercício da propriedade, na forma de direito eminentemente individual ou relacionado a uma categoria limitada de beneficiários, fica condicionado à não violação das prerrogativas, interesses ou direitos de outros indivíduos ou grupos sociais entornados, em suma, à não causação de prejuízos a terceiros, mediata ou imediatamente abrangidos.

Apenas o fato supramencionado já seria capaz de revelar, minimamente, uma importância socioeconômica atrelada não somente à propriedade, cumulativamente positivada como princípio geral da Ordem Econômica (*art. 170, II, CRFB/88),* mas também à respectiva função social.

Não por acaso, o princípio magno da função social do domínio, igualmente à propriedade, além de constituir um direito fundamental também cumula a figura de princípio geral do ordenamento econômico, nos termos do art. 170, III, da CRFB/88, perfazendo-se parâmetro, de caráter negativo (*porque limitador de outro direito*), indispensável ao equilíbrio das relações econômicas.

Diante disso, não é difícil compreender o porquê da positivação constitucional da função social da propriedade. Esta objetiva, em sentido amplo, restringir o exercício do direito de propriedade aos casos desprovidos de abuso ou desproporção no uso das prerrogativas inerentes, servindo, principalmente, para tutelar interesses gerais ou coletivos mesmo no contexto do exercício de um direito preponderantemente individual: a propriedade ou domínio sobre bens por pessoa, natural ou jurídica.

1.3 Análise Prática da Relação Oposicional entre a Propriedade e sua Função Social no Âmbito Municipal Urbanístico

Para além da evidente relevância do princípio do art. 5º, XXIII, da CRFB/88, em caráter de contrabalanço ao livre exercício da propriedade, inclusive para fins sócio-econômicos, interessa ponderar acerca da efetiva legitimidade deste preceito limitador em outras vertentes de sua aplicação.

Isso porque a função social também poderá constituir fundamento para o controle público da propriedade do qual resulte não apenas meros condicionamentos ao seu exercício, mas a própria subtração deste direito e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

respectivo bem dominado, ao resultado de considerável diminuição do acervo patrimonial particular envolvido, haja vista compreender a extinção da titularidade sobre bens imóveis privados.

Conforme as normas da legislação constitucional e federal a serem posteriormente analisadas, os Municípios da federação brasileira poderão, no campo da execução das políticas urbanas, chegar ao ponto de suprimir o direito de propriedade como a contramedida mais séria à violação da parcela social que lhe toca, mediante o instituto da Desapropriação estatal de bens particulares, exatamente em razão de descumprimento da função social.

Isto se diz ao passo em que existem situações inequívocas, inclusive expressas do texto constitucional, nas quais o consectário para a não concretização da finalidade social da propriedade constitui-se na irrevogável perda do domínio do imóvel urbano, elididas, que sejam, todas as facetas jurídicas da proteção especial que repousa sobre esse direito fundamental, no ordenamento vigente.

Neste sentido, cumpre esclarecer que o constituinte originário preferiu indicar os pressupostos necessários à efetiva configuração da função social da propriedade.

Para aquela inserida em área urbana, os requisitos são uns e, para a localizada em zona rural, são outros. Em relação aos bens dominados em áreas com características e finalidade urbanas, o atendimento "*às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*" é suficiente para assegurar, numa perspectiva ampla, genérica e complementável, a observância do pluricitado princípio, nos termos do art. 182, § 2º, da CRFB/88.

Elucidando, apenas de passagem, o mesmo fenômeno jurídico em âmbito rural, cumpre dizer que a efetivação da norma do art. 5º, XXIII, CRFB/88, quanto às propriedades rurais, dependerá do cumprimento dos seguintes requisitos expressos, a teor do art. 186, do mesmo documento, a saber:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> I - aproveitamento racional e adequado;
>
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Sem desmerecer a relevância da necessidade do cumprimento da função social da propriedade em zona rural e respectivos mecanismos de efetivação indireta pelo estado, esta pesquisa delimita o campo de sua avaliação nos aspectos ligados à intervenção pública municipal sobre a propriedade para fins urbanísticos (*artigos 182 e 183, da CF/88*).

A atuação do poder público municipal baseada nos artigos 182 e 183, da CRFB/88, pode assumir tanto um caráter eminentemente político, visando à implementação de políticas públicas previamente formuladas (183, § 3º), quanto deter uma natureza inspecional, de controle e supervisão sobre a conduta do proprietário quanto ao uso do imóvel urbano (182, § 4º), à luz da realização da função social da propriedade.

No primeiro caso, o Município tem a faculdade constitucional de transferir para si a propriedade de determinado imóvel privado, pela via da desapropriação urbanística (*mediante prévia e justa indenização em dinheiro; art. 182, § 3º, CF/88*).

Nesta hipótese, o Município objetiva utilizar o bem, ou o espaço urbano a ele correspondente, como um possível meio concreto de realização das atividades municipais ordinárias, voltadas, a final, à realização de obras públicas, prestação de serviços públicos e outorga de outras disponibilidades à sociedade local, num atendimento apenas secundário de seus anseios mais gerais e amplos.

Em tese, a aplicação do princípio da função social é apenas mediata ou transversal, visto que, na realidade, o fim direto da supressão do domínio privado é municiar o poder público de mais um instrumento de governança urbanística, a ser discricionariamente utilizado na transversão dos recursos públicos em comodidades populares, na medida da efetiva necessidade e conforme o respectivo planejamento político de governo.

É o que se vislumbra quando, ato contínuo à desapropriação, o Município providencia a construção de prédio para funcionar como sede administrativa de órgão ou entidade municipal, otimizando a prestação de serviços à população. Ou, ainda, quando se faz a instalação, em lugar do bem desapropriado, de equipamentos de mobilidade urbana, mobiliários de acessibilidade, entre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Neste caso do art. 182, § 3º, da CRFB/88, a intervenção municipal supressiva do direito de propriedade de um, ou alguns poucos indivíduos, se dá em favor do poder público do Município, se baseando, pode-se concluir, no interesse público secundário, é dizer, do Município expropriante. Apenas potencialmente vem a servir aos intentos gerais da comunidade, e somente quando efetivamente convertida a ação expropriatória em bem jurídico tutelado à coletividade local.

Isto é, não se trata da imposição estatal de termos, condições ou pressupostos de utilização, ao agente particular, porquanto este permaneceria no domínio da coisa, não obstante os condicionamentos.,

Diferentemente, o dispositivo constitucional supracitado legitima a própria extinção do direito de propriedade particular, com a transferência da titularidade ao poder público, doravante responsável por decidir, na sede do mérito administrativo, a melhor destinação para o bem recém-incorporado ao seu acervo patrimonial.

Para além disso, na mesma esfera urbanística, mas para a atender a finalidade diversa e agora com base no art. 182, § 4º, CRFB/88, aos Municípios também é dado intervir sobre o patrimônio imobiliário particular em caso de comprovada inadequação do uso do solo urbano pelo proprietário.

Esta má utilização configuraria tipo expresso, do texto constitucional, de descumprimento do princípio da função social da propriedade urbana, e ensejaria a aplicação sucessiva de medidas de ingerência, no limite das quais estaria a desapropriação com o pagamento de indenização em títulos da dívida pública, sem garantia de recebimento prévio à desocupação, num cenário claramente mais gravoso ao administrado perdedor da propriedade.

Pela importância, vale a transcrição literal da regra do art. 182, § 4º, CRFB/88, fundamento constitucional autorizador das atividades municipais de polícia voltadas à imposição do atendimento da função social da propriedade urbana quanto à destinação e forma de uso do solo urbano, senão vejamos:

> § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:
>
> I - parcelamento ou edificação compulsórios;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
>
> III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Na espécie consignada acima, a conduta expropriatória do ente municipal, a título de terceira e mais extremada medida de coerção ao cumprimento do fim social da propriedade urbana, baseia-se no poder administrativo de polícia, assumindo um caráter claramente fiscal e de controle das faculdades privadas de gestão do espaço urbano pelo proprietário.

Contexto no qual, conquanto cabível controvérsia, o atendimento imediato ao interesse público primário local, que é o inerente e fundamental ao essencial desenvolvimento da sociedade municipal, detém a primazia, constituindo o fundamento direto da ação expropriatória do Município.

Relevada discussão que envolva as duas primeiras medidas do art. 182, § 4º, da CRFB/88, a desapropriação com indenização paga em títulos da dívida pública (*sem precedência obrigatória à desocupação*) ocorre num plano de fundo flagrantemente diferente daquele que envolve a perda da propriedade fundada no art. 182, § 3º.

Isto em razão de configurar atuação fiscalizadora que se volta, ao fim e ao cabo, à distribuição de benefícios sociais como fim maior, mediante ação pautada no intento principal de controlar a administração e uso privados irregulares dos espaços urbanos particularmente adquiridos.

Nada obstante à relevância do controle público sobre o exercício privado da propriedade, essa hipótese levanta questão acerca da efetiva existência de legitimidade, proporcionalidade e razoabilidade na adoção municipal desta última medida interventiva.

Haja vista significar a elisão irretroativa do domínio imobiliário particular pela via indenizatória de títulos da dívida pública, com resgate condicionado e prescritível, segundo será detalhado no decorrer desta análise monográfica.

O que convém indagar, nessa linha, é se o tão só não aproveitamento de um bem urbano validamente adquirido deveria ter o pesado condão jurídico para fundamentar a eliminação unilateral forçada da propriedade. Pois é o que ocorre

na prática, quando recalcitrar o não aproveitamento do solo urbano pelo proprietário já subserviente aos efeitos coercitivos das duas primeiras providências do art. 182, § 4º, da CRFB/88.

Ainda mais quando se sabe operada a transferência do domínio imobiliário ao patrimônio municipal pela via de desapropriação compensada com pagamento em títulos de emissão da dívida pública, como antecipado, com resgate limitado a prazo certo e em parcelas estáticas, iguais e sucessivas.

Delimitado o escopo desta pesquisa ao caso específico das propriedades localizadas em área urbana ou de expansão urbana, relativamente às quais atribuída competência constitucional fiscalizatória aos municípios, cumpre analisar os fundamentos jurídicos sustentadores da legitimidade conjuntural, da razoabilidade estrutural das medidas disponibilizadas aos Municípios, limitadoras e até extintoras do domínio urbano privado, para efeito do cumprimento coativo da função social da propriedade.

Derradeiramente, afirma-se que o marco teórico da presente averiguação científica, em vista dos limites do tema anteproposto, basicamente gira em torno das normas constitucionais e infraconstitucionais federais que regulamentam de maneira relevante, em caráter genérico ou específico, o instituto da propriedade urbana e respectiva função social, no ordenamento pátrio.

Pelo que, analisando as concepções gerais da propriedade na legislação aplicável, presente na Constituição Federal e em documentos legais federais reguladores, e as lições doutrinárias mais destacadas, impende discutir, subsecutivamente, o liame e a consistência jurídica, numa perspectiva global da corrente ordem normativa, a relação de equilíbrio entre as normas constitucionais dos artigos 5º, XXII e XXIII, e 170, II e III, CRFB/88.

Normas magnas as quais, de um lado, consolidam a propriedade como direito fundamental e princípio geral da ordem econômica (*propriedade privada, especificamente*), indiscutivelmente imprescindível ao regular desenvolvimento das atividades que integram a econômica brasileira e, de outro, impõem o princípio da função social da propriedade como elemento público relaxador do seu normal exercício particular, também princípio-base da ordem econômica, como o principal motivador da polícia administrativa municipal para os fins do art. 182, § 4º, da CRFB/88.

Para o que se faz necessário considerar, na posterior discussão e para o fim da conseguinte conclusão, entre outros diplomas legislativos importantes, as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

definições e conceitos básicos relacionados ao instituto da propriedade trazidos pelo Código Civil brasileiro, lei ordinária federal nº 10.406/02.

Antecipe-se que a codificação privada o classifica como Direito de natureza Real, existindo intrinsecamente aos elementos da coisa ou objeto dominado, a despeito da pessoa titular. Fato que, indubitavelmente, só realça a especialidade e distinção deste direito constitucional, peculiarizando-o diante da atuação controladora do Município nos espaços urbanos.

2 BREVE ELUCIDAÇÃO HISTÓRICA DO SURGIMENTO DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DA PROPRIEDADE NO PLANO INTERNACIONAL E NO BRASIL

A República Federativa do Brasil, instaurada nos moldes da Constituição Federal de 1988, é arregimentada por diversos princípios fundamentais, expressos dos incisos do art. 1º, da Carta constitucional.

Indubitavelmente, entres os citados princípios-base, expõe-se, em destaque, a Dignidade da Pessoa Humana. Mais que um princípio e de vigência supranacional, o instituto constitui uma das vigas mestras da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, na cidade de Paris (*França*), por meio da Resolução 217 A (III).

A atual importância atribuída, nos âmbitos interno e internacional, ao axioma da dignidade humana não resulta do acaso, mas tem o seu nascedouro nos deletérios e insustentáveis desdobramentos dos conflitos armados multinacionais, que se desenrolaram no decorrer do último século, de todo incompatíveis com a tendência de amadurecimento ideológico da civilização mundial moderna e pós-moderna.

2.1 O Movimento Constitucionalista e o Advento dos Direitos Fundamentais

Para além das mais remotas tentativas de juridicização internacional de normas protetoras de direitos humanos, como é o caso, por exemplo, do Tratado de *Westfália* de 1648, os antecedentes históricos mais tangíveis voltados a cooperar para a instauração do atual sistema de tutela dos direitos humanos surgiram no pós-segunda guerra mundial, mais notadamente com a instituição do Direito Humanitário[1] (*aplicável no contexto interno das guerras*), e com a criação da Liga das Nações[2] (*predecessora da Organização das Nações Unidas - ONU*) e da Organização Internacional do Trabalho – OIT (MAZUOLLI, 2018).

Conquanto o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88, constitua o esteio maior dos demais direitos

essenciais à existência e desenvolvimento das relações sociais hodiernas, os direitos e liberdades públicas fundamentais atualmente positivados nas ordens jurídicas internas dos países democráticos, difusamente conhecidos como Direitos Fundamentais, têm o seu advento entrelaçado a ocorrências históricas mais longínquas, diretamente ligadas à propagação do Constitucionalismo.

Conceitualmente, o Constitucionalismo pode ser compreendido como o movimento, de caráter político e filosófico, que intenta institucionalizar direitos e garantias em favor do povo, não raro subjugado a regimes governamentais monárquicos e imperiais de dominação e opressão incontidos, como forma de promoção da limitação do poder estatal (CUNHA JÚNIOR, 2017).

Isto é, ainda quando inexistente a mais ínfima noção do conceito atualizado de direitos humanos, já se buscava mitigar o absolutismo do poder político das entidades socialmente dominadoras, exatamente para o fim de possibilitar maior liberdade e autonomia aos sujeitos integrantes das comunidades e agrupamentos sociais, em geral desprovidos dos meios bélicos suficientes a lhes garantir independência pela via da autotutela.

Pelo que é possível afirmar que o marco inicial do Constitucionalismo, historicamente, confunde-se com o advento concreto da consolidação institucionalizada, costumeira ou legislativa (*a depender do grau de avanço jurídico e organizacional do grupo ou comunidade*), de prerrogativas populares básicas e liberdades cívicas, em contraponto à inicial incondicionalidade da força estatal.

Segundo a posição de *Karl Loewenstein*, as primeiras manifestações palpáveis do movimento constitucional remetem ao período histórico da antiguidade clássica (*constitucionalismo primitivo*), referindo-se à organização político-social do povo hebreu, que era amparado pela "Lei do Senhor[3]", nos termos das lições de Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 29), literalmente:

> A origem do constitucionalismo remonta à antiguidade clássica, mais especificamente, segundo Karl Loewenstein, ao povo hebreu, de onde partiram as primeiras manifestações deste movimento constitucional em busca de uma organização política da comunidade fundada na limitação do poder absoluto. De fato, explica Loewenstein que o regime teocrático dos hebreus se caracterizou fundamentalmente a partir da ideia de que o detentor do poder, longe de ostentar um poder absoluto e arbitrário, estava limitado pela lei do Senhor, que submetia igualmente os governantes e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

governados, radicando aí o modelo de constituição material daquele povo.

Contexto em que cumpre apontar as mais relevantes fases da progressão cronológica do constitucionalismo, proporcionais ao grau de avanço da institucionalização pública da proteção popular em oposição à soberania despótica dos governos, para se dar a conhecer os primórdios dos direitos e garantias fundamentais na forma em que atualmente conhecidos, entre os quais figura o direito de propriedade.

Basicamente, os estágios do referido movimento são contemporâneos e identificados com as respectivas idades da evolução histórica humana mais recente registrada. De modo que se tem notícia do constitucionalismo Primitivo[4] (*de 30.000 anos a.C. até 3.000 anos a.C.*), Antigo (*de 3.000 a.C. até o século V*), Medieval (*do século V até o século XV*), Moderno (*do século XV até o século XVIII*) e Contemporâneo (ou Neoconstitucionalismo; *do século XVIII aos nossos dias*).

Avançando do que explicitado acerca do movimento constitucional da antiguidade clássica (*constitucionalismo primitivo*), correlacionado ao Estado hebreu, é possível referenciar o constitucionalismo Antigo nas cidades-Estado gregas, de que é modelo a cidade de Antenas (*de 501 a 338 a.C.*).

Na citada Atenas grega vigorava um sistema político-constitucional de democracia direta, fundado em larga isonomia entre "*governantes e governados*", com o compartilhamento praticamente paritário do poder político entre basicamente todos os cidadãos (CUNHA JÚNIOR, 2017).

Alude-se, na mesma fase, à República de Roma, do século V ao II a.C., haja vista a instituição de um destacado sistema de freios e contrapesos[5] entre os diversos entes e entidades exercentes do poder estatal.

Não obstante incomparável à consistência da estrutura distributiva de poder presente na referida Antenas grega, o mútuo controle interorganizacional também se punha a materializar considerável restrição a desmandos e arbítrios governamentais, em benefício direto dos populares (CUNHA JÚNIOR, 2017).

Se diz que é entre o constitucionalismo Medieval e o Moderno que advêm elementos de resguardo social não só suscetíveis, mas fortemente tendentes à padronização normativa e consolidação no tempo, dos quais a população governada cada vez menos podia prescindir na esteira do lento e gradativo processo de fortalecimento da voz do povo ante ao senhorio das forças políticas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Até o início do século XIII d.C., o molde social mais recorrente nas comunidades organizadas era marcado pela existência de uma fonte unilateral de poder centralizadora de todas as funções estatais relevantes, desde as legislativas até às administrativas e jurisdicionais, na pessoa única do rei ou imperador, em geral alçado ao posto-mor por sucessão dinástica ou a partir de operações de conquista estrangeira, como forma de despojo e subjugação de povos inimigos.

Nas raras hipóteses em que o aparelho estatal era integrado por um conjunto mais complexo de órgãos e funções, com a presença de entes de composição plural, como parlatórios legislativos, estes não detinham tanta independência funcional e terminavam sobremaneira limitados pela autoridade central monárquica.

O Déspota figurava como o grande controlador da vida social. Controlava as atividades públicas em geral e suas auxiliares, a atuação de organismos extraestatais de interesse social, como a efetuada pelo corpo eclesiástico do país, e todas as demais atividades exercidas pelos atores comunitários residuais, desde os segmentos importantes, como os dos nobres e burgueses, até aos últimos substratos sociais.

Entretanto, no contexto da Inglaterra medieval, vários foram os atos de natureza jurídica praticados no sentido do reconhecimento formal de direitos essências aos governados, ainda que num primeiro momento limitadamente a poucas parcelas sociais.

Entre estes atos ressalta-se o marco constitucional da Magna Carta inglesa de 1215 (*Magna Charta Libertatum*), resultado do acordo firmado entre o Rei João Sem Terra, a Nobreza e a Igreja inglesas, principais sujeitos da interação social então existente (MORAES, 2019).

Pelo termos definidos no supraescrito *pacto constitucional****[6]***, responsável por juridicizar importantes limites ao poder absolutista do rei, ele próprio passaria a vincular-se à observância da maior parte das regras comuns a todos os cidadãos, obrigando-se, por exemplo, a respeitar prerrogativas pessoais basilares, como a da Liberdade, e direitos legitimamente adquiridos, como o direito de Propriedade, sobre o qual importará discorrer com maior ênfase deste ponto em diante.

Já no contexto inicial do constitucionalismo moderno, em um cenário político geral marcadamente menos tirânico, outros atos estatais complementares ao sobredito marco constitucional inglês, de 1215, também foram verificados na referida terra anglo-saxã, como é o caso da *Petition of Rights,* do ano de 1628, fruto de um ajuste celebrado entre o Rei Carlos I e o Parlamento (NOVELINO, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Demais disso, também em razão do forte impacto sócio-garantista, destaca-se a elaboração de outros documentos posteriores imbuídos da função normatizadora e assecuratória de liberdades e direitos essenciais, como o *Habeas Corpus Act*, em 1679, *o Bill of Rights, no ano de 1689, e o Act of Settlement*, no século XVIII, ano de 1701 (NOVELINO, 2014).

Pelo exposto, não restam dúvidas de que a Inglaterra foi o palco mundial dos maiores avanços no início do processo de politização das faculdades sociais fundamentais, no período da transição histórica entre o constitucionalismo medieval e o moderno.

Isto não ocorreu por acaso, mas decorreu, diretamente, da modificação funcional do máquina estatal inglesa, que se complexou pela instituição de diversos órgãos especializados pelo exercício exclusivo de poderes públicos, como os órgãos do poder judiciário, e os do poder legislativo (*parlamentar*), significativamente mais autônomos que outrora, além da própria auto-responsabilização do governo por excessos cometidos[7].

De forma que determinados direitos considerados fundamentais foram se estabilizando no tempo, tornando-se inabdicáveis às nações submetidas a qualquer forma de poder e correntemente objetivados em pleitos populares de melhoramento das condições de vida social. Até o momento histórico descrito por último, entre estes aparecem com grande enfoque o direito de ir e vir, enquanto liberdade fundamental, e o direito de propriedade.

Estes serviram de base maior ao desenvolvimento das subsequentes teses iluministas, atribuídas a jusfilósofos como Montesquieu, John Locke, Kant e Rousseau, a exemplo de doutrinas como a dos direitos naturais (*fenômeno do jusnaturalismo*) e do contrato social.

E a difusão deste ensino foi a mola propulsora das revoluções liberais norte-americana e francesa do fim do século XVIII (CUNHA JÚNIOR, 2017), acontecimentos responsáveis por atrelar o movimento constitucional à existência de documentos constitucionais escritos e marcar a fase final do constitucionalismo moderno, na perspectiva cronológica de Uadi Lammêgo Bulos (2018, p. 67).

Considerando a grande influência doutrinária de J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 48*), *apud* Dirley da Cunha Júnior (*2017, p. 31*), impende afixar transcrição literal de suas lições a respeito do presente tema.

O citado Constitucionalista português delineia uma sintetização histórica do constitucionalismo, desde à antiguidade clássica até à modernidade, em que os fenômenos constitucionais dos Hebreus, Gregos, Romanos e Ingleses restam

resumidos à ideia una de constitucionalismo antigo, para além dos quais tudo vigorará ao título do constitucionalismo moderno, nos seguintes e exatos termos:

> Fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos políticos, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o Século XVIII".

Com a ocorrência dos indicados eventos revolucionários, as constituições assumiram a acepção geral de instrumento escrito[8], dotado de uma maior força política, mais rigidez e um superior *status* hierárquico-normativo, voltado à concretização essencial de dois fins públicos, vale dizer: a "*organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais*", nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 32).

A partir do que, por direta influência do Estados Unidos da América e da França, ante a uma clara tendência mundial de democratização do poder político, boa parte dos Estados soberanos passou a instituir constituições próprias, muitas destas escritas, como forma de assegurar direitos básicos ligados à liberdade de pensamento, ação e de aquisição de coisas móveis e imóveis diversas (*propriedade*), e até respectivos mecanismos de garantia ante à eventual violação, iminente ou efetiva, normatizando contornos delimitados à atuação estatal.

Pedra de tropeço à crescente eficácia jurídica doméstica da normatização de direitos fundamentais por constituições nacionais, as guerras internacionais dos períodos seguintes provocaram devastações genocidas e fizeram cair por terra grande parte dos esforços historicamente empreendidos, inclusive pela via da constitucionalização garantística, para o alcance do apaziguamento das relações entre os vários segmentos intrasociais. Foi o que ocorreu por força da 1ª guerra mundial (*entre os anos de 1914 a 1918*).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pelo que a postura empregada na edição das novas constituições pós-primeira guerra, muitas as primeiras editadas por países recém independentizados, mudou sobremodo, passando-se a vigorar o chamado modelo de Estado de Bem-estar Social[9].

Padrão de posicionamento governista responsável por promover a conversão da atuação estatal eminentemente liberal e garantista numa atuação predominantemente social-intervencionista, aperfeiçoando a gama de direitos fundamentais até então conquistados, em destaque o direito de propriedade, pela participação prestacional direta do poder público.

O marco internacional da implementação do referido modelo de atuação política de governo se deu mais evidentemente com a elaboração da Carta Constitucional alemã de Weimar (*1919*), sob a influência imediata dos princípios consignados na Constituição mexicana de 1917.

Relativamente à Constituição de Weimar, ensina Alexandre de Moraes (2019, p. 3):

> A partir da Constituição de Weimar (1919), que serviu de modelo para inúmeras outras constituições do primeiro pós-guerra, e apesar de ser tecnicamente uma constituição consagradora de uma democracia liberal – houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu texto dos direitos sociais e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão. A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito.

A influência dos aludidos marcos constitucionais especificamente sobre o direito fundamental de propriedade também é tema pacificado na doutrina brasileira, seguindo-se as lições da doutrina do Civilista Paulo Lôbo (2018, p. 104):

> O processo de constitucionalizacao da propriedade, que atrai a da posse, iniciou-se com as Constituicoes do México de 1917 e com a da Alemanha, de 1919.
>
> O art. 27 da Constituicao mexicana afirmava que a propriedade das terras era originalmente da nacao, que podia transmitir o domínio delas aos particulares; estabeleceu,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ainda, regras fundamentais para conservacao do meio ambiente, fracionamento dos latifúndios, melhoramento das condicoes de vida da populacao rural e urbana.
>
> Mas é na Constituicão alema de 1919 (Weimar) que, pela primeira vez, a propriedade é concebida como complexo de direitos e deveres fundamentais.

Os impactos do Documento de Weimar irradiaram-se, inclusive, sobre o Brasil e culminaram com a promulgação da Constituição Federal Republicana brasileira de 1934, que sagrou um paradigma de atuação estatal miscigenado.

Isso porque o poder público do Estado brasileiro manteve o caráter liberal (*ou negativo*) de sua atuação, quanto à preservação das liberdades básicas até então conquistadas, e assumiu uma postura intervencionista ou prestacional quanto à prevenção e reparação das principais mazelas sociais.

A partir daqui, interessante ater a presente análise aos direitos e garantias fundamentais, sejam os assegurados pela não intervenção estatal ou os viabilizados pela prestação do estado social, especificamente ligados à propriedade, cujo nascedouro histórico restou minimamente explicitado acima.

Explicitação para o fim da qual, diga-se, é desnecessário aprofundar apreciação sobre ao fenômeno constitucional da idade pós-moderna, porquanto é o que perdura até a atualidade sem grandes modificações estruturais sobre a já incontestável relevância material dos direitos fundamentais, notadamente a propriedade, para o fim deste trabalho.

2.2 A Correlação Direta entre o Regime Político Democrático e o Sistema Protetivo dos Direitos Fundamentais

Explanada a contextura de surgimento dos direitos fundamentais, importa traçar um paralelo de correlação direta entre os sistemas democráticos de governo, como o vigorante no Brasil, e o sistema jurídico de proteção de direitos fundamentais[10].

Sobre isso, ensina Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 489), em colação exata de suas palavras: "*É inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão da efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana e pela possibilidade de sua afirmação em juízo*".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Também sobre o caráter estruturante e indissociável do grau de relação entre a democracia governamental e a tutela política dos direitos fundamentais, e à luz das lições de Paulo Bonavides (2000, p. 528), Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 489) afirma:

> Não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação do todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a Sociedade se acha enferma.

Ainda nesse passo, se pode afirmar que os direitos fundamentais atenuam grandemente a discricionariedade arbitrária dos poderes públicos constituídos, obrigando-os a uma postura extremamente flexível, ora absenteísta ora prestacional, porquanto sobrelevados à inquestionável condição de padrão valorativo maior das ordens constitucionais democráticas, como é a brasileira, de observância vinculativa.

Ante à imprescindibilidade axiomática das prerrogativas fundamentais à higidez de qualquer sistema democrático de governo, se torna claramente desnecessário pretender esgotar argumentos e opiniões em tal sentido.

Pelo que é possível dispensar, inclusive, maiores aprofundamentos históricos acerca da completa evolução destes direitos na ordem jurídica nacional para o fim de subsumir a propriedade, e sua garantia, à qualificação de direito fundamental.

2.3 A Caracterização Básica da Propriedade e sua Função Social na Sistemática Constitucional Social-Intervencionista Brasileira

Consoante vaticinado, o vigente ordenamento constitucional pátrio consagra, no título dedicado expressamente aos direitos e garantias fundamentais, que "é *garantido o direito de propriedade*" (art. 5º, XXII, CRFB/88), num resgate permanente às primeiras conquistas do constitucionalismo, remontando à incipiência das vitórias populares na monarquia inglesa de 1215.

Objetivada nos mais diversos tipos de negócio interpessoal no transcorrer da história humana, podendo assumir caráter comercial, subsistencial, cultural ou assistencial sem fins lucrativos, a propriedade, enquanto, grosso modo, qualidade ou poder para se adonar de algo[11], vigora corrente até os presentes dias, constituindo fato dos mais comuns no emaranhado das relações jurídicas negociais, com grande repercussão na movimentação e evolução econômica micro e macrorregional do Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que se refere especificamente às propriedades imóveis, isto é, que incidem sobre bens imóveis[12], o fenômeno jurídico da aquisição das prerrogativas relativas à titularidade do domínio pode ocorrer, basicamente, em dois tipos área ou espaço, na realidade brasileira, que são os urbanos e os rurais.

Na repartição constitucional de competências legislativas e materiais entre as Unidades Federadas brasileiras (*consignadas entre os artigos 21 a 25, e 30, da CRFB/88*) existem especificidades próprias das zonas rurais, e seus imóveis, que escapam do objeto desta pesquisa.

Pelo que as propriedades localizadas nas áreas urbanas e de expansão urbana é que figurarão sob esta análise, destacadamente quanto ao alcance e grau de liberdade de exercício, considerando os correspondentes limites e a atuação fiscalizadora do poder público municipal, à luz dos artigos 182 e 183, da CRFB/88.

Assim, cumpre expor o contexto jurídico geral, constitucional e legal, a partir do qual se permitirá concluir sensatamente acerca da existência de razoabilidade entre a liberdade e os limites impostos ao exercício, e até à manutenção, da titularidade da propriedade no contexto urbanístico, regido em caráter geral pelos prefalados artigos 182 e 183, da CRFB/88.

Porquanto, inobstante configure direito fundamental explícito da Constituição Federal e seja indispensável às relações econômicas (*tendo sido normatizado, também, como princípio da ordem econômica; art. 170, III, CF/88*), sobre a propriedade pesa, em contrapartida, o princípio da função social, também alçado ao nível de direito fundamental (*art. 5º, XXIII, CRFB/88*), na perspectiva da coletividade em face da qual o domínio vigore em caráter *erga omnes*, e de princípio geral da ordem econômica, a teor do art. 170, III, da CRFB/88.

A constitucionalização destes dois institutos em contrasentido nada mais é que uma clara demonstração de que no Brasil vigora uma ordem constitucional de natureza liberal-intervencionista, negativo-positivista.

Tal é resultante de uma progressiva modernização estrutural do sistema jurídico brasileiro, gradualmente implementada a partir do incremento de diversos elementos de solidarização social, o que vem ocorrendo desde a promulgação da Constituição republicana de 1934, de acordo com os ensinos de Paulo Lôbo (2019, p. 106):

> No art. 5o, dois incisos estabelecem regras que constituem uma antinomia, se lidos isoladamente: o XXII ("é garantido o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> direito de propriedade") é a clássica garantia da propriedade privada, do Estado liberal; o XXIII ("a propriedade atenderá a sua funcao social") é a dimensao solidária e intervencionista, própria do Estado social.
>
> A antinomia é reproduzida no art. 170, que trata da atividade economica. Em um, dominante é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solucao de compromisso, houve uma acomodacao do conflito de interesses, o que repercute nas decisoes judiciais dos casos concretos

Em termos conceituais, a finalidade social do domínio particular, ou princípio constitucional da função social da propriedade, pode ser assim entendida, na contemporaneidade do vigente estado social brasileiro, conforme ensina Flávio Tartuce[13] (2019, p. 836):

> Como é notório, a função social da propriedade constante da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 sofreu forte influência da clássica doutrina de Leon Duguit, "para quem a propriedade já não é o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza".[58]
>
> Assim, como observa o Professor Titular da USP Carlos Alberto Dabus Maluf, "Ao antigo absolutismo do direito, consubstanciado no famoso *jus utendi et abutendi*, contrapõe-se, hoje, a socialização progressiva da propriedade – orientando-se pelo critério da utilidade social para maior e mais ampla proteção aos interesses e às necessidades comuns".[59]

Linha em que é oportuno trazer o contexto do atualizado enquadramento jurídico do princípio da função social da propriedade, elucidando-se os principais contornos de sua incidência relativizadora do domínio moderno, notadamente imobiliário, segundo lição de Paulo Lôbo (2019, p. 118):

> A funcao social é incompatível com a nocao de pertencimento absoluto da coisa a alguém, em que se admite apenas a limitacao externa, negativa.
>
> A funcao social determina o exercício e o próprio direito de propriedade ou o poder de fato (posse) sobre a coisa.

> Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício da posse ou do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, nao somente para o titular, mas para todos.
>
> Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulacao.
>
> O princípio da funcão social aplica-se a qualquer tipo de propriedade ou de posse, de coisa móvel ou imóvel.

Ainda no que se refere à função social da propriedade à luz do constitucionalismo social pós-moderno, insta reafirmar que o preceito fundamental da finalidade social perfaz não apenas direito subjetivo fundamental coletivo da comunidade ao redor, contra a qual produzem-se os efeitos da propriedade individual, mas um legítimo dever jurídico diretamente imposto ao proprietário correspondente, seja ele pessoa física ou jurídico, de direito público ou privado.

Realidade que impõe ao proprietário o contínuo dever de exercer as prerrogativas de dono levando a efeito, inclusive proativamente, a preocupação de preservar a integridade da esfera jurídica de direitos sociais que lhe entorna.

Nessa sorte estão outras linhas da pluricitada doutrina de Paulo Lôbo (2019, p. 125), em seu teor literal:

> Na contemporaneidade, a funcao social afastou-se da concepcao de limites externos, passando a integrar os próprios conteúdos da propriedade e da posse. Esta é a orientacao que se adotou na Constituicao de 1988.
>
> Integra como conjunto de deveres que devem ser cumpridos pelo titular sempre que exerca seus poderes de fato ou de direito. Nao é mais algo externo, mas sim interno a essas titularidades, determinando suas próprias naturezas e seus exercícios.
>
> Veja-se que a Constituicao utiliza enunciados que remetem a deveres e nao a limites, a exemplo do art. 182, § 2o (“A propriedade urbana cumpre sua funcao social quando atende as exigencias ...”).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Cumpre-se o que se deve. Aí nao está dito que a propriedade está limitada à funcao social, mas sim que esta é dever jurídico que deve ser cumprido.

Também no sentido de traçar um bom paralelo acareador entre ambos os institutos esposados em oposição recíproca (*num lado, o direito de propriedade, e noutro, sua função social*), especificamente para efeito da regulamentação da ordem urbanística, ainda vale examinar as disposições mais sensíveis do regulamento geral infraconstitucional da propriedade, destacadamente o consignado no Código Civil de 2002.

3 A PROPRIEDADE NA DISCIPLINA INFRACONSTICIONAL DO CÓDIGO CIVIL E DO ESTATUTO DA CIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL COMO LEGÍTIMO FUNDAMENTO DA ATIVIDADE MUNICIPAL DO ART. 182, § 4º, DA CRFB/88

É de amplo conhecimento que os chamados direitos reais subsumem-se a um regime legal específico, não figurando sob a disciplina obrigacional ou contratual do código civil, antes, submetidos à regência normativa do livro próprio do Direito das Coisas, no código regente das relações privadas.

No caso próprio das propriedades da esteira urbana, vigora regimento jurídico especial para efeito de aferição da legalidade do exercício do direito real de domínio, conforme os esclarecimentos da explanação a seguir.

3.1 A Normatização Civilista do Direito Real de Propriedade

Segundo a disposição do art. 1.225, da legislação civil codificada, as propriedades são classificadas como Direitos Reais, é dizer, gravam determinada coisa ou bem (*em tese, móvel ou imóvel, corpórea ou incorpórea*), em favor de alguém (*pessoa natural ou jurídica*), importando a seguinte transcrição literal:

> 1.225. São direitos reais: **I - a propriedade**; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso; XIII – a laje. (Grifei)

Fundamentalmente, isso tem sua razão de ser no fato inequívoco de que as coisas não sujeitam nada a si, antes são, elas próprias, objeto da sujeição, de direito (*bônus*) ou ônus, atribuído em titularidade a alguma pessoa, natural ou ficcional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com efeito, é possível afirmar que o sujeito titular do direito real de propriedade, seja incidente sobre bem móvel ou imóvel, detém uma série de prerrogativas pessoais específicas correspondentes ao domínio[14] exercido sobre a coisa, as quais constituem e revelam os próprios atributos legais da propriedade.

Pela regra do art. 1.228, *caput*, do Código Civil/02, "*O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*".

Dissertando acerca dos mencionados atributos, o professor Flávio Tartuce (2019, p. 833) estabelece os seguintes termos, literalmente:

> a) Faculdade de gozar ou fruir da coisa (antigo *ius fruendi)* – trata-se da faculdade de retirar os frutos da coisa, que podem ser naturais, industriais ou civis (os frutos civis são os *rendimentos*). Exemplificando, o proprietário de um imóvel urbano poderá locá-lo a quem bem entender, o que representa exercício direto da propriedade.
>
> b) Direito de reivindicar a coisa contra quem injustamente a possua ou a detenha (*ius vindicandi*) – esse direito será exercido por meio de ação petitória, fundada na propriedade, sendo a mais comum a *ação reivindicatória*, principal ação real fundada no domínio (*rei vindicatio*). Nessa demanda, o autor deve provar o seu domínio, oferecendo prova da propriedade, com o respectivo registro e descrevendo o imóvel com suas confrontações. A ação petitória não se confunde com as ações possessórias, sendo certo que nestas últimas não se discute a propriedade do bem, mas a sua posse. Prevalece o entendimento de imprescritibilidade dessa ação (por todos: STJ, REsp 216.117/RN, 3.ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.12.1999, *DJ* 28.02.2000, p. 78). O *caput* do art. 1.228 do CC possibilita expressamente que a ação reivindicatória seja proposta contra quem injustamente possua ou *detenha* a coisa. O exemplo típico envolve a ação proposta contra um caseiro, que ocupa o imóvel em nome de um invasor (injusto possuidor).
>
> c) Faculdade de *usar* a coisa, de acordo com as normas que regem o ordenamento jurídico (antigo *ius utendi*) – esse atributo encontra limites na CF/1988, no CC/2002 (*v.g.*, regras

quanto à vizinhança) e em leis específicas, caso do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

d) Faculdade de dispor da coisa (antigo *ius disponendi*), seja por atos *inter vivos* ou *mortis causa* – como atos de disposição podem ser mencionados a compra e venda, a doação e o testamento.

Para além das faculdades subjetivas inerentes ao titular do domínio acima arroladas (*que traduzem-se como os atributos da propriedade*), o que já distingue sobremaneira seu regime jurídico frente aos demais direitos reais, a propriedade é considerada, na doutrina mais abalizada, um direito Absoluto, Exclusivo, Perpétuo, Elástico, Complexo e Fundamental.

Ante ao que já esposado, não fica difícil compreender a propriedade como um direito absoluto[15] que, focalmente, pode e até deve ser relativizado. Na realidade, o seu absolutismo tem relação direta com o fato de apresentar eficácia *erga omnes*, ou seja, produzir seus efeitos contra todos (TARTUCE, 2019).

Ademais, quanto à perpetuidade do domínio no direito brasileiro, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 38)[16] afirma: "*A propriedade é um direito* ***perpétuo****, pois não se perde pelo não uso, mas somente pelos meios e formas legais: desapropriação, usucapião, renúncia, abandono etc*".

Sobre a característica da exclusividade, Álvaro Villaça Azevedo (2019, p. 53) pontua o que segue:

> O direito de propriedade é também exclusivo, o que vem reconhecido expressamente pelo art. 1.231 do Código Civil: "A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário".
>
> Isso significa que não podem existir, simultaneamente, dois ou mais proprietários sobre a mesma coisa, por inteiro. A luta contra o domínio repartido levou à vitória a revolução Francesa de 1789, como já dito, e que extinguiu a tripartição da propriedade (o estado tinha o domínio iminente, o senhor feudal o domínio direto – tirano, e o vassalo que tinha o domínio útil). Poder-se-ia indagar: e o condomínio? Contrariaria ele o princípio da exclusividade? Não, porque no condomínio, os condôminos exercem exclusivamente sobre suas quotas ideais direito de propriedade sobre a mesma coisa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E sintetizando as demais características da propriedade, que são a elasticidade, a complexidade e a fundamentalidade, arremata Flávio Tartuce (2019, p. 836):

> *Direito elástico* – característica que é atribuída, na doutrina nacional, a Orlando Gomes, a propriedade pode ser distendida ou contraída quanto ao seu exercício, conforme sejam adicionados ou retirados os atributos que são destacáveis.[57] Na propriedade plena, o direito se encontra no grau máximo de elasticidade, havendo uma redução nos direitos reais de gozo ou fruição e nos direitos reais de garantia.
>
> *Direito complexo* – por tudo o que está sendo exposto, a propriedade é um direito por demais complexo, particularmente pela relação com os quatro atributos constantes do *caput* do art. 1.228 do CC.
>
> *Direito fundamental* – não se pode esquecer que a propriedade é um direito fundamental, pelo que consta do art. 5.º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Esse caráter faz que a proteção do direito de propriedade e a correspondente função social sejam aplicados de forma imediata nas relações entre particulares, pelo que consta do art. 5.º, § 1.º, do Texto Maior (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).
>
> Em reforço, o direito de propriedade pode ser ponderado frente a outros direitos tidos como fundamentais, caso da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988), particularmente naqueles casos de difícil solução (*técnica de ponderação*). Reafirme-se que essa técnica foi adotada expressamente pelo art. 489, § 2.º, do Novo Código de Processo Civil.

Destarte, não há o que olvidar da robustez e distinção próprias do regime constitucional e civilista tutelar do direito fundamental de propriedade. Todavia, no ponto especificamente relativo à destinação do imóvel no espaço urbano do Município, a propriedade de caráter imobiliário deve suportar consideráveis modificações regimentais, mitigadoras de seus elementos essências de proteção e vigência, em vista da especialidade, e conseguinte preponderância para fins urbanísticos, das normas do art. 182, parágrafos 3º e 4º, do texto constitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.2 O Paralelo entre a Atividade Municipal fundada no Art. 182, § 3º, e aquela baseada no Art. 182, § 4º, da CRFB/88

Com fundamento direto nos dispositivos magnos aventados, o poder público dos Municípios tem legítima ingerência sobre os aspectos relativos ao uso ou desuso do solo urbano particular. Da sorte dessas disposições constitucionais dirigentes da organização urbanística, fica autorizada a intervenção municipal para efeito da desapropriação com fins políticos (*interesse público secundário*), e a expropriação para fins de readequação ou redistribuição social do bem (*interesse público primário),* atribuindo-se afetação social ao imóvel inserido na organização urbana.

Em ratificação à ideia acima está a doutrina de Sílvio de Salvo Venosa (2018, p. 288), que, nos termos do art. 5º, XXIV[17], da CRFB/88, aponta três possíveis fundamentos diretos à desapropriação, é dizer, necessidade pública, utilidade pública e interesse social.

O referido autor o faz indicando que, nos dois primeiros casos, a supressão do domínio ocorrerá mediante "*justa e prévia indenização em dinheiro*" e, na última hipótese, com indenização em títulos de emissão da dívida pública, quando o Município visará à concretização do interesse urbanístico social, é dizer, buscando o cumprimento forçoso da função social da propriedade.

Valiosas são as lições do autor Sílvio de Salvo Venosa nessa temática, porque ocupadas de conceituar os institutos da necessidade pública, utilidade pública e interesse social[18], distinguindo-os entre si, enquanto motivadores jurídicos dos atos de desapropriação de entes públicos, senão vejamos:

> A Constituição vigente declara que são pressupostos para a desapropriação *"a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social"* (art. 5º, XXIV, e arts. 182 e 184).
>
> Nos dois primeiros casos, resguarda-se a *"justa e prévia indenização em dinheiro"*. No último, o pagamento será em títulos da dívida pública.
>
> As três modalidades de expropriação podem ser resumidas no conceito de utilidade pública. No entanto, o legislador preferiu tripartir as modalidades, pois assim pode discriminar as hipóteses e atribuir efeitos específicos a cada uma.

> A *necessidade pública* denota urgência em obras ou atividade do Estado que determinam a pronta transferência do bem privado à Administração.
>
> A *utilidade pública* demonstra a conveniência de apropriação do bem, sem que seja urgente ou imprescindível.
>
> O *interesse social* é aquele que efetivamente permite ao Estado buscar o sentido social da propriedade. Decorre de circunstâncias para melhorar a distribuição e fruição da propriedade privada.
>
> Os bens desapropriados por interesse social não se destinam propriamente a órgãos da Administração, mas à coletividade.

Visto isso, interessa explanar o tratamento doutrinário dispensado ao distintivo instituto da Desapropriação pública de bens patrimoniais particulares. Consoante entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, item 114.6), a desapropriação, inclusive quando praticada no contexto urbanístico pelos Municípios, pode ser assim sintetizada:

> Instituto quatro vezes presente no texto constitucional (arts. 5.º, XXIV; 22, II; 182, § 3.º; e 184), a *desapropriação* é daqueles instrumentos interventivos que suscitam cuidados especiais, uma vez que se trata da modalidade mais gravosa de *intervenção estatal na propriedade privada*.
>
> Segundo os parâmetros classificatórios adotados, podemos conceituá-la como *o grau máximo de intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, que opera a transferência compulsória de um bem para o domínio público, de forma onerosa, permanente, não executória e de execução delegável, imposta discricionariamente pela declaração de existência de um motivo de interesse público legalmente suficiente*.

Atrelando a adoção do instituto aos casos de imposição de medida voltada à consecução forçada da função social sobre domínios imobiliários, José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 871 e 872) trata da desapropriação, conceituando-a subsecutivamente, da seguinte forma:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Não obstante, convém relembrar, pela importância de que se reveste o assunto, que o direito de propriedade tem garantia constitucional (art. 5º, XXII, CF), mas a Constituição, como que em contraponto com a garantia desse direito, exige que a propriedade assuma a sua condição de atender à função social (art. 5º, XXIII). Sendo assim, ao Estado será lícito intervir na propriedade toda vez em que não esteja cumprindo seu papel no seio social, e isso porque, com a intervenção, o Estado passa a desempenhar sua função primordial, qual seja, a de atuar conforme os reclamos de interesse público.
>
> [...]
>
> *Desapropriação* é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.

Neste sentido contextualiza-se a relevância do princípio da função social da propriedade, motor fundamental da intervenção estatal expropriatória, enquanto postulado responsável por modificar essencialmente o próprio conceito e forma de utilização do direito de propriedade na atualidade jurídica.

Como multidestacado, o preceito finalístico-social é o motivador maior da desapropriação pública para a consolidação dos interesses da sociedade local direta ou indiretamente envolvida, inclusive para o efeito peculiar das ordenações gerais sobre as edificações e solo urbano (*art. 182, § 4º, CF/88*).

Esta hodierna acepção de aplicação da função social constitui inequívoco resultado da direta influência do constitucionalismo social vigente na Constituição Federal de 1988. Em tal sentido, Paulo Lôbo (2019, p. 95):

> Na contemporaneidade, as mudancas tem sido de tal magnitude que se cogita nao mais de um genérico direito de propriedade, mas de direito das propriedades, além da viragem rumo a funcionalizacao, a interlocucao com deveres gerais de conduta e ao exercício ambientalmente sustentável.
>
> Nao mais existe a propriedade concebida como direito individual
>
> absoluto, exclusivo e oponível a todos, como expressao de soberania localizada, sem contemplacao do interesse social

> ou coletivo. Essas transformacoes repercutem em todo direito das coisas.
>
> A história do direito contemporaneo revela a desagregacao da propriedade individualista, ante sua subordinacao ao interesse coletivo, notadamente da segurança social, da salubridade pública, da preservacao histórica e artística, do direito urbanístico, do direito agrário (Zattara, 2001, p. 4).

Acerca deste limitador principiológico da propriedade, o Código Civil, em sede não limitada às relações urbanísticas, consagra a função social e socioambiental da propriedade, consoante previsão expressa do art. 1.228, § 1º, CC/02, assim:

> O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

No campo específico das relações dirigidas pelo Direito Urbanístico, a função social da propriedade tem o seu atendimento imediatamente relacionado ao cumprimento das regras de organização urbana fundamental listadas no instrumento básico da respectiva política de desenvolvimento e de expansão urbana[19], a saber, o Plano Diretor[20] do Município.

Sem prejuízo de outros aspectos relativos à finalidade socioeconômica e socioambiental da propriedade, obviamente relevantes em suas esferas, o cumprimento da função social do direito real proprietário, no cenário urbano, dependerá apenas do atendimento "*às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*" (art. 182, § 2º, da CRFB/88).

Em assunto de política urbana, a Constituição Federal atribuiu competência material ou administrativa exclusiva aos Municípios, cabendo-lhes executar os aspectos centrais das políticas voltadas ao desenvolvimento e à expansão da cidade para fins urbanos.

Para este efeito, é que permite (*art. 182, § 3º, CRFB/88*) ao poder público municipal promover, em caráter privativo, a desapropriação de bens participantes do plano urbanístico, com pagamento de indenização em espécie e previamente à desocupação, visando à consecução de políticas públicas municipais em geral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Exemplificando, em substituição ao solo urbano expropriado, o Município, seguindo critérios facultativos de gestão governamental, pode intentar instalar novas estruturas físicas ou aperfeiçoar a infraestrutura existente do transporte público intramunicipal, da rede de iluminação pública ou de saneamento básico, bem como edificar novas sedes administrativas para o governo visando à otimização da prestação dos diversos serviços municipais, como o de guarda e conservação do patrimônio estatal, educação, entre outros.

Inclusive, nada impede que a desapropriação tenha por finalidade subsequente a outorga de autorizações e permissões de uso ou ocupação atípica do espaço urbano por particulares (*quiosque, **trailer**, feira e banca de venda de jornais e de revistas**[21]**, por exemplo*), para o fomento de atividades microeconômicas consideradas importantes e estratégicas, pela gestão pública, para determinadas áreas da cidade.

Tudo, para manter harmoniosa e funcional toda a ordem urbanística, integrada por todos os elementos e bens, móveis e imóveis, públicos e privados das zonas urbanizadas do Município, conforme a avaliação do mérito administrativo envolvido, independentemente de qualquer vinculação a um ou outro fim.

Do que se pode denotar um caráter estritamente político na atuação expropriatória autorizada pelo art. 182, § 3º, da CRFB/88, voltada a concretizar interesses diretos da administração do ente municipal, porquanto, como responsável pelo zelo e bom funcionamento da ordem urbanística, fica dotado de maior aparato físico instrumental ao cumprimento de suas missões institucionais, as quais, apenas mediatamente, confundem-se com a satisfação das necessidades do povo, num evidente privilégio do interesse público secundário[22].

Isto é, o poder público municipal desapropria onerosamente o imóvel privado para servir como um dos canais públicos para a só ulterior consecução dos genéricos interesses da coletividade, aqueles já ordinariamente defendidos pelos entes de direito público quando no exercício de sua atuação constitucional típica.

Tal atuação municipal expõe-se sobremaneira discricionária e esporádica, sem sazonalidade predeterminada, na medida da efetiva existência de necessidade de ampliação dos meios materiais voltados a instrumentalizar as atividades estatais gerais, destinadas a suprir carências genéricas da população local.

É dizer, correlaciona-se, imediatamente, com a disponibilidade ou comodidade a ser subsequentemente gerada pelo resultado da obra ou serviço público posterior à desapropriação, num beneficiamento apenas futuro da sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A retirada direta do domínio, baseada no 182, § 3º, embora pareça abrupta e excessiva, deve operar-se, na realidade, como a última *ratio* das possibilidades governamentais de resolução das situações urbanísticas e objetiva privilegiar o interesse coletivo, ainda que apenas quando convertida numa fruível prestação social, hipótese em que terá servido à *tangibilização****[23]*** da função social da propriedade.

Apesar de também estar inserido no capítulo da Política Urbana, outro, claramente diferente, é o contexto do funcionamento municipal urbanístico baseado no art. 182, § 4º, da Constituição Federal.

Aí o Município figurará como agente fiscalizador e disciplinador do uso (*ou falta deste*) empenhado sobre o bem urbano, numa relação de controle, eminentemente bilateral, entre ente fiscal e pessoa fiscalizada, na margem ativa do poder administrativo de polícia voltado, na espécie, a prevenir ou reprimir o mau exercício da propriedade privada, buscando o beneficiamento coletivo imediato, isto é, o cumprimento do interesse público primário.

O preceito constitucional do fim social da propriedade constitui, então, o fundamento intrínseco da ação municipal progressiva de correição fiscalizatória prevista no art. 182, § 4º, da CRFB/88, uma clara atividade de polícia para o resguardo do interesse público primário, exercida no âmbito urbano para forçar o adequado aproveitamento do solo urbano. Isto inicialmente pela via de medidas coativas indiretas e, persistindo a situação, pelo próprio Município diretamente, no contexto pós-desapropriação.

3.3 A Atuação Municipal de Controle do Art. 182, § 4º, da CRFB/88 é fundada no Poder Administrativo de Polícia

A doutrina de Alexandre Mazza (2018, p. 435) divulga um conceito de poder de polícia, explicando a concepção referenciada no art. 78[24], do Código Tributário Nacional – CTN, aduzindo que:

> Poder de polícia é a atividade da Administração Pública, baseada na lei e na supremacia geral, consistente no estabelecimento de limitações à liberdade e propriedade dos particulares, regulando a prática de ato ou a abstenção de fato, manifestandose por meio de atos normativos ou concretos, em benefício do interesse público

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para além de mera interpretação *subsuntiva***[25]** à definição legal do art. 78, CTN, assevera-se o reconhecimento expresso pela doutrina de que a atividade do art. 182, § 4, da CRFB/88, enquadra-se na concepção legal de atividade de polícia administrativa, conforme ratifica Matheus Carvalho (2015, p. 131), em termos literais:

> Porém, modernamente, vêm-se admitindo atos positivos decorrentes do exercício do poder de polícia, ou seja, em determinadas situações, com previsão legal expressa, o Poder Público determina obrigações de fazer aos particulares em decorrência dos atos de polícia.
>
> Neste sentido, o Estatuto da Cidade (lei 10.257/01), regulamentando o art. 182, § 4º, da Carta Magna, estabelece, em seu art. 5º, que "Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e prazos para implementação da referida obrigação.

O Município, editando lei de caráter específico, em relação à área inserida na lei do plano diretor, poderá, num primeiro momento, através de meios indiretos de coerção28 (*parcelamento, edificação e utilização compulsórios e, em seguida, IPTU progressivo*), forçar o proprietário ao aproveitamento adequado do solo urbano.

Sendo as duas primeiras providências infrutíferas para coagir o titular do bem ao escorreito aproveitamento do imóvel, ao Município restará facultado retirar o bem da propriedade particular, tomando-o para si, através da desapropriação indenizada com pagamento em títulos da dívida pública, o que denota claro caráter sancionatório.

Feito o que, ele próprio, Município, agora proprietário formal do bem, submeterá o imóvel urbano às condições mínimas de adequação urbanística, afetando-o a alguma finalidade pública local, valendo a transliteração da disposição magna de base:

> É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> I - **parcelamento ou edificação compulsórios**;
>
> II - **imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo**;
>
> III - **desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública** de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (Grifei).

Na explicitação desta matéria, a União, exercendo competência legislativa concorrente[26] (*art. 24, I, da CRFB/88*) para legislar sobre direito urbanístico através da edição de normas gerais, elaborou a Lei Ordinária nacional nº 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade.

O legislador federal o fez visando a regulamentar a execução municipal da política urbana (*prevista nos artigos 182 e 183, CRFB/88*), incluindo-se as já referidas providências coercitivas de adequação ou readequação aos limites de organização urbana expressos do plano diretor, na hipótese de não edificação, subutilização ou não utilização do solo urbano.

Sob o que se vê o claro intuito da União de disciplinar, em termos gerais, no plano subconstitucional, o exercício da propriedade urbana relativamente à forma e métodos de utilização do respectivo bem imóvel, visando a privilegiar interesses específicos e próprios da coletividade local.

Este é o interesse público primário dos Munícipes relacionado à boa ordenação e regular funcionamento do solo urbano, cooperando para o "*bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*", conforme o art. 1º, parágrafo único do Estatuto da Cidade.

Tal é a eficácia prática das medidas do art. 182, § 4º, da Carta Federal, para fins de concretização da função social da propriedade urbana, que a lei geral das cidades as qualificou, entre outros, como instrumentos nacionais da política urbana no respectivo artigo 4º, incisos IV, "*a*", e V, "*a*" e "*l*".

Passo em que também lhes atribuiu, em disposições posteriores, uma regulação legal mínima, a qual é passível de suplementação local pelas legislações municipais correspondentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.4 As Medidas Interventivas do Art. 182, § 4º, da CRFB/88, e a Aplicação da Função Social da Propriedade Urbana como Base à Imposição do Adequado Aproveitamento do Solo Urbano

O parcelamento, edificação ou utilização compulsórios é a primeira medida imponível pelo Município ao proprietário urbano, via lei municipal específica, para área incluída no plano diretor, nos termos da lei federal geral (*estatuto da cidade*), quando constatada a não edificação, subutilização ou não utilização do solo urbano, visando à consecução compulsória do adequado aproveitamento do imóvel.

Neste contexto, o art. 5º, § 1º, I, da lei 10.257/01 explicita o que se entende por imóvel subutilizado, dizendo: *"§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel: I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente*".

Não aproveitando o imóvel urbano adequadamente, o proprietário será formalmente notificado pelo Município para cumprir a obrigação, com a averbação cartorária da comunicação, segundo a literalidade do § 2º, do art. 5º, da lei, assim: *"§ 2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis*".

Indo além dos demais detalhes relativos à citada notificação e prazos para cumprimento da determinação, cabe destacar a natureza Real[27] da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar o solo urbano, como maneira de inseri-lo nos moldes da organização urbanística regular, imposta neste contexto.

A partir da eventual comunicação e correlativo registro público, ao lado do direito real de propriedade figurará o dever real de promoção do adequado aproveitamento do espaço urbano, o qual permanecerá ainda que vencida a titularidade do proprietário notificado em sede de eventual transmissão do bem a outrem, sem nenhum óbice, inclusive, ao decurso dos prazos já estabelecidos para a realização da determinação real.

Na hipótese de desobediência às condições e prazos fixados para o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, por parte do notificado, ou de terceiro adquirente do bem gravado com o mencionado ônus real, tem lugar a cobrança de IPTU[28] (*imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*) com alíquota progressiva no tempo[29], dentro de um período de 5 anos consecutivos.

Inclusive, se, perfilhada esta segunda providência, não for atendida a obrigação real de parcelar, edificar ou utilizar o imóvel urbano dentro do prazo de 5 anos, o poder público municipal poderá continuar cobrando o prefalado imposto pela alíquota máxima (*15%*), até que seja efetivamente cumprido o dever.

Isto, sem prejuízo da possibilidade, em paralelo, de já proceder à execução da prerrogativa mais drástica, que é a Desapropriação do imóvel urbano com pagamento em títulos da dívida pública (*art. 7º, § 2º, da lei 10.257/01*).

Demonstrando o caráter gravoso que é inerente ao referido IPTU progressivo no tempo, o § 3º, do art. 7º estatutário, ainda proíbe expressamente a dispensa legal do pagamento ou o perdão de infrações tributárias correspondentes à exação progressiva, assim: "*É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo*".

Avançando, dispõe o art. 8º, do Estatuto, que, esgotado o prazo de 5 anos para o adimplemento da obrigação real de aproveitamento do solo urbano (*por meio do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios*) após o início da cobrança do IPTU progressivo, legitima-se a adoção, por último, de ato expropriatório do solo urbano particular com indenização em títulos de emissão da dívida pública, mantida, ressalte-se, a faculdade de permanecer exigindo o relatado imposto pela alíquota máxima, até a plena satisfação da prestação.

Evidenciando a seriedade envolvida nesta hipótese está o dispositivo legal que obriga temporalmente o Município a promover o adequado aproveitamento do imóvel desapropriado dentro do prazo máximo de 5 anos, a contar da efetiva incorporação ao patrimônio municipal[30].

Obrigação pública de atribuir adequado aproveitamento ao solo urbano expropriado que poderá ser exercida diretamente ou indiretamente pelo Município. Quando indiretamente, por meio de terceiros concessionários ou alienatários do bem, os quais sub-rogar-se-ão no ônus real[31] de executar o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios inicialmente determinados, respeitado, em todo caso, o competente procedimento licitatório[32].

DISCUSSÃO

Indubitavelmente, o direito de propriedade submete-se a um regramento normativo especial. Previsto como direito fundamental, princípio da ordem constitucional econômica e direito de natureza real, atribui ao seu titular uma série

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de distintas prerrogativas, voltadas a assegurar seu exercício desimpedido e preservar sua existência sob o domínio do proprietário.

Entre outros possíveis pontos de flexibilização, a norma da função social da propriedade impõe a mais considerável mitigação do domínio real na vigente ordem jurídica, funcionando como escora ao controle externo do poder público em face das atividades ou inação particulares sobre bens, marcadamente os imóveis, das esferas patrimoniais privadas.

No contexto peculiar das organizações urbanísticas, sob execução e fiscalização municipal, as Municipalidades poderão atuar para reprimir a imoderação ou abusos do direito de propriedade privada, visando à integração do bem comum na ordem urbana, à pacificação e solidarização do beneficiamento social.

No entanto, cabe discutir se para o fim explicitado acima é proporcional e razoável que o poder público municipal, indo além do disciplinamento sobre o modo de exercício da propriedade no seio da comunidade urbana, chegue ao ponto da supressão integral do domínio, mesmo legitimamente adquirido na origem, elidindo todo um sistema jurídico de proteção diferenciada, como é o que resguarda o objetivado direito real.

Isto é, o fundamento da existência e positivação do princípio constitucional da função social da propriedade seria suficiente, na esfera urbanística, para, não meramente relativizar, mas nulificar, irrecobravelmente, todos os atributos e características da propriedade, via desapropriação[33] municipal? Tal não feriria, notadamente, a perpetuidade do domínio? É nesse quadro de discussão que passa-se a concluir do modo a seguir.

CONCLUSÃO

É inolvidável que a propriedade assume uma posição destacada no Direito brasileiro. Sua fundamentalidade geral está expressa do art. 5º, XXII, da Carta constitucional, e sua relevância às relações jurídicas financeiro-econômicas estampada no art. 170, II, do documento superior.

Sua origem é coetânea à insurgência temporal da institucionalização política das primeiras liberdades públicas fundamentais, cujo marco originário maior foi a Magna Carta inglesa de 1215, num período precedente do surgimento concepcional do próprio postulado da Dignidade da Pessoa Humana, contribuindo, aliás, para a construção histórica deste conceito básico absolutamente imprescindível às relações entre Estado e sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Trata-se de um direito que ultrapassa os limites da esfera pessoal do titular, incidindo, na realidade, sobre a própria coisa objeto do domínio, em referência, aí sim, ao sujeito dominial, pelo que classificado como direito real, nos termos do Código Civil brasileiro de 2002.

Também conforme a explanação acima, o direito de propriedade não figura como qualquer outro direito real, potencializado pela imputação legal de diversos atributos excepcionais, como as faculdades subjetivas atribuídas ao proprietário de usar, gozar, dispor e reaver o bem dominado. Ademais, é pacificado na doutrina como um direito real absoluto, perpétuo, exclusivo, complexo, elástico e fundamental, tudo nos termos da elucidação dos capítulos anteriores.

Porém, na seara da política de desenvolvimento e expansão urbana, de execução municipal, vige um regime constitucional característico pelo qual os Entes locais exercerão poder de controle e fiscalização sobre toda a ordem urbanística, que engloba todos os bens físicos móveis, numa perspectiva temporalmente limitada, e imóveis, correlacionados à expressão "*solo urbano*", inclusive, aqueles de legítima propriedade particular de cidadãos ou pessoas jurídicas de direito privado, empresárias ou não.

Pelo fato de fazê-lo com inequívoca base no poder de polícia, os Municípios atuarão para promover o ininterrupto aproveitamento do espaço urbano, inicialmente, coagindo o proprietário particular a cumprir essa finalidade, por meio de medidas coercitivas, e, derradeiramente, ele próprio, Município, atribuindo a adequada afetação, após realizada a expropriação do imóvel urbano.

Veja-se que a atividade fiscalizadora do Município pode chegar ao ponto da eliminação unilateral compulsória da propriedade particular, se subsistir a desobediência às determinações preliminares, numa relativização de último grau da tutela jurídica da propriedade.

Tendo em vista que se dá como última *ratio*, o seu caráter sancionatório frente à insistência nas violações do proprietário, e que objetiva concretar o fim social da propriedade no âmbito urbano, reconhecendo o primado dos anseios e interesses da coletividade local sobre a irresponsabilidade individual do titular do domínio, não há como não compreender conjunturalmente devida a providência expropriatória do art. 182, § 4º, da CRFB/88, notadamente quando sob a luz da disciplina também especial da política urbana, na Constituição Federal.

O objetivo central da política urbana, competente aos Municípios, é assegurar o bem-estar dos munícipes, o que já denota a solidariedade social como meta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

básica da administração local, e ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, nos termos do art. 182, *caput*, do texto constitucional.

Ora, se o fim último das políticas municipais de desenvolvimento e expansão urbana é o integral desenvolvimento e aplicação da função social da propriedade particular, esta função deverá ser completamente implementada ainda que em face do total perecimento de direito real de domínio individual, tendo em vista que, para além do peso normativo do princípio administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado, a função social também está consignada na ordem de princípio fundamental geral e princípio básico de organização econômica.

Ainda que, em tese, a propriedade e sua função social apareçam emparelhadas na qualificação de direitos fundamentais e princípios econômicos isonomicamente colidentes, a natureza solidário-social de expresso teor coletivista, *máxime* no contexto jurídico do constitucionalismo de estado de bem-estar social vigente no Brasil, intrínseco à norma principiológia da função social, a faz preceder em muito a soberania individualista limitada da propriedade privada.

Pelo que se conclui no sentido da existência de legitimação geral, regada a proporcionalidade e razoabilidade jurídicas, no ato público de desapropriação do solo urbano pelos Municípios no exercício da política urbana. O que se configura tendo em conta a especialidade do regime normativo inerente ao campo urbanístico

Isto notadamente pelo fato de a atuação fiscalizatória do art. 182, § 4, CF/88, consubstanciar pura atividade de polícia administrativa, subjugando-se interesses imobiliários privados mal executados à preponderância e supremacia do interesse público (*primário*), a legítimos condicionamentos, e supressão da propriedade como última *ratio*, tudo em prol do pronto atendimento dos anseios da coletividade municipal, plenamente amparada pelo princípio da função social da propriedade, mais destacado balizador constitucional dos atos expropriatórios praticados nas relações fiscalizatórias de direito público do âmbito municipal para efeitos urbanísticos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Administrativo** / Ricardo Alexandre, João de Deus. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: direito das coisas** – Vol. 5 – 2. ed., rev., atual. e ampl. – Saraiva, 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional** / Uadi Lammêgo Bulos. – 11. ed., rev., atual. e ampl. – Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** / Matheus Carvalho. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** / Dirley da Cunha Júnior – 11 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2017.

*GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** / Carlos Roberto Gonçalves* – 13 ed. rev., atual. e ampl. – Vol. 5 –*: direito das coisas. Saraiva, 2018.*

_____Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de out. de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 set. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm >. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 set. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm >. Acesso em: 12 jul. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Coisas** / Paulo Lôbo. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Saraiva, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo** / Alexandre Mazza. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Saraiva, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso De Direitos Humanos** / Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 35. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional** / Guilherme Peña de Moraes. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso De Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial / Diogo de Figueiredo Moreira Neto. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional** / Marcelo Novelino. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo** / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional** / Flávia Piovesan. – 18. ed. rev., atual. e ampl. – Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único / Flávio Tartuce. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único / Flávio Tartuce. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: reais** / Sílvio de Salvo Venosa. – 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. (Coleção Direito Civil; 4)

---

[1] Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*, 2018, p. 203: "*Na definição de Thomas Buergenthal, o Direito Humanitário constitui o componente de direitos humanos da lei da guerra (the human rights com-ponent of the law of war)4. É o Direito que se aplica na hipótese de guerra. [...]. Ao se referir a situações de extrema gravidade, o Direito Humanitário ou o Direito Internacional da Guerra impõe a regu-lamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional. Nesse sentido, o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado*".

[2] Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e direito constitucional internacional,* 2018, p. 204: "*A Liga das Nações, por sua vez, veio a reforçar essa mesma concepção, apontando para a necessidade de relativizar a soberania dos Estados. Criada após*

a Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros".

[3] Ainda sobre a origem do constitucionalismo, Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de Direito Constitucional, 2018, p. 67*, ensina quanto à sua fase pioneira, a da Constitucionalismo Primitivo: "*Segundo Karl Loewenstein, houve época em que as constituições se regiam pelas convicções da comunidade e pelos costumes nacionais, que se refletiam nas relações entre governantes e governados. Cita, como exemplo, a estruturação do antigo Estado hebreu. Assevera que os hebreus foram um dos primeiros povos a praticar o constitucionalismo (Teoría de la constitución, p. 154-157). Para Loewenstein, pois, o marco do nascimento do movimento constitucionalista foi entre os hebreus, que em seu Estado teocrático estabeleceram limites ao poder político pela imposição da Bíblia. Então caberia aos profetas, dotados de legitimidade popular, fiscalizar e punir os atos dos governantes que ultrapassassem os limites bíblicos. Eis aí a primeira experiência constitucionalista de que se tem registro. (Teoría de la constitución, p. 154)*".

[4] Datação atribuída à doutrina de Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de Direito Constitucional*, 2018, p. 67.

[5] Precursor do ulterior *checks and balances system*, assim compreendido na doutrina de Guilherme Peña de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, 2019, p. 19:

"*O sistema de freios e contrapesos provoca a limitação do poder político na medida em que estabelece a interpenetração das funções estatais e o controle recíproco entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com a finalidade de impedir potenciais excessos dos Poderes do Estado, funcionando como condição de legitimidade do Governo*".

[6] Dirley da Cunha Júnior, *Curso de Direito* Constitucional, 2017, p. 31.

[7] Rafael Jiménez Asensio (*Apud FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional, p. 38)* assinala como principais *características* do constitucionalismo na Idade Média: I) a supremacia do Parlamento; II) a monarquia parlamentar; III) a responsabilidade parlamentar do governo; IV) a independência do Poder Judiciário; V) a carência de um sistema formal de direito administrativo; e VI) a importância das convenções constitucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[8] Para Canotilho, as constituições escritas assumiam o caráter de "*técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*" (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 47), *apud* Dirley da Cunha Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, 2107, p. 33.

[9] "O Poder Executivo agigantou-se. A transformação do Estado Liberal para o Estado do Bem-estar social mudou a relação Executivo-Sociedade", conforme Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 2019, p. 897.

[10] "*Desse modo, pode-se dizer que os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade*", resumiu Dirley da Cunha Júnior (2017, p.489), pautado pela doutrina de Paulo Gustavo Gonet Branco (*Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais*, ano 2000, p. 104).

[11] "*O uso linguístico do termo "propriedade" tanto serve para significar direito de propriedade como a coisa objeto desse direito. Ela significa tanto um poder jurídico do indivíduo sobre a coisa (sentido subjetivo) quanto a coisa apropriada por ele (sentido objetivo)*", conforme ensina Paulo Lôbo, Direito Civil: Coisas, 2019, p. 98.

[12] Art. 79, do Código Civil de 2002, prevê que: "São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente".

[13] Flávio Tartuce, *Manual de Direito Civil*, 2019, p. 838, ainda diz: "*Na esteira dessas lições, é possível dizer que a função social pode se confundir com o próprio conceito de propriedade, diante de um caráter inafastável de acompanhamento, na linha do preconizado por Duguit. Assim, a propriedade deve sempre atender aos interesses sociais, ao que almeja o bem comum, evidenciando-se uma destinação positiva que deve ser dada à coisa*.

Partilhando dessa forma de pensar, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, promovida em 2011, com a seguinte redação a respeito da propriedade rural: "*Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1.º do art. 1.228 do Código Civil, que, em consonância com o disposto no art. 5.º, inciso XXIII da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho* (Enunciado n. 507)".

[14] Para Flávio Tartuce*, Manual de Direito Civil*, 2019, p. 834 e 835: "*não há razões para diferenciar as acepções de Propriedade e Domínio. Para findar o tópico, é fundamental verificar o conceito de domínio, que para muitos é sinônimo de propriedade, tese a que se filia este autor. Todavia, há quem entenda de forma contrária, caso de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que lecionam*:

O domínio é instrumentalizado pelo direito de propriedade. Ele consiste na titularidade do bem. Aquele se refere ao conteúdo interno da propriedade. O domínio, como vínculo real entre o titular e a coisa, é absoluto. Mas, a propriedade é relativa, posto ser intersubjetiva e orientada à funcionalização do bem pela imposição de deveres positivos e negativos de seu titular perante a coletividade. Um existe em decorrência do outro.

Cuida-se de conceitos complementares e comunicantes que precisam ser apartados, pois em várias situações o proprietário – detentor da titularidade formal – não será aquele que exerce o domínio (v.g., usucapião antes do registro; promessa de compra e venda após a quitação). Veremos adiante que a propriedade recebe função social, não o domínio em si".

[15] "*...ficou claro que a propriedade é o mais completo dos direitos reais*". Flávio Tartuce, *Manual de Direito Civil,* 2014 (p. 895).

[16] "*Já os direitos obrigacionais, pela sua natureza, são eminentemente transitórios: cumprida a obrigação, extinguem-se. Não exigido o seu cumprimento dentro de certo lapso de tempo, prescrevem*".

[17] Art. 5º, XXIV, CRFB/88: "*a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição*".

[18] Diogo de Figueiredo Moreira Neto diz, *Curso de Direito Administrativo*, 2014, item 114.6.2, explicitando o tema, assevera:

"Enquanto as duas primeiras modalidades – a *necessidade pública* e a *utilidade pública* – visam a dotar o Estado de *meios de atendimento* a *interesses gerais* da sociedade, a terceira, a de *interesse social*, se destina a *atender diretamente* a *interesses específicos* de certos segmentos carentes da sociedade, destacando-se, como a mais notória e importante variedade dessa modalidade, a *desapropriação para fins de reforma agrária* (CF, art. 184), que se distingue das demais pela possibilidade de utilização pelo Estado de títulos especiais para o pagamento da indenização".

[...]

"Mais recente modalidade é a *desapropriação sancionatória*, instituída pela Constituição de 1988 (art. 182, § 4.º, III), como um instrumento da *política urbana*. Neste caso, o Poder Público municipal, se fracassados outros instrumentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

suasórios empregados para compelir o proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, a promover seu adequado aproveitamento, poderá decretá-la, como última sanção a ser imposta ao proprietário remisso".

[19] Art. 2º, do Estatuto da Cidade, prevê que: "*a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais*".

[20] Pelo art. 182, § 1, da CRFB/88, o "*plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana*".

[21] Regulamento trazido pela lei ordinária federal nº 13.311/16.

[22] Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, *Curso de Direito Administrativo*, 2018, p. 46, interesse público secundário: "*é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes público e ao patrimônio público*".

[23] Derivativo neológico do adjetivo "*tangível*".

[24] Art. 78, do CTN: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interêsse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de intêresse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

[25] Derivação neológica do substantivo "*subsunção*".

[26] Também aduz o art. 3º, do Estatuto da Cidade, que: "*Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana: I – legislar sobre normas gerais de direito urbanístico*".

[27] Art. 6º, da lei 10.257/01: "*A transmissão do imóvel, por ato inter vivos ou causa mortis, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei, sem interrupção de quaisquer prazos*".

[28] Pelo seu art. 7º, *caput*, o Estatuto da Cidade normativa que: "*Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos".

[29] O percentual da alíquota será aplicado ano a ano, na sede da lei municipal específica para área incluída no Plano Diretor e "*não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a* ***alíquota máxima de quinze por cento***" (art. 7º, § 1º, da lei 10.257/01). (Grifei).

[30] § 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

[31] § 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.

[32] § 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

[33]O procedimento, judicial e administrativo, para a concretização da Desapropriação está previsto no Decreto-lei nº 3.365/1941.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO SISTÊMICO COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA PELA FELICIDADE

JAMILE GONCALVES SERRA AZUL: Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul; Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhaguera. Rede Luiz Flávio Gomes de Ensino, 2013; Cursando Especialização em Direito Sistêmico pela Hellinger Schule e aluna especial do mestrado de Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

RESUMO: O alemão Bert Hellinger, desenvolveu o que hoje denominamos de Constelação Familiar Sistêmica. O juiz brasileiro, Sami Storch, aproveitando do conhecimento das constelações familiares, passou a aplicar os fundamentos e práticas desta abordagem no direito, em especial, nos casos de direito de família que estavam sob o seu julgamento, o que passou a denominar de Direito sistêmico. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento da ADPF 132 reconheceu o princípio da busca da felicidade como de natureza constitucional e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, busca-se analisar como o Direito sistêmico pode ser um instrumento para concretização do princípio da busca da felicidade. Para tanto, utilizou-se de pesquisa documental e método dedutivo a fim de analisar o impacto das práticas sistêmicas na consecução do princípio da busca à felicidade.

Palavras-chaves: Direito sistêmico; direitos fundamentais; Princípio da busca à felicidade

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Sistêmico; 3. Princípio da Busca da Felicidade. 3. Atendimento Sistêmico na Defensoria Pública e a concretização do direito à felicidade. 3. Considerações finais. 4. Referências.

---

1. INTRODUÇÃO:

O alemão Bert Hellinger desenvolveu o que hoje conhecemos como Constelações Familiares Sistêmicas que vem sendo utilizada por mais de dezesseis Tribunais de Justiça brasileiros, como uma forma alternativa de resolver litígios judiciais (BRASÍLIA/DF, 2018).

A Constelação Familiar é uma abordagem que mostra a imagem interna inconsciente que está desordenada e incompleta que produz sofrimento (Laguno, 2019). Esta abordagem foi desenvolvida pelo alemão Bert Hellinger, nascido em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1925, que estudou Filosofia, Teologia e Pedagogia. Ele trabalhou 16 anos como membro de uma ordem de missionários católicos com os Zulus na África. Depois ele se tornou psicanalista e desenvolveu a sua própria abordagem de Constelação Familiar a partir das experiências com dinâmica de grupos, terapia primal, análise transacional e vários processos de hipnose terapêutica.

Esse fenômeno, ainda muito pouco compreendido e explicado, tem algumas hipóteses levantadas utilizando-se da teoria de evolução dos "campos morfogenéticos", formulada pelo biólogo britânico Rupert Sheldrake e apoiando-se em conceitos da Física Quântica como, por exemplo, a não localidade, LAHORE (2015)

De acordo com Da Rosa (2016), Constelação Familiar é uma abordagem:

que objetiva, para se chegar à solução, trazer à luz, por meio da representação, as questões sistêmicas familiares mal resolvidas, principalmente de nossos antepassados, por violação das leis e princípios sistêmicos, violações estas que levam seus integrantes – mesmo aqueles que não têm ou tiveram nada a ver com o problema – a um redemoinho de doença, dor, sofrimento, tristeza, solidão, atraindo para si, sem querer, contextos de violência.

Ao mostrar com clareza as causas mais profundas dos conflitos, as constelações ajudam os participantes a romperem com o ciclo de repetição, superando o trauma, liberando as vítimas de hoje, para que não se tornem os agressores do amanhã, e incluindo os agressores, pois se eles forem excluídos, o sistema não estará em paz e alguém irá resgatá-los. Ao respeitar o destino do agressor a vida dele ficará leve e seguirá em paz, em condições de fazer diferente. Mudando dessa forma seu destino, de modo a dar uma nova direção à sua vida.

Aqui torna-se realidade o princípio de que tudo o que é trazido à luz em luz se transforma.

Somado a estes conhecimentos, bem como com a técnica descrita por Eric Berne e aprimorada por sua seguidora Fanita English de "análise de histórias", Hellinger descobriu que muitos problemas, dificuldades e mesmo doenças de seus clientes estavam ligados a destinos de membros anteriores de seu grupo familiar e ao desrespeito de algumas leis naturais, as quais denominou "as ordens do amor" (BERNE, 1981).

O Conselho Nacional de Justiça através da Resolução 125/2010 criou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do Poder Judiciário, a fim de estabelecer um tratamento adequado para resolução de conflitos de forma não litigiosa, o que foi referendado pelo Novo Código de Processo Civil, demonstrando que a forma tradicional de solucionar as demandas não vêm gerando um resultado positivo, como atestam os 80 milhões de processos em andamento na justiça brasileira, conforme dados do CNJ (BRASÍLIA-DF, 2016).

Para reforçar a posição de vanguarda, o Conselho Nacional de Justiça publica a Portaria 16/2015 (BRASIL, 2015) que prevê, no art. 1º, inciso VI: "potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida."

Em 2010, com base na posição do CNJ, dentro do ambiente garantista das regras constitucionais de 1988, por intermédio dos mecanismos e regramentos supracitados, nasce, no Brasil, o Direito Sistêmico. E a primeira publicação com essa nomenclatura foi utilizada pelo juiz Sami Storch, da Bahia, no próprio blog, novembro de 2010.

O magistrado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Sami Storch passou a utilizar a terapia da constelação familiar em 2012 para solucionar os conflitos das partes que atendia. Ele tomou conhecimento da técnica em uma terapia pessoal, antes de ingressar na magistratura e, ao aplicá-la às disputas judiciais, surpreendeu-se com os bons resultados.

No ano de 2012 o juiz Sami Storch testou a técnica com cidadãos do município de Castro Alves, a 191 quilômetros de Salvador e nas 90 audiências realizadas, nas quais pelo menos uma das partes participou da vivência de Constelações, o índice de conciliação foi de 91%

Atualmente, no Brasil mais 16 (dezesseis) Tribunais de Justiça aplicam a terapia em demandas pré e pós processuais das mais diversas searas do direito e no Estado de Goiás, o CNJ premiou no V Prêmio Conciliar é Legal em 2015 um projeto da comarca de Goiânia, que usou as constelações em mediações judiciais, com índice de solução de cerca de 94% em disputas familiares (BRASÍLIA-DF, 2018).

O princípio da busca da felicidade foi previsto, pela primeira vez, na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como uma resposta desse povo à necessidade de não mais ser uma colônia vinculada à Inglaterra. No Brasil, o seu reconhecimento se deu em sede de julgamento do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011), ao se reconhecer a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo como um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito sistêmico, assim, através das posturas sistêmicas e das constelações familiares que vêm sendo utilizadas nas mais diversas instituições do sistema de justiça, por todo o Brasil, na medida em que propõe resolver de maneira profunda os litígios, evitando inclusive a reiteração de demandas e padrões comportamentais, pode ser um grande aliado na concretização do princípio da busca da felicidade.

Assim, este trabalho se propõe a analisar, a partir de algumas experiências práticas, como o direito sistêmico vem concretizando o princípio da busca da felicidade. Para tanto, através de revisão de literatura inicialmente se conceituará o direito sistêmico, o princípio da busca da felicidade, sucessivamente, a aplicação prática do direito sistêmico e a sua eficácia ou não para a concretização da felicidade das partes litigantes.

2. O DIREITO SISTÊMICO:

Direito sistêmico é expressão utilizada pelo juiz Sami Stoch para denominar a análise do Direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, conforme demonstram as constelações familiares desenvolvida por Hellinger (STORCH, 2018).

Segundo o juiz (STORCH, 2018):

O Direito sistêmico vê as partes em conflito como membros de um mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente façam parte (família, categoria profissional, etnia, religião etc.) e busca encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio.

Estas ordem superiores são chamadas por Bert Hellinger de Ordens do Amor. São elas: o pertencimento, a hierarquia e o equilíbrio entre o dar e o tomar. Essas ordens seriam como as leis da física, cuja existência e influência ocorrem independentemente da nossa consciência acerca delas ou da nossa vontade (HELLINGER, 2015).

A primeira Ordem do Amor é o pertencimento. Segundo ela, todos os membros de um sistema familiar devem pertencer. Esta ordem inclui todos aqueles que fazem parte, independentemente de estarem vivos ou mortos. Se um membro se perde do grupo familiar ou a ele é negado o direito de pertencer, haverá no grupo a necessidade de restabelecimento da completude.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É muito comum isso acontecer, por exemplo, em casos de filhos que não têm contato com o pai. Esses filhos, como uma maneira amorosa de honrar o pai, passam a ter comportamentos semelhantes ao do pai excluído, mesmo sem tem qualquer contato com ele. É uma forma de incluir no sistema o pai a quem foi negado o direito de pertencer. Portanto, independentemente de nossa vontade, todos os membros de uma família, vivos ou mortos, fazem parte do sistema e influenciam as gerações futuras (HELLINGER, 2012).

A segunda Ordem do Amor é a hierarquia. Bert Hellinger ensina que, segundo esta ordem, os membros familiares que vieram antes têm precedência em relação àqueles que vieram depois. Os pais têm precedência sobre os filhos e o irmão mais velho tem precedência sobre o mais novo. A hierarquia é desrespeitada, por exemplo, quando os sucessores interferem em assuntos dos antecessores, e julgam saber mais do que aqueles que vieram antes.

Por último, tem-se a ordem do equilíbrio. Esta ordem prevê que as relações são regidas pelo dar e tomar. As relações humanas são relações de trocas recíprocas, tanto para o bem, quanto para o mal. Quando recebemos algo, sentimos necessidade de compensar e, uma vez que entendemos ter retribuído aquilo que recebemos, nos sentimos aliviados. O equilíbrio pode advir de trocas positivas, quando alguém faz um bem para o outro e igualmente recebe deste algo bom; mas também pode ocorrer com trocas negativas, quando fazemos mal a alguém. Esse equilíbrio, no entanto, só pode ser buscado em relações entre pessoas de mesmo nível hierárquico.

A relação entre pais e filhos será sempre desequilibrada. Os filhos jamais poderão retribuir aos pais o que deles tomaram e o que de mais valioso lhes foi dado: a vida. Nessas relações, o amor deve seguir adiante, como o fluxo de um rio, no sentido da vida. Assim, os filhos passam o que tomaram para a próxima geração.

Quando se trata de relações entre casais, é necessário que a retribuição positiva seja sempre um pouco maior do que aquela que se tomou. Já a retribuição negativa, deve ser um pouco menor do que o mal que outro lhe fez e sempre com amor. Dessa forma, o equilíbrio entre um casal em harmonia não é estático. A relação deve ocorrer de modo que as trocas sejam valiosas e maiores.

Esta última ordem, em que pese se desconheça se Hellinger teve influência direta deste pensamento, muito se assemelha com a visão dos filósofos contratualistas, em especial, com o pensamento de Hobbes, principalmente no que tange ao reconhecer a necessidade das relações amorosas retribuírem até mesmo o mal para se manterem saudáveis, mesmo que em uma menor escala, considerando que este filósofo é responsável por divulgar a conhecida frase "o homem é o lobo do próprio

homem", traduzida para o latim como "*homo homini lupus*", que pertence originalmente ao dramaturgo romano Plautus (254-184 a.C.), (FUCKS, 2019).

É salutar destacar, entretanto, que Hellinger em sua obra em nenhum momento afirma que o ser humano é naturalmente ruim. Pelo contrário, no livro "Conflito e Paz" (HELLINGER, 2007, pág.67) o autor afirma que o que julgamos como pessoas más são aquelas que possuem valores distintos dos da nossa família.

Quando estas ordens são desrespeitadas, consciente ou inconscientemente, o sistema buscará meios de se completar, o que pode acarretar desordem, dor e sofrimento. A busca pela completude pode ser verificada pela identificação de dinâmicas de comportamento que sugerem a violação das ordens.

Neste sentido, com base nos conhecimentos destas leis, os profissionais da área jurídica, ao serem demandados para atuar em qualquer espécie de conflito, em uma atuação com fulcro no direito sistêmico, podem perceber no atendimento ou atuação processual, qual ou quais ordens estão sendo violadas e convidarem/provocarem as partes a olharem para isso.

O Juiz Sami Storch (2018), assim, exemplifica os êxitos que vêm obtendo com as práticas sistêmicas dentro do judiciário baiano:

Por meio de questionários respondidos após a audiência de conciliação por pessoas que participaram das vivências de constelações, obtivemos as seguintes respostas:

59% das pessoas disseram ter percebido, desde a vivência, mudança de comportamento do pai/mãe de seu filho que melhorou o relacionamento entre as partes. Para 28,9%, a mudança foi considerável ou muita;

59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito;

77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito;

71% disseram ter havido melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s) após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora;

76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu(ua) filho(a) com ele(a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos;

55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiram mais calmas para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais.

Recentemente, em aula online da pós graduação de Direito Sistêmico, a professora Isabella Oliveira (2019) lecionou que Sophie Hellinger, Diretora da Hellinger Schulle, instituição de formação e aprofundamento das constelações familiares, em suas mais novas reflexões, expôs a necessidade de se superar a nomenclatura "sistêmico" e implantar a expressão " integral".

Segundo a professora, o sistêmico remota a um círculo fechado, o todo seria a soma das partes e de alguma forma haveria um controle acerca das pessoas/ancestrais que influenciam as nossas vidas. Ocorre que, os último movimentos das constelações familiares atestaram que não temos total conhecimento das influências, contextos, forças, que estamos envolvidos, já que somos multidimensionais, multitemporais, sendo mais pertinente a nomenclatura "integral" para denominar este fenômeno.

Assim, em que pese o Direito Sistêmico apareça como uma novidade para o direito, a bem da verdade, o mesmo já nasce velho para os movimentos das constelações familiares que está em constante transformação.

3. PRINCÍPIO DA BUSCA DA FELICIDADE:

A acepção etimológica da palavra felicidade advêm do grego eudaimonia, derivada dos termos eu (“bem-disposto”) e daimon (“poder divino”) expressão concebida pelos filósofos da Antiguidade que a designavam como a busca pela sabedoria, em razão de que o fim das ações humanas, individuais ou coletivas, consistiram na perquirição pela sabedoria e por conseguinte, na própria busca pela felicidade. (LAURIOLA, 2006)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em que pese a felicidade, na acepção literal da palavra, nunca tenha sido positivada nas Constituições brasileiras sua existência é percebida através de técnicas hermenêuticas, notadamente na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o referido texto constitucional marcou o advento da democracia e a conquista de vários direitos trabalhistas e sociais. Nesse contexto, Saul Tourinho Leal entende que a Constituição de 1988 "trouxe um subsistema constitucional da felicidade baseado na proteção do bem-estar em vários campos da vida coletiva." (2014, pág. 153)

A felicidade, assim, está associada no campo referencial do "bem-estar" na atual Constituição de uma forma mais peculiar. Entretanto, é necessário ter cautela ao associar "bem-estar" como felicidade, diante das variáveis que circundam o termo.

Saul Tourinho Leal analisando a Constituição Federal de 1988 reconhece o direito à felicidade a partir de várias vertentes (LEAL, 2014, pág. 370). Assim, como entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132, o direito à felicidade deve ser visto como princípio, face a abstratividade do preceito e as características de direito fundamental considerados na tese de Robert Alexy. Na sequência, há o direito à felicidade pública com fulcro nos ensinamentos de Hannah Arendt, fundado na participação popular.

Sucessivamente tem-se o direito à busca da felicidade, com características marcantes do liberalismo, segundo o qual o Estado deveria se abster para não intervir nos planos racionais do indivíduo na busca da felicidade. Ainda, constata-se o direito aos meios à busca da felicidade, baseado tipicamente em um modelo prestacional por parte do Estado, haja vista ser ele o responsável por atribuir o mínimo existencial aos seus cidadãos, a fim de atenuar as dores quotidianas por eles sentidas, ante as dificuldades enfrentadas na concretização dos direitos sociais. Todas estas perspectivas devem estar em harmonia com a dignidade da pessoa humana, vedando portanto, os estímulos aos prazeres sádicos, pois estes, embora possam proporcionar prazer aos seus agentes, a felicidade não os acomete, haja vista a diferença na qualidade dos prazeres para se configurar a felicidade aqui defendida.

Por fim, a felicidade coletiva como telos da decisão judicial, baseada na técnica de ponderação para decisões que abarcam o interesse coletivo, devendo-se sempre que possível primar por julgar estes casos levando em consideração a maximização da felicidade ao maior número de pessoas.

Constata-se, em especial a partir do julgamento da ADPF 132 pelo STF, que a busca da felicidade assume papel decisivo no processo de afirmação, fruição e expansão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dos direitos fundamentais, qualificando-se como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência pudessem comprometer, afetar ou, até mesmo, extirpar direitos e franquias individuais.

Sobretudo ao se ponderar sobre as palavras do Min. Marco Aurélio, no julgamento da ADPF 132, ao ressaltar: "ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie".

3.1 O ATENDIMENTO SISTÊMICO NA DEFENSORIA PÚBLICA E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À FELICIDADE:

Diante da crise do judiciário, ocasionada pelo grande número de demandas processuais, de conhecimento notório para toda população brasileira, tornou-se imprescindível a utilização de soluções extrajudiciais para abordar os conflitos, tendo em vista a crescente insatisfação com as soluções e morosidade até então existentes.

Essas novas abordagens para tratamento de conflitos, tem como um dos seus aspectos, encontrar fatores em comuns nos interesses das partes da demanda. Nas alternativas à jurisdição o objetivo é que, ambas as partes ganhem com o fim do conflito, de modo em que os conflitantes desejem compor uma situação mais favorável a eles, através de conversações e debates. (TARTUCE, 2008).

Observa-se assim que, conforme a classificação de Saul Tourinho Leal, essas abordagens extrajudiciais são uma consequência do direito fundamental à busca pela felicidade na acepção liberal, considerando que o Estado não deve se opor às alternativas encontradas tanto pelos particulares, tanto pelos seus poderes, no caso o judiciário, para tratar os conflitos.

Um exemplo disso tem-se a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que visa o estímulo das pessoas para que busquem a solução dos conflitos, bem como o recepcionamento pelo novo Código de Processo Civil sobre a alternativa de mediação, o que demonstra o quanto esta alternativa vem sendo eficiente na resolução de conflitos, ou seja, diante das suas características de celeridade, economia processual, informalidade e flexibilidade, pode-se observar um crescimento desses meios alternativos de resolução de conflitos no país (FORTES e FETZER, 2015).

Neste sentido, tem-se que o Direito Sistêmico, nos termos da acepção etimológica da palavra, concretiza a felicidade ao possibilitar tanto ao ajudante quanto ao ajudado uma nova possibilidade de percepção do conflito, o que implica, até mesmo uma nova forma de exercer a profissão jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo o livro "Ordens da Ajuda" de Bert Hellinger, muitos ajudantes costumam se colocar perante aqueles a quem ajudam como pais, assim como aqueles que buscam auxílio, se posicionam como filhos daqueles a quem pedem ajuda.

Em geral, quando o ajudante é uma mulher existe uma projeção da mãe e quando se trata de homem, do pai. Neste contexto, expectativas são geradas em relação às projeções feitas e o auxílio buscado fica, de fato, prejudicado.

Na Defensoria Pública isto é muito comum nas mais diversas searas, entretanto, na infância e juventude, tanto infracional quanto cível, ouso afirmar que seja a área mais passível de acontecer.

Na infância cível, isto é bem comum em relação aos genitores das crianças acolhidas que, rotineiramente, deixam para pedir auxílio da Defensoria Pública quando o processo judicial está em avançado andamento e se veem na iminência de perderem o poder familiar sobre os seus filhos.

O(A) Defensor(a) assim, muitas vezes comovido com a situação dos genitores e das crianças, que em sua grande maioria possuem grande vínculo afetivo com os seus pais, em que pese as denúncias de negligência, maus-tratos, omissão, entre outras, se coloca como um possível salvador daquele triângulo dramático .

Entretanto, como bem ensina Bert Hellinger em sua obra "O Amor do Espírito", o ajudante deve auxiliar o cliente a alcançar o seu próprio destino a fim de que o mesmo cresça e se desenvolva de acordo com o que lhe é adequado.

Ocorre que, por mais que o exercício da profissão de Defensor(a) Público(a) endureça o profissional, é comum a comoção com os difíceis destinos das mães e pais das crianças acolhidas e muitas vezes se pensa que é possível intervir para mudar algo nestes destinos que é julgado como infeliz, seja porque as crianças nada têm a ver com isso, seja porque há na própria instituição uma boa consciência para que se atue assim.

Não obstante, ao exercer esse juízo de valor, a ajuda fica prejudicada, já que ao diferenciar o que é bom do que é mau, mesmo que mentalmente, se termina por excluir alguém, que é julgado como responsável pelo fato ruim que acomete aquela criança naquele momento, por exemplo. Fazendo isso, o ajudante se coloca acima do destino destes assistidos e do seu pai e da sua mãe, na medida em que a vida e a história daquela pessoa, é a vida e a história de um sistema familiar que muitas vezes sequer temos noções dos seus emaranhamentos mas que julgamos como ruim e, portanto, queremos mudar, nos transformando em algo semelhante ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Criador, já que nós, que supostamente sabemos o que é o melhor para aquele assistido.

Bert Hellinger ensina que a primeira coisa a fazer nesses casos de transferência e contratransferência é o ajudante dar aos pais do cliente ou assistido um lugar de respeito e amor no seu coração, afinal, aquela pessoa só está ali, viva, porque esses pais lhes deram o presente mais valioso que poderia existir: a vida. Assim, ao respeitar e entrar em sintonia com os pais do assistido, o ajudante, contraditoriamente, faz com o que aquele encare os seus verdadeiros pais, evitando fuga e transferência.

"Em "As Ordens da Ajuda" Hellinger aponta que "a arrogância da criança, em relação aos pais, continua na arrogância do ajudante perante o cliente. " Ou seja, o (a) Defensor(a) que afirma que quer ajudar determinado assistido e entra na transferência e contratransferência com este, tem esta relação em razão dos seus próprios emaranhamentos com os seus pais. Provavelmente se julga maiores e melhores que estes, inconscientemente, e, por isso, gosta de dizer para eles o que é certo, o que é errado, exatamente como faz com os assistidos.

Nos casos de destituição de poder familiar, como já dito, em regra, as mães ou pais, relatam destinos difíceis e se colocam como vítimas de uma série de acontecimentos e de pessoas, a começar da sua mãe e de seu pai(este, na maioria das vezes, pessoa completamente desconhecida). O(A)s Defensore(a)s, assim, olham para aquele assistido(a) como uma vítima e passam a fazer o papel do pai ou da mãe que essa pessoa não teve ou que ela julga que teve de maneira insuficiente, sempre com muita pena, atendendo em qualquer lugar, em qualquer horário, fazendo muito mais do que a sua função institucional impõe.

Subsequentemente, este usuário da Defensoria Pública, que já está totalmente identificado com o papel de vítima, ao saber de uma sentença desfavorável, por exemplo, se julga mais uma vez vítima da sociedade, por ser uma pessoa pobre que não teve condições de pagar advogado e que por isso teve sua demanda julgada desfavoravelmente. O(a) Defensor(a), por sua vez, fica frustrado, já que fez mais do que podia e cabia no caso e, além de não ter tido êxito, não teve reconhecimento pelo trabalho feito nem mesmo pelo assistido, que ocupou o papel de seu filho durante todo o transcurso da demanda e, portanto, se sente no direito de receber de maneira ilimitada.

Este é um quadro rotineiro na Defensoria Pública e que reflete a desordem na terceira ordem da ajuda, que preconiza que o " ajudante também se coloque como adulto perante um adulto que procura ajuda." (HELLINGER, 2015) pois, o que se observa, é que o(a) Defensor(a) Público(a) além de se colocar em uma posição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

equivocada, trata o assistido como uma criança, tirando até mesmo a força deste de resolver as suas demandas e ser responsabilizado por suas escolhas. Assim, uma postura que em muito poderá ajudar esses profissionais no exercício dessa função e, consequentemente promover a felicidade, é olhar, com amor e respeito, para os pais desses assistidos, sem julgamento e sem intenção e, em seguida, olhar para esse assistido como um adulto que precisa, inicialmente, aceitar esse destino e a sua família, da exata forma como se apresenta e, em sucessivamente, saber que, por mais difícil que tenha sido a sua vida até então, ele sobreviveu, o que o faz uma pessoa forte e capaz de resolver os seus problemas. A partir dai, o(a) Defensor(a) poderá se ocupar da sua missão instituição de promover direitos, sem nenhuma responsabilidade além da imposta pela lei.

Algumas posturas e atitudes sistêmicas podem ser tomadas pelo(a) Defensor(a) para auxiliar a resolver, de fato, os conflitos, são exemplos:

1 – Ao atender uma pessoa que já começa dizendo que você é a última esperança, ou que expresse de alguma forma a grande expectativa de salvação que tem em relação a você ou a Defensoria, é importante fazer intervenções, através de questionamentos, que façam çom que o (a) assistido(a) reflita como ele(a) contribuiu para a situação chegar aquele determinado ponto e, como ele pode fazer diferente, consequentemente o fazendo retornar ou chegar ao lugar de adulto;

2 – Quando o assistido(a) começar a reclamar de uma série de pessoas ou situações que a prejudicaram ou tiveram um comportamento supostamente inadequado, ex: mães que reclamam dos pais de seus filhos que nunca pagaram pensão ou que nunca fizeram uma ligação de aniversário, etc, é importante não assumir uma postura de indignado(a), fomentando mais crítica, dizendo frases como " tudo sobra pra a mulher mesmo", entre outros.

Frases como estas, além de fomentar a posição de vítima, exclui aqueles que também foram responsáveis pela existência da criança. Assim, é relevante conversar com o (a) assistido(a) de forma a mostrar a importância de todos aqueles que ela(e) excluiu na sua fala inicial. No caso da pensão alimentícia e abandono afetivo, dizer que, apesar de toda esta situação, a criança só existe exatamente daquele jeito, porque teve aquele pai/mãe e que ela ama a ambos da mesma forma e se a mãe/pai continuar a excluir o(a) genitor(a), o(a) filho(a) tentará o incluir no sistema familiar de alguma forma, inconscientemente, seja se portando igual ao excluído, seja demonstrando uma raiva ou rebeldia supostamente inexplicável, como é rotineiro se perceber nos casos atendidos na Defensoria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3 – A constelação familiar utiliza algumas frases sanadoras que podem ser utilizadas tanto em petições como também ditas pelo (a) Defensor(a) Público(a) durante os atendimentos, como nas tentativas de acordo. São exemplos de frases sanadoras: " Faço a minha parte e deixo a sua com você"; "Sou grato por tudo que vivemos".

Tanto as frases, quanto as posturas acima mencionadas, têm sido aos poucos implementadas na Defensoria Pública da comarca de Rio Negro/MS e o que se observa é que os acordos e até mesmo as petições que contêm estas intenções têm sido menos objeto de cumprimento de sentença e revisão do que as que não constam estas frases.

Ao fazermos um divórcio consensual, por exemplo, após a assinatura do termo, é normalmente falado para o ex casal que, apesar deles estarem finalizando juridicamente a relação deles ali, e considerarem que não deram certo, a bem da verdade eles fizeram uma das coisas mais valiosas que o ser humano pode fazer: geraram uma outra vida e eles só tiverem aquele filho/a maravilhoso/a que tiveram, porque foi com aquele/a pai/mãe. O efeito dessa fala é imediato, por mais tenso que tenham sido os momentos anteriores, eles sorriem e agradecem, deixando o ambiente de uma maneira muito mais harmoniosa.

Quando o casal não teve filhos, mencionamos os aprendizados e a resiliência que aquela relação trouxe, além dos momentos felizes que passaram juntos e o efeito é muito semelhante com o descrito no parágrafo anterior.

Assim, a partir de uma amostragem de 44 (quarenta e quatro) acordos feitos, das mais diversas searas, no período de agosto de 2018 a maio de 2019, observou-se que aqueles que as frases constaram nas petições e foram ditas para as partes não houve nenhuma propositura de cumprimento ou revisão posteriormente. Enquanto que para o mesmo período, os acordos que não possuíam as frases sistêmicas, nem estas foram ditas para as partes, tiveram descumprimento em cerca de 11% dos casos.

4 – A partir de maio de 2019, também foi implantado na comarca de Rio Negro/MS, em parceria com a polícia civil da cidade, o projeto "Maria da Penha sistêmica.". A proposta deste projeto, que teve o seu primeiro encontro no dia 17 de maio de 2019, é que todos os envolvidos nos boletins de ocorrência de violência doméstica registrados no ano de 2019, sejam convidadas a participarem de 03 (três) ciclos de reuniões, em datas pré-agendadas, separando vítimas de supostos agressores, no salão do Tribunal do Júri do Fórum.

Estas reuniões que são conduzidas pela Defensora, o Delegado e a policial civil responsável por atender as demandas de violência doméstica da cidade, abordarão,

respectivamente, a Lei Maria da Penha, os tipos de violência e quais os instrumentos/instituições existentes na cidade para atender a vítima/agressor.

Entretanto, além da parte teórica, são realizados exercícios sistêmicos com os assistidos, como por exemplo, os participantes são convidados a olharem para o seu pai e sua mãe, através de representantes escolhidos na hora, e agradecerem por tudo que receberam deles, mesmo que seja "apenas" a vida.

Isto, porque, o que se observa a partir de uma visão "Hellengeriana" é que se não agradecemos pelo o que recebemos, vamos para a vida, para os relacionamentos, querendo "receber" aquilo que entendemos que nossos pais não nos deram e repetimos um padrão de relacionamento, onde sempre um se coloca como filho do outro, demanda muito do outro, o que pode resultar em diversos tipos de violência.

Ou seja, se você não resolve aquela sua primeira relação, que é com o pai e com a mãe, em especial com esta, você sempre terá problemas nas suas outras relações. E isto pode ser facilmente verificado no fato de que a vítima de violência doméstica, nunca é somente vítima de um homem e o agressor não se envolve em conflito apenas com uma mulher, demonstrando um padrão comportamental que tem muito a ver com o sistema familiar de cada um dos envolvidos.

Como este projeto é recente, não é possível mensurar o impacto e resultado dele. Entretanto, no primeiro encontro, já foi possível verificar como os supostos agressores se sentiram tocados pela temática, principalmente ao abordarmos a figura do pai e como as vítimas observaram o padrão de violência existente no seu sistema familiar. E após 02 (dois) meses do fim do projeto, não houve registro de ocorrência entre as partes que participaram integralmente do projeto, um casal que participou dos três encontros reatou o relacionamento e outro casal realizou a dissolução da união estável, cumulada com guarda e alimentos, de maneira consensual, sem nenhuma intercorrência.

Existe uma última ordem da ajuda, que é definida como sendo "ajudar sem lastimar", que é uma espécie de atualização feita por Bert Hellinger na obra " O Amor do Espírito", já que no livro "Ordens da Ajuda" o autor só menciona a existência de cinco ordens.

Esta ordem, assim como a quinta, decorre da ajuda segundo o amor do espírito, que é definido como HELLINGER (2015, pág. 13):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

" um amor criativo – criativo, porém, em sintonia com o pensar desse espírito. Assim sendo, esse amor se torna uma ciência, uma ciência universal. Como ciência universal atua de maneira universal, atua por ser verdadeira."

Ou seja, o ajudar sem lastimar é uma consequência direta do ajudar sem julgar, pois ao sentir pena da triste situação narrada pelo ajudado, de alguma forma o ajudante está dizendo que aquilo que aconteceu foi errado, teria que ter acontecido diferente.

No âmbito jurídico, por óbvio, deve-se ter muita clareza daquilo que é de acordo ou contra a lei. Não obstante, a partir de uma visão sistêmica, ao se deparar, como dito anteriormente, com situações que são julgadas como chocantes por demais, como violência sexual, abandono, tortura, entre outras, se dá mais força ao assistido/a, inclusive para enfrentar o problema que aparece naquele momento e o/a fez procurar a Defensoria Pública, se o ajudante o fizer olhar para aquela situação passada como importante para o fortalecimento do seu ser no dia atual, para a construção da sua história, sem em nenhum momento entrar na esfera de pena, lástima.

Assim, em uma atuação sistêmica, se presta nos casos acima toda a orientação jurídica cabível, todas as medidas jurídicas cabíveis são tomadas, entretanto, essas ações seriam sempre acompanhadas de falas que tirem o/a assistido do lugar da vítima, empoderando-o/a, fazendo com que este/a aceite, psicologicamente e emocionalmente o que passou, e isso nada tem a ver com conformismo, e entenda que tais fatos foram muito importantes para ele/a e para o sistema familiar de ambos os envolvidos.

Para demonstrar um exemplo, relato uma situação que aconteceu com esta subscritora. Em uma reunião com beneficiários do bolsa família no CRAS, fomos abordar a importância de agradecer aos nossos pais pela vida. Imediatamente, uma participante fechou os olhos e começou a chorar, dizendo que não tinha como fazer isso, porque foi abandonada pela mãe em um lixo e em razão do abandono, sofreu muito durante toda a vida, entre outros.

O normal, até segundo os ensinamentos do cristianismo, é se falar para esta pessoa perdoar esses pais, ter pena e lastimar a vida desta. Uma atuação sistêmica, por outro lado, implica no ajudante, após ceder um lenço/papel toalha para a pessoa enxugar as lágrimas, demonstrando uma atuação compassiva, pedir, primeiramente, para a mesma não fechar os olhos, já que ao fazer isso ela está indo para os sentimentos secundários, que são aqueles que decorrem da memória, muitas vezes construídas por fatos que a pessoa nem vivenciou ou lembra ter vivenciado, e tem forte carga dramática . Assim, a pessoa deve ser mantida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com os olhos abertos, no presente. Em seguida, convidar a pessoa a refletir sobre o que tem de bom na vida dela hoje, com perguntas como: " Você tem filhos/as?", " Você os ama?", "Você trabalha?" e, sucessivamente, convidá-la a refletir que tudo isso só existe porque sua mãe e seu pai lhe deram um sim, afinal, a mãe poderia ter abortado por exemplo, ou tê-la matado assim que nasceu, já que era muito frágil para se defender, mas não, essas pessoas deram um sim. E esse, sim, que é a vida, é a única coisa que ela precisava para construir todo o resto, como ela fez.

Portanto, o convite não é, neste caso, para fazer a pessoa amar o pai e a mãe, mas agradecer, sim, pois sem eles, ela não seria a pessoa resiliente e forte que é. Ao se fazer isso, é instantânea a reação da pessoa ao perceber uma outra perspectiva de olhar. Esta é apenas uma exemplificação de intervenção sistêmica, mas o próprio Hellinger menciona frases simples, sem maiores conversas, que podem ser ditas, como uma provocação, exemplo: " Quando olho para você vejo a grandeza dos seus pais."

Em que pese não tenham sido utilizados indicadores objetivos para mensurar se tais posturas mencionadas ensejam uma maior ou menor felicidade dos envolvidos, o que observa é que o fatos das partes não voltarem na Defensoria para propor novas demandas, além do aumento se soluções consensuais conjugado a uma boa saúde psíquica do ajudante são indícios de que as práticas do direito sistêmico tem auxiliado a concretizar o direito à felicidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

As ferramentas do direito sistêmico vêm se mostrando como importantes aliadas na concretização do direito fundamental à felicidade na medida em que, promovem um maior autoconhecimento das partes envolvidas, através de reflexões e exercícios sistêmicos, e aumentam o número de soluções consensuais dos conflitos, com um maior envolvimento das partes e promove uma ajuda eficaz do profissional do direito.

Isto se deve ao fato de que além da resolução jurídica do problema apresentado, o Direito Sistêmico por intermédio de pequenas reflexões, posturas, convida o ajudado a ampliar a visão da contenda, propondo para o mesmo um olhar de que, apesar dele ter direitos e deveres, assim como aquele com quem ele litiga, todos possuímos emaranhamentos, oriundos do nosso sistema familiar, que, inconscientemente, nos faz ter padrões comportamentais, muitas vezes repetidos por gerações, e que aquele problema pode ser um convite para olhar para isso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E isso invariavelmente conduz às partes a um melhor estado de bem-estar, o qual pode ser denominado felicidade, em especial ao se considerar a sua matriz grega eudaimonia, tendo em vista que as práticas do direito sistêmico aumentam o conhecimento sobre si e sobre o todo.

REFERÊNCIAS:

BERNE, Eric. **Análise Transacional em Psicoterapia.** . São Paulo: Summus, 1981.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 de julh. de 2019.

BRASIL. Presidência da República. Brasil. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ricardo lewandowski. Dispõe sobre as diretrizes de gestão da Presidência do Conselho Nacional de Justiça para o biênio 2015-2016. **Portaria nº 16 de 26/02/2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2855>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASÍLIA - DF. Conselho Nacional de Justiça. Conselho nacional de justiça. **Priorização do primeiro grau da justiça: nossa meta é você**. Disponível em: <http:// http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao >. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASILIA - DF. Conselho Nacional de Justiça. Luiza fariello (Ed.) **Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 estados e DF.**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>. Acesso em: 29 nov. 2018.

FORTES, Francielli Silveira e FETZER, Natália Luiza. **O reconhecimento da cidadania por meio das políticas públicas de tratamento de conflitos: a busca por um novo paradigma de justiça a partir das resoluções do conselho nacional de justiça.** Barbarói, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.44, p.<220-237>, jul./dez. 2015

FUKS, Roberta. **O homem é lobo do homem**. Disponível em:< https://www.culturagenial.com/o-homem-e-lobo-do-homem/>. Acesso em: 21 de set de 2019.

HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho**. Trad. Eloisa G. Tironi e Tsuyuko Jinno- Speller. 3 ed. Goiania, GO:Atman, 2012

HELLINGER, Bert. **Conflito e paz: uma resposta**. São Paulo: Cultrix, 2007

HELLINGER, Bert. **O amor do Espírito**. Belo Horizonte: Atman, 2015.

____ **O amor do Espírito**. Belo Horizonte: Atman, 2015, pág. 18.

____ **O amor do Espírito**. Belo Horizonte: Atman, 2015, pág. 13.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Abril Cultural, 1984. Coleção os Pensadores.

LAGUNO, Cristina. **AULA DO MÓDULO 13 DA PÓS GRADUAÇÃO DE DIREITO SISTÊMICO**, 2019, São Paulo. Famílias dentro do foco social. São Paulo: Hellinger Schule, 2019.

LAHORE, Idris. **"Neurônios espelho, física quântica, campos mórficos e constelações familiares."** . Disponível em: <http://rodrigoramos.org/blog/neuronios-espelho-fisica-quantica-campos-morficos-e-constelacoes-familiares/>. Acesso em: 01 dez. 2018.

LAURIOLA, Rosanna. **De eudaimonia à felicidade. Visão geral do conceito de felicidade na antiga cultura grega, com alguns vislumbres dos tempos modernos**. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/059/59esp_lauriolapt.htm#_ftn14>. Acesso em:set. 2019

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 153

___. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 370.

OLIVEIRA, Isabella. **Aula Online da Pós Graduação de Direito Sistêmico**. Disponível em: https://www.online.org.br/. Acesso em: 03 dez. 2019.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-euma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 27 jun. 2019.

STORCH, SAMI. **DIREITO SISTÊMICO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA FENOMENOLÓGICA DAS CONST**. Disponível em:

<https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 24 jun. 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2008

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS PROCESSOS EXECUTIVOS "WALKING DEAD" E A INDISPENSÁVEL PROMOÇÃO DE BALIZAS

LEANDRO FLORENCIO ROCHA DE ARAUJO: Graduado pela Universidade Do Estado da Bahia - UNEB.Pós-graduado em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera. Ex-Assessor Judiciário da 1ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Civel e Comerciais da Comarca de Juazeiro/BA. Atualmente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça da Bahia, no 3º Cartório Integrado de Consumo da Comarca de Salvador/BA. E-mail: leofraraujo@me.com.

RESUMO: o presente estudo objetiva analisar a crise da execução, diante dos conhecidos processos "walking dead" ou processos zumbis, face o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, trazendo uma alternativa para solução do problema, ante a possibilidade de aplicação do REsp 1340553-RS às prescrições intercorrentes no processo executivo comum. Para tanto, elenca as hipóteses de extinção da execução; explica o instituto da prescrição intercorrente; e verifica a possibilidade de aplicar a tese firmada no recurso repetitivo à execuções comuns. Como metodologia, foi empregada a revisão de literatura em doutrinas, legislações pertinentes ao tema em estudo, além da análise do REsp 1340553-RS, permitindo concluir que, tal como já ocorre na execução fiscal, é razoável que se aplique o recurso repetitivo, também no processo executivo comum, que sofre com a tramitação dos chamados "processos executivos zumbis", que vão sendo prorrogados indefinidamente no tempo, implicando em morosidade e custos excessivos.

Palavras-chave: Processo executivo "walking dead" - prescrição intercorrente

Judicial Execution Walking Dead and the indispensable promotion of beacons

ABSTRACT: this study aims to analyze the crisis of execution, in the face of the known walking dead processes or zombie processes, given fundamental right to executive judicial protection, bringing an alternative to solving the problem, in view of the possibility of application of REsp 1340553-RS to the requirements intercurrent in the common executive procedure. To this end, it lists the chances of extinction of execution; explains the institute of the intercurrent prescription; and verifies the possibility of applying the thesis signed in the repetitive appeal to common executions. As a methodology, the literature review was used in doctrines, legislation pertinent to the theme under study, in addition to the analysis of REsp 1340553-RS, allowing us to conclude that as already occurs in fiscal execution, it is

reasonable to apply repetitive resource, also in the common executive process, which suffers from the processing of so-called "zombie executive processes", which are being extended indefinitely in time, implying delay and excessive costs.

Keywords: Judicial Execution Walking Dead - Intercurrent prescription

Sumário: 1. Introdução. – 2. Extinção da execução. - 3. Prescrição intercorrente. - 4. Aplicação da prescrição intercorrente segundo as regras do Código de Processo Civil; 4.1. O REsp 1340553-RS. - 5. Considerações finais. - 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Qualquer pessoa, seja ela natural ou jurídica, que tiver seu direito ameaçado ou lesado, pode recorrer ao Poder Judiciário para dele obter a tutela jurisdicional no sentido da cessação dessa ameaça ou da reparação relativa à lesão ao direito, sendo-lhe garantida a satisfação quanto ao prejuízo. A afirmação consubstancia o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

Para isso, é à tutela jurisdicional dividida em três modalidades: tutela jurisdicional de cognição, tutela jurisdicional de asseguração ou cautelar e tutela jurisdicional de execução. É essa ultima que tem por objetivo dar ao credor aquilo que ele obteria pelo cumprimento voluntário da obrigação. Para tanto, o Estado se vale de meios de execução direta e indireta.

Assim, desenvolve-se a ideia de que há um direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, posto que, por vezes, as decisões judiciais e as obrigações contratuais não são cumpridas espontaneamente pelo devedor.

Não obstante, para que a máquina judiciária funcione, em regra, é necessário impulso da parte interessada, porquanto a atuação jurisdicional, como prevê o princípio da inércia, não se procede de oficio, sendo indispensável a manifestação do jurisdicionado. Porém, não é suficiente a mera manifestação, mas também a efetividade dessa manifestação, com poder suficiente para alcançar o resultado prático pretendido, com a satisfação do crédito executivo, sob pena de que a força do tempo influa sobremaneira sobre o processo executivo, mormente sobre aquele que jamais demonstrou aptidão para alcançar qualquer satisfação.

Com isso, abre-se a oportunidade para um instituto de extrema relevância para o Direito, que é a prescrição intercorrente, de recente introdução expressa no Novo Código de Processo Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Feitas estas explanações iniciais, o presente estudo objetiva discutir até que ponto é relevante a continuidade de processos executivos comuns que não entregam qualquer resultado prático efetivo, bem como a possibilidade de aplicação da prescrição intercorrente, consoante entendimento firmado no recurso repetitivo, revelado pelo REsp 1340553-RS.

Como metodologia, foi empregada a revisão de literatura em doutrinas, legislações pertinentes ao tema em estudo, além da análise do REsp 1340553-RS com vistas a identificar as vantagens de aplicar a tese de execução fiscal ao processo de execução comum.

Assim, atribui-se à pesquisa caráter exploratório e descritivo, com características de uma investigação bibliográfica e documental, sem ter a pretensão de esgotar a matéria, possibilitando apenas uma contribuição para novos estudos que devem ser cotidianamente realizados e aprimorados.

2 EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO

A execução demanda um processo, que se instaura com o exercício da ação de execução, condicionado à observância dos mesmos pressupostos gerais demandados por qualquer processo (art. 485, IV), e um pressuposto específico, que é a apresentação do título executivo extrajudicial, tendendo a se extinguir com o cumprimento da obrigação dele constante.

As hipóteses de extinção da execução vêm relacionadas nos incs. I a V do art. 924, a saber: "I – a petição inicial for indeferida; II – a obrigação for satisfeita; III – o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida; IV – o exequente renunciar ao crédito; V – ocorrer a prescrição intercorrente" (BRASIL, 2015, s.p).

Na verdade, o que se extingue não é propriamente a execução, mas o processo de execução, pelo que, apenas por trasladação, é possível falar-se na extinção daquela como se fosse a extinção deste. Ademais, a extinção da execução ou do processo de execução, quando acontece, já terá provocado a extinção da ação e processo de embargos à execução (ALVIM, 2018).

Interessa a este estudo, o inc. V do art. 924 do CPC, que diz que extingue-se também a obrigação "quando ocorrer a prescrição intercorrente" (BRASIL, 2015, s.p).

É o que será discutido a seguir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Com a implementação do Estado Democrático de Direito, aumentou-se a busca pela realização dos direitos dos indivíduos, fato que ensejou aumento vultoso do exercício de direitos junto ao Poder Judiciário. O volume de processos teve como consequência a lentidão na resolução das demandas. Neste contexto, surgiu a necessidade de criação de mecanismos que tornassem mais céleres e efetivos os atos do Poder Público.

No que concerne ao Poder Judiciário, foram estabelecidos princípios como o da celeridade e da razoável duração do processo. É o instituto da prescrição que se revela importante para a efetivação destes princípios, pois põe fim a processos inócuos, nos quais a parte assume postura omissa. A prescrição desenvolveu-se e adquiriu, por assim dizer, uma espécie, a qual flui durante o desenrolar do processo, intitulada prescrição intercorrente.

Assim, a prescrição funciona como limitador temporal da faculdade do titular exercer sua pretensão em juízo. Ainda que essa abordagem seja realizada no campo do direito material, onde o legislador fixou certo prazo para a busca do que se chama de pretensão, tal instituto não deve ser limitado apenas ao lapso temporal de ajuizamento de uma ação. Seus efeitos devem romper o início da relação processual, a fim de garantir de forma justa e razoável ao devedor o direito de não ser penalizado pela inércia do titular da pretensão, que de forma injustificada não realiza os atos necessários a regular satisfação de sua pretensão (FIORI, 2014).

Assim, a prescrição intercorrente surgirá quando da instauração da relação processual, figurando como instituto apto a fulminar com a própria ação daquele que por inércia, deixar de dar regular prosseguimento à demanda.

Tal instituto, na visão de parte da doutrina, serve para garantir que o devedor não seja prejudicado por inércia do credor dentro da relação processual, evitando-se a perpetuidade das relações processuais.

A diferença da prescrição comum para a prescrição intercorrente é que a primeira ocorre antes de se instaurar uma relação processual, em razão da inércia de seu titular. Contrariamente, ocorrerá a prescrição intercorrente quando já instaurada a relação processual. Ambas utilizam o fator "tempo" e "inércia" como requisitos essenciais e aptos a ensejar uma ou outra modalidade de prescrição (ALVIM, 2018).

Ressalte-se que perante a doutrina não há unanimidade para se chegar a um conceito de prescrição intercorrente, seja pela resistência de sua aplicação, seja pela sua própria validade, o que demonstra que o conceito do referido instituto encontra-se "em fase de elaboração" (EÇA, 2008, p. 48).

Partindo da visão doutrinária dos que aceitam e comentam o tema, alguns conceitos podem ser definidos. Alvim define o instituto como aquele em que a proteção ativa desaparece, no decorrer do processo, frente ao possível direito material postulado, expressado na pretensão deduzida; em outras palavras, é aquela verificada em razão da inércia contínua e ininterrupta no caminhar do processo por lapso temporal superior ao que se dá a prescrição em determinada hipótese (ALVIM, 2018).

Externando seu entendimento sobre o instituto, Rabello (2005) conclui que a prescrição intercorrente é uma modalidade de prescrição cuja qualificação se dá pela peculiar circunstância de se consumar no curso de determinado processo judicial proposto por aquele que detém a titularidade da pretensão.

De forma objetiva, Saraiva (2018, p. 650) conceitua a prescrição intercorrente como aquele que se dá "no curso da ação, pela paralisação ou não realização de atos do processo executivo." Tal definição faz menção à aplicação da prescrição intercorrente apenas processos de execução, não sendo uníssono este entendimento. Lorenzetti (2009), narra um caso cuja prescrição intercorrente pode ser plenamente válida e consolidada:

> Assim, na fase de conhecimento do processo trabalhista, dificilmente se verificaria a possibilidade de consumar-se a prescrição intercorrente. Porém, também não se pode dizer que seja impossível. Cite-se o caso em que os autos são retirados da Secretaria e permanecem fora durante anos, sem que o reclamante os devolva, sendo i quem os retirou, ou requeira ao juiz que determine a devolução pela parte contraria, ou pela pessoa (por exemplo, o perito) com quem estiverem. Neste caso, o reclamante também seria responsável pela paralisação do procedimento. Em tese, pois, não é impossível a verificação, no processo de conhecimento, de hipótese de incidência de prescrição intercorrente, embora não tenhamos notícia de sua ocorrência prática na Justiça do Trabalho (LORENZETTI, 2009, p.296).

Dos ensinamentos de Lorenzetti (2009) se extrai um relato acerca de um exemplo da possibilidade da aplicação da prescrição intercorrente no âmbito da legislação laboral. No momento em que este estudo abordar o uso da prescrição endoprocessual no CPC de 2015, será percebido que a celeuma sobre concretização da prescrição intercorrente no processo de conhecimento está ganhando novas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

forças, e, por meio de uma interpretação sistemática, será revelada a importância e a legalidade do uso desse instituto nessa fase processual.

Ocorre que não vemos a decretação intercorrente da prescrição como uma prescrição punitiva, face à inércia do titular da ação, mas como uma norma temporal que impede a perpetuação do direito. Assim, entendemos que, na verdade, a prescrição intercorrente é uma das formas de aplicação da norma que determina o fim do prazo para exigibilidade do crédito, ou seja, é decorrência lógica e natural do conceito de prescrição

Destaca-se que, hodiernamente, a prescrição intercorrente tem criado mais solidez ou mesmo segurança doutrinária e jurisprudencial, bem como nas legislações dos diversos ramos do Direito.

O que difere a prescrição extintiva regulada pelo Código Civil da prescrição intercorrente é que aquela regula o lapso temporal para exercício de uma determinada pretensão visando à busca de um direito material dentro dos prazos preestabelecidos, e esta figura como uma "espécie qualificada pela especial circunstancia de se consumar durante o curso de um processo judicial" (RABELLO, 2005, p. 23).

Como se verá mais adiante, o CPC de 2015, de forma inédita, passou a dispor sobre o tema, assim como a Consolidação das Leis do Trabalho também o fez, com as novas regras incorporadas pela chamada reforma trabalhista realizada em 2017. Embora haja o fenômeno da normatização do instituto, nas legislações supracitadas, não existe uniformização de entendimento acerca do tema, continuando a persistir questionamentos acerca de sua aplicação aos casos concretos.

4 APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE SEGUNDO AS REGRAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O artigo 924 do CPC disciplina as etapas para que seja aplicada a prescrição. Em suma, tem-se que, caso o devedor não detenha bens que possam ser penhorados, o magistrado determinará a suspensão do processo por um ano. Após esse lapso temporal, deverá o credor requerer a continuação da execução. Não o fazendo e permanecendo inerte, o julgador determinará que os autos sejam arquivados. A partir desta ocasião, começa o prazo para conclusão da prescrição intercorrente (art. 924, inc. V). Concluído o período legal para caracterização da prescrição, o magistrado, após ouvir as partes, em até 15 dias, poderá, de ofício, reconhecer que ocorreu a prescrição intercorrente e, assim, extinguir o processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No entanto, diante da omissão do CPC, há uma divergência jurisprudencial a respeito da necessidade de intimação das partes para que, caso queiram, manifestem-se sobre a determinação judicial que designa o arquivamento do processo após a suspensão de um ano. Esta manifestação implicará, por consequência, no início da contagem do prazo prescricional endoprocessual.

A divergência ocorre, segundo Vivoda (2018) porque, enquanto o processo estava suspenso, não se pode dizer que foi deixado de praticar atos que lhe eram inerentes. Na verdade, esta suspensão não depende da vontade do autor, não se podendo cogitar em abandono da causa. E tendo em vista que o abandono do processo é muito diferente da prescrição intercorrente, não se admite a equiparação destes institutos com a finalidade de punir o credor em razão da ocultação de bens por parte do devedor, o que seria uma medida desarrazoada, incoerente com justiça que se espera por parte do Estado.

Outra questão, é saber se para a interrupção do prazo prescricional seria necessário o simples requerimento do credor ou somente aquele que decorra em efetiva constrição ou efetiva citação.

4.1 O REsp 1340553-RS

O REsp nº 1.340.553/RS, cujo relator foi o Ministro Mauro Campbell Marques, teve o escopo de representar a controvérsia repetitiva estampada no Tema 571, que transitou em julgado no dia 14/05/2019.

A discussão que foi submetida a julgamento foi a sistemática adotada na contagem da prescrição intercorrente cuja previsão encontra-se no art. 40 da Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980).

O caso concreto do recurso supracitado refere-se a recurso especial impetrado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional contra um acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª região, que, com base no artigo 40, parágrafo 4º, da Lei Execução Fiscal, reconheceu de ofício a prescrição intercorrente e extinguiu a execução fiscal. Entendeu o julgador que o processo já havia completado mais de cinco anos no arquivo. Afirmou, ainda, que mesmo sem a intimação da exequente para se manifestar a respeito da determinação da suspensão e do arquivamento processo, como também da decisão que concretizou a prescrição intercorrente, a Fazenda Pública não sofreu qualquer prejuízo, pois poderia alegar qualquer causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional a qualquer momento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já o órgão fazendário entendeu não ter transcorrido o prazo quinquenal necessário para configuração da prescrição endoprocessual. Sustentou que a corte de origem não acertou em seu julgado, por ter se equivocado na contagem do lapso temporal, ao considerar o *dies a quo* da prescrição intercorrente em data diversa da que verdadeiramente deveria ser apontada. Alegou, ainda, que todo e qualquer ato da requerente nos autos desconfigura a inércia, a qual é característica necessária para concretização da prescrição em questão, bem como não ser imprescindível que a manifestação da exequente decorra de um imediato impulso à execução fiscal. Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso em mencionado.

A decisão proferida pelo ministro relator no recurso especial supracitado tratou da sistemática para a contagem da prescrição intercorrente, sendo firmada a tese de que a Fazenda Pública, quando tiver a oportunidade de se manifestar nos autos, se alegar nulidade pela ausência de qualquer intimação prevista no art. 40 da LEF, terá que demonstrar o prejuízo sofrido, com exceção da ausência da intimação que constitui o termo inicial, em que presume-se o prejuízo. Assim, a título de exemplificação, precisará demonstrar que ocorreu alguma causa que interrompe ou suspende a prescrição. Assim, ficou decidido que não é necessária uma decisão judicial para que se comece a contar o prazo para que prescreva a execução fiscal, quando o devedor ou seus bens não são localizados. A ciência da Fazenda é o bastante.

Era notório que a prescrição intercorrente já vinha ganhando força na *práxis* forense brasileira, sendo aceita no âmbito do Superior Tribunal de Justiça como forma de extinção do crédito tributário e, por consequência, da própria ação de execução fiscal, nos termos do Art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80. Entretanto, o que vinha a ser o maior obstáculo à aplicabilidade da prescrição intercorrente era a morosidade do próprio Poder Judiciário, especificamente no que concerne ao despacho do magistrado suspendendo o curso da execução por um ano, para, só a partir de então, dar-se início à contagem do prazo quinquenal da prescrição intercorrente.

Somente após o referido despacho judicial era possível que ocorresse, de fato, a prescrição intercorrente. Acontece que, na realidade da prática forense, os magistrados se encontram sobrecarregados de processos, e, no mais das vezes, tardavam em fazer o despacho que deveria suspender o curso da execução fiscal ou mesmo não o faziam, obstaculizando sua concretização. Em ocorrendo este fato, ficava prejudicado o devedor da execução fiscal, o qual não teria aplicado assegurado o seu direito em face da Fazenda Pública. Esta, por sua vez, também ficava lesada, embora isto não fique claramente evidenciado, porquanto continuava a atuar numa demanda sem qualquer expectativa de alcançar o objetivo, gerando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

custos financeiros para o Estado e grande volume de labor para os profissionais que atuavam na querela.

Então, tem-se que na prescrição intercorrente um dos principais motivos para a existência do instituto da prescrição, seja geral ou específica, é a concretização da economia processual e da razoável duração do processo. Além disso, sabe-se que a manutenção de um processo exige gastos para ambas as partes envolvidas, bem como para o Estado. Para possibilitar o livre acesso ao Poder Judiciário, princípio albergado na Constituição Federal, bem como dar prosseguimento aos processos, é necessário recursos para pagar as despesas, que se estendem com custos estruturais, como energia, compra de equipamentos, entre vários outros, até os vencimentos dos servidores públicos. Logicamente que, quanto mais processos ativos, mais custos.

Aliás, é possível até mesmo afirmar, assim como decidido no recurso repetitivo, que a palavra "encontrados", do §3°, do art. 921, do CPC, deve ser interpretada à luz do princípio da eficiência. Logo, somente haveria a interrupção da prescrição se o devedor ou bem forem localizados efetivamente pelo Poder Judiciário.

Assim, imaginemos, como exemplo citado por Cavalcante (2019), que o exequente descobre um possível endereço ou bem penhorável e peticiona ao juízo repassando essas informações e requerendo a citação ou a penhora. Esse pleito, por si só, não satisfaz o requisito do art. 921, § 3º, do CPC, ou seja, a mera petição do exequente não interrompe a prescrição.

Para todos os efeitos, o devedor ou os bens ainda não foram encontrados (trata-se de mera expectativa). É imprescindível que o pleito requerido ao Poder Judiciário logre êxito, ou seja, que resulte em efetiva citação ou constrição patrimonial, sob pena de não interromper a prescrição.

Com isso, evita-se, o que na prática forense acontece muito, manifestações com o puro objetivo de obstar a prescrição intercorrente, com "eternização" das demandas executivas; daí chamarmos de processos zumbis ou, com bom humor, de processos executivos "walking dead, manifestamente infrutíferos, sem olvidar das modulações que devem incidir sobre o entendimento, sobretudo quando a mora for próprio Poder Judiciário.

Então defende-se que o REsp 1340553-RS (recurso repetitivo), já utilizado na execução fiscal, seja aplicado também, *mutatis mutandis*, nos processos executivos ou mesmo nos cumprimentos de sentenças, nos quais são comuns a tramitação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dos processos zumbis, ou seja, feitos que nunca são extintos, principalmente após o advento do novo CPC, que adotou expressamente a possibilidade de prescrição intercorrente, inspirado no processo executivo fiscal.

Decerto que a prescrição intercorrente não é a única, e talvez nem seja a principal solução para se garantir a segurança jurídica e abolir a morosidade dos processos de execução. No entanto, sem dúvidas, a prescrição endoprocessual é um mecanismo que pode eliminar processos inócuos e sem qualquer perspectiva para o credor. A adaptação do entendimento firmado no REsp 1340553-RS ao processo executivo judicial promoveria uma outra postura do exequente e significaria, em certa medida, a racionalização da máquina judiciária.

A prescrição intercorrente é um instituto que sendo devidamente aplicado, diminuirá o desperdício de custas despendido pelo Estado e pelas partes ao manter processos quase eternos, desafogando o Judiciário do gargalo das execuções.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a implementação do Estado Democrátido de Direito, aumentou-se a busca pela realização dos direitos dos indivíduos, fato que ensejou aumento vultoso do exercício de direitos junto ao Poder Judiciário. O volume de processos teve como consequência a lentidão na resolução das demandas. Assim, é necessário que sejam criados mecanismos que tornem mais lógicos, céleres e efetivos os atos processuais.

Sabe-se que o instituto da prescrição intercorrente não é uma norma criada com o intuito de privilegiar o devedor e garantir que este não responda patrimonialmente e não satisfaça seus débitos. Também, não objetiva punir ou disciplinar a parte exequente. Dito de outra forma, este não é um dispositivo que nasceu para contrariar a normalidade das obrigações.

A prescrição em todas suas categorias, seja ela anterior ou depois ao início do processo, possui um único objetivo, qual seja: resguardar a segurança e estabilidade das relações jurídicas e preservar a paz social. Assim, nosso entendimento é de que não é razoável o credor reivindicar seu crédito ou movimentar-se para satisfação deste dez, quinze ou até trinta anos depois de surgido a pretensão do seu direito.

Do exposto concluiu-se, tal como já ocorre na execução fiscal, pela necessidade de aplicar, com as adaptações devidas, o entendimento firmado no REsp 1340553-RS, também no processo executivo comum ou no cumprimento de sentença, que também sofrem com a tramitação dos chamados "processos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

executivos zumbis", que vão sendo prorrogados indefinidamente no tempo, implicando em morosidade e custos excessivos para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Manual de Processo Civil**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018. v.4.

BRASIL. **Lei nº 13.105, 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Forma de contagem do prazo da prescrição intercorrente prevista no art. 40, da LEF. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/63d5fb54a858dd033fe90e6e4a74b0f0>. Acesso em: 18/12/2019

EÇA, Vitor Salino de Moura. **Prescrição intercorrente no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2008.

FIORI, Thiago Moreto. **Prescrição Intercorrente no Processo de Execução**: Limitação Temporal ao Processo sob a Égide Constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A prescrição e a decadência na justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

RABELLO, Bruno Resende. **Prescrição Intercorrente**: uma releitura. 2005. 126 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito de processo do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Método, 2018.

VIVODA, Amanda. **A prescrição intercorrente no âmbito do artigo 921 do Novo Código de Processo Civil.** 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/67714/a-prescricao-intercorrente-no-ambito-do-artigo-921-do-novo-codigo-de-processo-civil. Acesso em: 23 nov. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PLURALISMO JURÍDICO E DIREITO ALTERNATIVO NO BRASIL

CAIO NUNES DE BARROS: Pós-graduado em Direito Constitucional pela universidade Anhanguera-Uniderp.

RESUMO: O presente artigo busca analisar os conceitos de pluralismo jurídico e direito alternativo, além do contexto social e histórico das referidas teorias, bem como sua adaptação à realidade brasileira.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico. Direito Alternativo. Uso alternativo do Direito.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO: UM CONTEXTO PROPÍCIO PARA O SURGIMENTO DO PLURALISMO JURÍDICO. 2. O PLURALISMO JURÍDICO. 3. DIREITO ALTERNATIVO. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO: UM CONTEXTO PROPÍCIO PARA O SURGIMENTO DO PLURALISMO JURÍDICO

Ao final da Idade Média, diante das mudanças trazidas com o mercantilismo, a sociedade europeia necessitava firmar-se através de um estado forte e soberano, de um território e exército unificados, além do comércio e do consequente modelo de vida burguês. Para tanto, houve a formação dos Estados Nacionais centralizados sob o comando de um monarca absoluto com uma organização política liberal-individualista pautada sobre a hegemonia e unidade da produção do direito. Eles possuíam suas normas ordenadas e legitimadas seguindo a doutrina monista, ou seja, apenas ao Estado caberia a produção do direito, não admitindo outras formas de práticas jurídicas além daquelas definidas pelos legisladores. Assim, o Estado torna-se o único agente legitimado capaz de criar normas jurídicas para regular as relações sociais.

Após a Revolução Francesa, esse modelo organizacional evoluiu para a formulação do Estado de Direito, em contraste ao autoritarismo do soberano, e com fundamento, sobretudo, na tese de Montesquieu da separação dos poderes para alcançar a liberdade política[1]. Esse novo modelo, todavia, mantém o monopólio da produção normativa nas mãos do Poder Legislativo. Nas palavras de Katharina Sobota: "Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu no espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX. A ideia subjacente a esse movimento era descobrir (ou redescobrir) um sistema razoável que pudesse regular a conduta humana por meio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de um ordenamento unívoco, completo e abrangente, independente da mediação arbitraria dos juízes"[2].

Com efeito, o monismo chegou ao seu apogeu no século XIX, influenciado pelo capitalismo concorrencial e pelo avanço do positivismo e cientificismo, culminando no formalismo dogmático da escola de Viena, representado, basicamente, pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. O referido autor descarta, contudo, o dualismo Estado-Direito, fundindo-os, de tal modo que o Direito é o Estado, e o Estado é o direito[3]. Essa proposta, que é o expoente máximo do monismo jurídico no ocidente, coincide com um período entre as duas guerras, marcado pela depressão econômica, crise e renovação do capitalismo, bem como pelo surto das implementações tecnocráticas e do crescimento organizado das forças produtivas sob o intervencionismo estatal.

O Direito Moderno, dessa maneira, assume uma postura cuja essência e especificidade gira em torno da sua própria estatização, isto é, apenas o sistema normativo posto pelos órgãos estatais é considerado Direito positivo, não havendo positividade fora do Estado, tampouco sem ele. A concepção de que o Estado Soberano detém o monopólio da produção legal permite aferir a função instrumental da moderna organização burocrático-centralizadora, no sentido de não só unificar nacionalmente o Direito, mas igualmente de tornar viável a supremacia da lei do Estado.

O pós-guerra e os intensos avanços tecnológicos a partir da metade do século XX propulsionaram a globalização como tendência mundial. Nesse contexto, as rápidas mudanças estruturais atingiram principalmente os países emergentes, que não vivenciaram em sua completude a evolução da teoria monista. No contexto do capitalismo periférico sempre houve ambientes sociais à margem dos benefícios econômicos e, portanto, mais aptos a uma cultura pluralista e legitimadora de novas fontes de produção jurídica.

Esse contexto histórico contraditório contribuiu, assim, para o surgimento do pluralismo jurídico e do Direito Alternativo que fazem parte das chamadas "teorias críticas do direito". Trata-se, sobretudo, de um "esforço consciente para questionar os fundamentos das formas jurídicas e sociais dominantes com a finalidade de impulsionar práticas e ideias emancipadoras dentro e fora do campo jurídico"[4], como alternativas criadas para preencher as lacunas deixadas pelas leis estatais. Esse fenômeno tem ganhado força nos últimos 20 anos no Brasil como uma solução mais prática diante da complexidade social permeada por desigualdades e diferenças culturais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2. O PLURALISMO JURÍDICO

O conceito de pluralismo jurídico é bastante antigo, reflexo direto da existência de mais de uma ordem jurídica nos espaços geopolíticos, sejam elas supra-estatais como a ONU ou infra-estatais, a exemplo dos sindicatos. O precursor desse movimento teórico no Brasil foi o português Boaventura de Souza Santos que, na década de 1970, por força de um trabalho de campo inédito, analisou as práticas jurídicas não-convencionais na favela do Jacarezinho no Rio de Janeiro, denominada por ele de Pasárgada[5]. Em torno de conflitos territoriais, as práticas de Boaventura junto à associação de moradores da favela voltaram-se para a solução de conflitos territoriais já que os moradores em geral não detinham a propriedade do local que habitavam, ou seja, não havia a proteção do direito oficial em relação às suas casas. A solução encontrada foi o desenvolvimento de um conjunto de práticas processuais que deveriam ser aplicadas pela associação local informalmente, isto é, sem a interferência do Estado.

As favelas representam de forma clara as graves desigualdades econômicas e sociais presentes no Brasil. Elas formam, sobretudo, um amplo complexo à margem dos benefícios sociais, políticos e econômicos dada a sua origem comunitária. São lugares propícios para o surgimento de um sistema organizacional além das influências do Estado: muitas delas apresentam regras, governantes e defesa próprias, indefinidos pelo direito oficial, aliás, de forma totalmente independente dele. Estabelece-se, assim, um Estado dentro do próprio Estado, reflexo da falta de abrangência do sistema legal diante da complexidade social brasileira e abrindo espaço para o pluralismo jurídico.

Segundo o próprio Boaventura Santos a homogeneidade esconde contradições que podem assumir diferentes expressões jurídicas "uma dessas expressões é precisamente a situação de pluralismo jurídico e tem lugar sempre que as contradições se condensam na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processadas com base em recursos normativos e institucionais internos"[6]. Nesse sentido, a legitimidade dos processos jurídicos alternativos nesses espaços é analisada segundo a perspectiva de Marx Weber: " é vista não como um conceito que designe algo, mas como uma relação graças à qual o poder puro e simples se torna dominação"[7].

Diante de uma atuação jurídica exclusivamente formalista, atende-se basicamente aos interesses das classes dominantes, como afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, com a responsabilidade de Presidente do Supremo Tribunal Federal: "O pobre só tem acesso à Justiça como réu". É nesse contexto que o trabalho de Boaventura Santos ganha destaque, em virtude das lacunas deixadas por um sistema jurídico elitista, os grupos dominados são levados a produzir um

novo Direito. Admite-se, assim, um fenômeno de pluralismo jurídico evidenciados através da "perspectiva crítica" como uma forma não-estatal de resolução de conflitos ante a segregação a que a estrutura econômica condena grupos sociais inteiros. Como afirma o renomado teórico Miguel Pressburger "os deserdados da sociedade, os que foram lançados na periferia ou jamais permitidos a ingressar na modernidade modelada pelo sistema, construíram e desenvolvem culturas paralelas, para eles revestidas de todas as prerrogativas legais"[8].

Os exemplos mais comuns de pluralismo jurídico clássico ocorrem em virtude dos choques-culturais, seja através da implantação de um sistema normativo de outro país convivendo com as tradições locais, seja através da coexistência de culturas variadas em um mesmo local. O direito deve interferir em práticas culturais arraigadas em um povo? Essa, uma das maiores polêmicas envolvendo o respeito às mais variadas culturas, reflete no próprio pluralismo jurídico. O questionamento corrobora a constante necessidade de estabelecer práticas jurídicas além das definidas pelo Estado, a fim de garantir uma convivência respeitosa e pacífica, além de levar em consideração a heterogeneidade social.

Destacam-se, portanto, dois tipos de pluralismo jurídico: o cultural, a exemplo povos ameríndios; e o sociológico, como no caso de Pasárgada. No primeiro caso, denominado pluralismo clássico, há uma clara oposição de duas ordens bastante distintas culturalmente que convivem em um mesmo espaço e tempo. O segundo caso, diferentemente, consiste na existência simultânea de sistemas de direito compondo uma unidade de análise: trata-se da total oposição ao postulado dogmático exclusivista do direito oficial para expor a existência de diversas ordens jurídicas igualmente importantes para os contextos que fazem parte.

Os integrantes do movimento pluralista costumam admitir, nesse sentido, a garantia da eficiência jurídica através da adequação de suas práticas às relações sociais vigentes. Essa concepção, denominada perspectiva sociologista, ressalta, assim, as profundezas da vida social como única fonte material do direito capaz de evitar o desequilíbrio entre a realidade social e o sistema jurídico do país.

Sabe-se, contudo, que a visão sociologista pode promover a injustiça em vez de legitimar o verdadeiro direito: essas manifestações jurídicas locais muitas vezes apoiam-se em práticas de dominação e autoritarismo, as quais pautadas pela força e coação assumem uma posição opressiva em detrimento da própria liberdade. Há contradições quando se fala em formas comunitárias de justiça, já que elas nem sempre assumem uma postura mais libertadora do que o direito oficial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Será válida, desse modo, uma atitude pluralista do direito? Ou seria melhor assumir uma postura monista para evitar casos extremos? Vale ressaltar, no entanto, diante de tais indagações o real objetivo do pluralismo jurídico: não se trata da elaboração de um sistema jurídico em cada bairro, comunidade ou favela e sim manifestar através de normas não-estatais os conflitos localizados no intuito de transformá-las, posteriormente, em direito oficial. Não configurariam, assim, um novo direito, mas uma reivindicação para integrar-se ao sistema dominante, uma alternativa para impulsionar uma intervenção estatal a seu favor. No caso de Pasárgada, por exemplo, a pretensão não era garantir a propriedade através de um direito informal, pelo contrário, pretendia-se através do sistema normativo local legalizar a propriedade pelo direito do Estado, oficialmente.

O intuito do pluralismo jurídico, desse modo, não consiste em negar o direito estatal, mas em reconhecer a variedade das fontes jurídicas que podem coexistir em uma sociedade. Destarte, o objetivo último do pluralismo e condição essencial de sua eficácia é justamente a incorporação de suas práticas informais pelo sistema normativo legal. Essa corrente designa, portanto, as múltiplas formas de ação prática diante da complexidade dos campos sociais, cada qual com particularidades próprias, fenômenos intrínsecos e elementos heterogêneos que devem ser levados em consideração na solução de conflitos.

3. DIREITO ALTERNATIVO

O direito alternativo, por outro lado, é originário da Itália por volta dos anos 1970 através do movimento "magistratura democrática". Seus integrantes pautavam suas atitudes sobre os dispositivos da Constituição italiana de 1948, cuja elaboração foi marcada fortemente pelos movimentos proletários após o fim do governo fascista de Mussolini. Havia destaque para o artigo 3º da referida Constituição como instrumento legal para interpretações diferenciadas, e alternativas a certos litígios: "É missão da República remover os obstáculos da ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política econômica e social do país". Com base nesse artigo, estabeleceu-se um novo método de interpretação normativa à luz dos novos princípios sociais na busca de uma aplicação do direito voltada para os mais necessitados.

Trata-se de uma interpretação alternativa apoiada pelas contradições do ordenamento jurídico estatal como uma medida viável para alcançar a verdadeira justiça social. De acordo com a corrente alternativista italiana liderada por Pietro Barcelona, o uso do direito como instrumento de dominação deixa,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inevitavelmente, lacunas nas suas leis, que podem ser usadas pelos juristas mais hábeis para um fim progressista: trata-se do uso alternativo do direito.

De acordo com o Juiz de Direito da Comarca de Tubarão, Lédio Rosa de Andrade, "o episódio responsável pelo surgimento do movimento do Direito Alternativo ocorreu no dia 25 de outubro de 1990, quando um importante veículo da imprensa escrita, o *Jornal da Tarde*, de São Paulo, veiculou um artigo redigido pelo jornalista Luiz Makouf, com a manchete JUÍZES GAÚCHOS COLOCAM DIREITO ACIMA DA LEI. A reportagem buscava desmoralizar o grupo de estudos e, em especial, o magistrado Amílton Bueno de Carvalho. Ao contrário do desejado, acabou dando início ao movimento no mês de outubro de 1990, sendo o *I Encontro Internacional de Direito Alternativo*, realizado na cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, nos dias 04 a 07 de setembro de 1991 e o livro *Lições de Direito Alternativo 1,* editora Acadêmica, os dois marcos históricos iniciais"[9].

Nesse sentido, atribui-se ao uso alternativo do direito uma postura voltada para a atuação dos juristas diante do direito estatal, estabelecendo uma diferenciação clara entre direito alternativo e uso alternativo do direito. O direito alternativo seria um sistema jurídico criado pelas próprias comunidades diante das falhas das normas legais, aproximando-se mais do pluralismo jurídico.

No Brasil, após da Constituição de 1988, o nosso ordenamento jurídico trouxe ao patamar constitucional o uso alternativo do direito, assim como fez a Itália. Logo no seu terceiro artigo a CF/88 estabelece: "constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; (...)"[10]. Porém, antes mesmo da Constituição de 1988 já é possível identificar traços de abertura interpretativa, a lei de introdução ao código civil de 1942 em seu artigo 5º dispunha: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"[11]. Além desses, até mesmo o código penal na sua lei n° 7.209 de 11 de setembro de 1984 "ergueu-se sintomaticamente contra o fetichismo legal da tradição quando admite, ao arrepio da ficção formalista tradicional, o desconhecimento da lei como circunstância que sempre atenua a pena (art. 65 II)"[12]. Tais dispositivos garantem, portanto, um uso alternativo do direito por parte dos juristas, especialmente os magistrados, os quais, apoiados no próprio sistema jurídico estatal, podem aplicar o direito para amenizar as contradições sociais.

O direito alternativo tornou-se, assim, dos principais arcabouços teóricos para a renovação da nossa cultura jurídica. A grande repercussão nacional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e internacional do tema favoreceu sua incorporação à pratica de vários operadores do direito. Em verdade, a concepção alternativista não se trata de um movimento revolucionário ou radical, ele destina-se, sobretudo, à revitalização do direito positivo que no caso brasileiro encontra-se bastante distanciado da realidade. O direito alternativo, portanto, desponta como tentativa de suprir as lacunas deixadas pelo Estado na definição legal das relações intersubjetivas. Nas palavras de Benedito Calheiros Bomfim, ex-presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros: "Do desencontro entre a lei e o direito, entre códigos e justiça, nasce o Direito Alternativo, que nada mais é do que a aplicação da lei em função do justo, sob a ótica do interesse social e das exigências do bem comum"[13].

4. Conclusão

São evidentes as lutas sociais que se desenvolvem em torno do pluralismo jurídico ou mais especificamente do direito alternativo com a finalidade de aumentar o campo de atuação do direito, seja ele oficial ou não. Essas contradições são oriundas das lacunas e falhas deixadas pelo sistema normativo legal em determinar uma solução justa para os conflitos entre os desfavorecidos. A importância desses movimentos elaborados a partir de uma perspectiva crítica e da análise dos problemas jurídicos residem exatamente na sua aplicabilidade como fator redutor das desigualdades e promotor da estabilidade na resolução dos conflitos concernentes ao direito.

As modalidades jurídicas que não aquelas propostas pelo Estado, portanto, tornam-se decisivas na imediata necessidade de democratização do acesso à justiça, diante da sua capacidade de criar modalidades e definir práticas além das atuais fronteiras normativas oficiais. A melhoria da atuação jurídica no Brasil, desse modo, encontra-se determinada pela sua capacidade de desburocratização e descentralização através, principalmente, de soluções **alternativas** e ao mesmo tempo **plurais** para satisfazer, enfim, à nossa Constituição no que concerne à justiça e ao bem-estar social.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Lédio Rosa de **O que é direito alternativo.** Disponível em www.amc.org.br.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **Uso do Direito Alternativo**. Disponível em: http://www.solar.com.br. In: KLIPPEL,Rodrigo. **Direito Alternativo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/36>.

CAHALI, Yussef Said. *Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios da sociologia jurídica.* São Paulo: Letra Legal.

PRESSBURGER, Miguel. Apud OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios da sociologia jurídica.* São Paulo: Letra Legal.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim(Orgs.); Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. J. M. Adeodato. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife, Universitária, n. 7, 1995.

SOUTO, Cláudio. *Ciência e Ética no Direito: Uma alternativa de modernidade.* 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

WEBER, Marx. Apud ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989.

---

[1] MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

[2] SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. J. M. Adeodato. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife, Universitária, n. 7, 1995. p. 251.

[3] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

[4] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[5] SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim(Orgs.); Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[6] OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios da sociologia jurídica.* São Paulo: Letra Legal. P. 82

[7] WEBER, Marx. Apud ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989. p.56

[8] PRESSBURGER, Miguel. Apud OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios da sociologia jurídica.* São Paulo: Letra Legal. p. 86 e 87

[9] ANDRADE, Lédio Rosa de **O que é direito alternativo.** Disponível em www.amc.org.br. Acesso em: 13/04/2018.

[10] CAHALI, Yussef Said. *Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 19 e 20.

[11] CAHALI, Yussef Said. *Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 19 e 287.

[12] SOUTO, Cláudio. *Ciência e Ética no Direito: Uma alternativa de modernidade.* 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 62.

[13] BOMFIM, Benedito Calheiros. **Uso do Direito Alternativo**. Disponível em: http://www.solar.com.br. In: KLIPPEL,Rodrigo. **Direito Alternativo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/36>. Acesso em: 29/05/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS INDENIZATÓRIOS

TALINE CONÂCO: Acadêmica da 10 ª fase do Curso de Direito no Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI

RESUMO: O presente estudo tem como objeto a análise da prisão civil por débito alimentar no Código de Processo Civil de 2015, mais especificamente, a possibilidade de sua aplicação em casos de inadimplemento de alimentos indenizatórios. Não há controvérsias que, atualmente, a prisão civil somente é permitida em casos de inadimplemento de débito alimentar, especialmente, aqueles decorrentes do Direito de Família. Ocorre que, com a vigência do atual Código de Processo Civil, surge a dúvida quanto à sua aplicação aos alimentos decorrentes da prática de ato ilícito, tendo em vista a forma genérica de tratamento dada pela referida lei acerca do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos. O método utilizado na elaboração deste estudo foi o indutivo e o método de procedimento foi o monográfico. O levantamento de dados foi através da técnica da pesquisa bibliográfica. O tema compreende a área de Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Processual Civil. As Considerações Finais trazem em seu bojo aspectos mais relevantes sobre o tema, bem como acerca da comprovação da hipótese básica.

Palavras-Chave: Alimentos. Código de Processo Civil de 2015. Prisão Civil.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to analyze the civil arrest for food debt in the Civil Procedure Code of 2015, more specifically, the possibility of its application in cases of indemnity default. There is no dispute that, currently, civil detention is only permitted in cases of default on food debts, especially those arising from family law. It turns out that, with the current Code of Civil Procedure, there is doubt as to its application to foods arising from the practice of unlawful act, in view of the generic form of treatment given by said law regarding compliance with judgment that recognizes the enforceability obligation to provide maintenance. The method used in the elaboration of this study was the inductive and the procedure method was the monographic. The data collection was through the technique of bibliographic research. The text comprises the area of Constitutional Law, Civil Law and Civil Procedural Law. The Final Considerations bring in the more relevant aspects on the subject, as well as on the proof of the basic hypothesis.*

Keywords: Food. 2015 Code of Civil Procedure. Civil Prison.

Sumário: 1 Introdução – 2 Os alimentos e a obrigação alimentar: 2.1 Distinções dos alimentos – 3 A sistemática da coerção pessoal no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei n° 5.478/68 – 4 A (im)possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios com fundamento no Código de Processo Civil de 2015 – 5 Considerações finais – 6 Referências.

1.INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a prisão civil por débito alimentar no Código de Processo Civil de 2015: uma análise acerca da (im)possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios. O objetivo geral deste estudo é analisar a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios com base no Código de Processo Civil de 2015.

Os objetivos específicos são: a) Abordar acerca dos alimentos e da obrigação alimentar e suas distinções; b) Averiguar a sistemática da coerção pessoal no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei n° 5.478/68; c) Analisar a (im)possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios com fundamento no Código de Processo Civil de 2015.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: É possível a prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios com base no Código de Processo Civil de 2015? Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: Supõe-se que não é possível a prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios, com fundamento no Código de Processo Civil de 2015.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho será o indutivo; o método de procedimento será o monográfico; e o levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica.

O presente estudo possui relevância jurídica na medida em que trata de questão atinente à privação de liberdade, posto que se discutirá acerca da possibilidade de coerção pessoal do devedor de alimentos indenizatórios, tema muito controverso que, com o Código de Processo Civil de 2015, vem gerando diferentes interpretações pelos Tribunais e pela doutrina, trazendo, por esta razão, certa insegurança jurídica, sendo pertinente sua discussão. Além disso, possui relevância social, uma vez que o direito à liberdade é garantia fundamental e, deste modo, de grande importância que se discuta sobre todas as possibilidades que o ordenamento jurídico brasileiro permite a sua relativização. A relevância acadêmica também se faz presente, uma vez que a questão é controvertida e possibilita amplo debate, principalmente, acerca da interpretação das normas envolvidas.

A pesquisa focará na possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios, diante da nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos. Para tanto, será analisada a legislação pertinente, bem como o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da problemática.

O presente trabalho finalizar-se-á com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos destacados dos estudos e das reflexões realizados sobre a (im)possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios, que é tema de direito civil, processual civil e constitucional.

2. OS ALIMENTOS E A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Os alimentos "[...] nada mais são do que as prestações que uma pessoa deve a alguém que não consegue sozinho satisfazer suas necessidades básicas, vitais, e que não possui, por si, meios de subsistência."[1]

Tem-se, portanto, que os alimentos são prestados em favor daqueles que não possuem, sem o referido auxílio, condições de manter-se. Nesse mesmo sentido, conceitua Nader para quem os alimentos constituem-se "[...] numa prestação periódica, decorrente de vínculo familiar, declaração de vontade ou ato ilícito, devida pelo alimentante, que dispõe de recursos, ao alimentando, que deles carece para prover as necessidades vitais próprias."[2]

Complementa o autor que essas necessidades abrangem "[...] aquelas do ponto de vista físico, intelectual e psíquico, suficientes para colaborar ou cobrir todos os gastos com alimentação, habitação, vestuário, saúde, lazer e, dependendo do caso concreto, até a educação."[3]

Assim, "[...] ao necessitado, em cada situação, poderá ser garantido, além do importante a sobrevivência do organismo, o atendimento de outras carências igualmente relevantes, como o lazer, a instrução etc."[4]

Em igual sentido, assinala Cahali: "[...] a expressividade da palavra "alimentos" no seu significado vulgar tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida [...]."[5]

Cahali, aprofundando um pouco mais, ainda completa: "[...] em linguagem técnica, bastaria acrescentar a esse conceito, a ideia de obrigação que é imposta a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite."[6]

Sob o aspecto jurídico, cabe mencionar ainda que, "tanto em lei como na doutrina, tem-se atribuído a palavra "alimentos" uma acepção plúrima, para nela compreender não apenas a obrigação de prestá-los, como também os componentes da obrigação a ser prestada."[7]

Dessa forma, os alimentos devem ser compreendidos como algo que vai muito além da questão da alimentação de fato, abrangendo, na verdade, tudo aquilo que é essencial para a vida do alimentando.

Em relação à obrigação alimentar, sabe-se que ao ser humano é natural a necessidade de alimentos por toda a vida, a qual existe desde sua concepção e só finda com a morte, independentemente do interregno existente entre um evento e o outro.[8]

Nesse sentido, comenta Beraldo: "O ser humano tem o direito de sobreviver, e é justamente por causa disso que se criou este dever mútuo e legal de se prestar alimentos."[9]

Nader também destaca sua ligação direta ao direito à vida:

> O direito aos alimentos dimana do próprio direito à vida, que ao mesmo tempo é princípio de Direito Natural e de Direito Positivo. Para que o direito à vida se efetive, indispensável que a ordem jurídica ofereça aos indivíduos instrumentos eficazes de sua proteção.[10]

Diante da importância prática dos alimentos, já que, como mencionado, estes são uma necessidade constante desde a própria concepção do ser humano, o estudo da obrigação em prestá-los, por óbvio é de extrema relevância e, consequentemente, gera diversos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Tal importância é destacada por Cahali, que assinala que a obrigação alimentícia pode ser compreendida como um:

> [...] instituto cujos princípios são remarcados por uma acentuada complexidade, com reclamo de permanente atualização de seus estudos, do dissídio sobre a pluralidade de seus aspectos resulta um variegado de fórmulas legislativas e jurisprudenciais que a experiência da vida apresenta diurnamente.[11]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Isto é, assim como os alimentos são uma necessidade constante na vida do ser humano, o estudo sobre eles também deve ser, pois é uma matéria que vez ou outra sofre alguma modificação em alguns de seus aspectos, tendo-se assim, a necessidade de contínua atualização.

2.1 DISTINÇÕES DOS ALIMENTOS

Sob o aspecto da natureza dos alimentos, possível classificá-los em civis ou naturais. Tal conclusão se retira da leitura do disposto no *caput* do artigo 1.694 do Código Civil:

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.[12]

No que tange aos alimentos naturais, estes "[...] também denominados necessários (*necessarium vitae*), consistem em prestações que suprem as necessidades primárias ligadas à subsistência, como as de habitação, vestuário, alimentação, saúde."[13]

Os alimentos civis ou côngruos, por outro lado, "[...] não se limitam a suprir as carências fundamentais da pessoa, mas propiciam melhor qualidade de vida, atendendo às condições sociais das partes, observado o binômio necessidade-possibilidade."[14]

Pois bem, tem-se então que, enquanto os alimentos naturais são aqueles ligados às necessidades básicas do ser humano, os alimentos civis vão além, devendo-se sempre observar as circunstâncias de cada caso concreto, já que a fixação do *quantum* a ser pago, depende da condição social de quem possui a obrigação de prestar os alimentos, bem como de quem irá recebê-los.

Outra conclusão não se pode retirar da apreciação do disposto no parágrafo 1° do artigo 1.694, *in verbis*: "Art. 1.694. [...] § 1° Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."[15]

Nessa análise, portanto, "[...] ao juiz cabe averiguar tanto a necessidade do credor quanto a possibilidade do devedor."[16] Sendo que, "[...] com a conciliação proporcional desses dois elementos que o juiz deverá fixar a pensão alimentar."[17]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para exemplificar a diferenciação entre os alimentos naturais e civis, Nader cita um exemplo, que leva em conta dois casos bem pontuais em que se identifica a qualidade dos alimentos de acordo com a possibilidade do alimentante:

> Se este é assalariado e percebe o salário mínimo, dúvida não haverá de que os alimentos serão os naturais. Tratando-se, porém, de um magnata, com altas rendas, os alimentos deverão ser os civis ou côngruos, ressalvadas as exceções legais (§ 2º do art. 1.694 e parág. único do art. 1.704)[18]

Dessa forma, quando o alimentante, isto é, aquele que tem a obrigação em fornecer os alimentos, não possui uma renda significativa, os alimentos serão somente os naturais, aqueles básicos da vida do ser humano. Por outro lado, se verificado uma condição mais favorecida do obrigado, estes devem ser os civis, com a busca em fornecer ao alimentando, para além de suas necessidades vitais. Exceto, conforme o autor menciona, os casos em que, expressamente, está previsto em lei que os alimentos serão aqueles limitados ao indispensável à subsistência do alimentando, nesses casos, não se falará em alimentos civis.

Quanto à diferenciação pela causa jurídica, encontram-se alimentos "[...] devidos em razão de laço familiar: parentesco, relação conjugal ou união estável, por ato de vontade ou como sanção."[19]

Sobre esta distinção, Cahali destaca: "A obrigação alimentícia ou resulta diretamente da lei, ou resulta de uma atividade do homem."[20]

No que toca aos alimentos em razão de laço familiar, "denominados alimentos legítimos ou legais,"[21] Cahali assinala que:

> [...] qualificam-se os alimentos devidos em virtude de uma obrigação legal; no sistema do nosso direito, são aqueles que se devem por direito de sangue (*ex iure sanguinis*), por um veículo de parentesco ou relação de natureza familiar, ou em decorrência do matrimônio; só os alimentos legítimos, assim chamados por derivarem *ex dispositione iuris*, inserem-se no Direito de Família.[22]

Nesse mesmo sentido, comenta Nader, destacando que apenas os alimentos legítimos ou legais "[...] constituem objeto do Direito de Família, sendo os responsáveis pelo maior número de ações de alimentos. Dizem-se legais porque independem de qualquer acordo entre credor e devedor, pois são *ex dispositione iuris*."[23]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já no que concerne à atividade do homem como causa, conforme anteriormente mencionado, esta ou resulta de atos voluntários ou então de atos jurídicos.[24]

No que se refere aos voluntários, Cahali conceitua e faz diferenciações com os legítimos ou legais que advém do Direito de Família:

> Voluntários são os que se constituem em decorrência de uma declaração de vontade, *inter vivos* ou *mortis causa,* resultantes *ex dispositione hominis*, também chamados obrigacionais ou prometidos ou deixados, prestam-se em razão de contrato ou de disposição de última vontade, pertencem, pelo que, ao Direito das Obrigações ou ao Direito das Sucessões, onde regulam os que lhes servem de fundamento.[25]

Porém, pode ainda, o direito a receber alimentos surgir, involuntariamente, tanto por consequência de um ato praticado pelo necessitado quanto pela atividade de um terceiro.[26]

Cahali esclarece que são duas obrigações nessa categoria: "[...] a obrigação do donatário (em condições especiais) e a obrigação resultante de ato ilícito"[27]

Em relação à obrigação do donatário, essa resta configurada caso o doador esteja "[...] sem condições financeiras para se manter, seja pelo seu trabalho ou por insuficiência de bens, e a viabilidade de o donatário fornecer alimentos ao doador sem prejudicar seu sustento,"[28] esteja também presente.

No que tange à obrigação consequente da prática de ato ilícito, conforme Cahali, "[...] representa ela uma forma de indenização *ex delicto*."[29]

Verifica-se que o Código Civil, em seu artigo 948, dispõe acerca da reparação, no caso em que se comete homicídio, e em seu inciso II, trata, especificamente, da prestação alimentícia que deve ser paga àqueles que o falecido devia:

> Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
>
> [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.[30]

Ou seja, "a Lei Civil prevê (art. 948, II), em caso de homicídio, além de outros reparos, a prestação de alimentos às pessoas a quem o morto devia, considerando-se a provável sobrevida da vítima. Entre os beneficiários incluem-se os nascituros."[31]

Mais adiante, no artigo 950 do mesmo Código, tem-se o caso daquele que lesionou de forma a inviabilizar ou então a prejudicar o ofendido a exercer seu labor:

> Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.[32]

Como visto, por diversas formas pode surgir o direito aos alimentos, Cahali entende que, mesmo assim, é possível afirmar que os débitos alimentares obedecem a um regime jurídico ao menos semelhante, isso, em decorrência do princípio da unicidade da destinação dos alimentos.[33]

Tal posicionamento é interessante, pois, dessa forma, embora haja peculiaridades no débito alimentar a depender de sua causa jurídica, isso não significa que não é possível a comunicação desses regramentos entre os diversos débitos alimentares:

> Em realidade, atento ao pressuposto da unicidade de destinação dos alimentos, não se pode pretender – apenas em função da diversidade das causas geradoras da obrigação alimentar – a fragmentação do instituto em compartimentos estanques, informando-se cada modalidade em princípios autônomos, com disciplina exclusiva e incomunicável.[34]

Desse modo, tem-se que necessário estudar as obrigações alimentares decorrentes de cada causa jurídica de forma conjunta, a fim de observar pontos que se assemelham, não negando, todavia, que cada uma delas possui suas especificidades que podem ser incomunicáveis.

Não seria viável uma disciplina única para as obrigações alimentares, todavia, "[...] admite-se, pelo menos, uma certa migração normativa entre os vários ramos

do direito, com fulcro na analogia justificada pela unicidade na destinação do benefício."[35]

No que tange à finalidade, "distinguem-se os alimentos em provisórios ou definitivos."[36]

Quanto aos alimentos provisórios, define Cahali:

> Dizem-se provisionais, provisórios ou *in litem* os alimentos que, precedendo ou concomitantemente à ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento, ou ainda a própria ação alimentos, são concedidos para a manutenção do suplicante na pendência do processo, compreendendo também o necessário para cobrir as despesas da lide.[37]

Sobre tais alimentos, Nader explica que seu embasamento está ligado à necessidade impreterível em receber alimentos, ou seja, o alimentando não pode esperar o trâmite normal de uma ação para recebê-los, sendo que para sua concessão não se exige robusto lastro probatório, mas sim, um início de prova.[38]

Por serem alimentos provisórios, "[...] a obrigação pode ser suspensa a qualquer momento, dependendo das informações carreadas aos autos."[39]

Já os alimentos definitivos ou regulares, são fixados de forma permanente, em sentença transitada em julgado. Nader ressalta, no entanto, que tais nomenclaturas não são perfeitas:

> Quanto ao termo definitivo, uma vez que os alimentos podem ser modificados ou extintos, desde que haja mudança nas condições do alimentante ou do alimentando, ou em outras hipóteses, como a de morte do credor. Ou seja, os alimentos definitivos nem sempre são definitivos. Em relação ao vocábulo regular, a sua impropriedade se liga ao fato de sugerir que a outra classe seria irregular, o que não procede.[40]

Dessa forma, conforme esclarece o autor, mesmo os ditos alimentos definitivos ou regulares, não são imutáveis e intermináveis. Há diversas causas que podem levar à sua cessação ou extinção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como visto, então, os alimentos provisórios são fixados exigindo-se tão somente um indício de prova, enquanto os definitivos são aqueles determinados após todo o trâmite processual. Por tal razão, "nem sempre o *quantum* estipulado nos alimentos provisórios é confirmado na fixação dos definitivos."[41]

Quando isso ocorre, observam-se duas situações, o caso de pagamento a maior, ou então a menor pelo alimentante. Tendo sido inicialmente estipulado valor menor do que averiguado ao final do processo, "[...] estes retroagem à data da citação. Se menores, incabível a repetição do indébito, dado que a irrepetibilidade é uma das características da obrigação alimentar."[42]

Tem-se então, que não é possível requerer a devolução dos valores pagos a título de alimentos, mesmo que se verifique que o *quantum* devido, de fato, era diferente do que inicialmente se acreditava.

No que tange à diferenciação dos alimentos tendo como base o seu momento, tem-se que estes podem aludir ao passado, presente e futuro, classificados, portanto, em pretéritos, atuais e futuros.[43]

São chamados pretéritos, "[...] quando os alimentos pleiteados se referem a um tempo anterior ao ajuizamento do pedido judicial, ou seja, à época em que se realizou o fato jurídico gerador do direito subjetivo."[44]

Importante destacar que, a situação em comento "[...] não se refere à cobrança de prestações atrasadas, mas ao pedido de alimentos referentes a um tempo passado."[45]

Tais alimentos, no entanto, não são reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, eis que se os alimentos estão ligados à garantia de sobrevivência, a realização do pagamento em momento posterior ao da necessidade em si, não alcançaria o fim previsto.[46]

Como exceção, Nader exemplifica uma hipótese em que poderia ser reconhecido o direito a alimentos passados, sendo o caso "[...] daquele que acumulou dívidas para atender às suas necessidades fundamentais e deseja receber de parente, cônjuge ou companheiro as importâncias correspondentes a título de alimentos."[47]

Apesar de considerar esse caso como uma possibilidade, Nader assinala que a pretensão poderia não ser acolhida, já que "[...] bem ou mal logrou-se a sobrevivência."[48]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em relação aos outros dois momentos depreende-se que, "atuais são as prestações que se vencem a partir da propositura da causa. Dizem-se futuros (*alimenta futura*) os alimentos computáveis apenas a partir da sentença."[49]

3.A SISTEMÁTICA DA COERÇÃO PESSOAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E NA LEI N° 5.478/68

Conforme mencionado no tópico anterior, os alimentos podem ser provisórios ou definitivos, reconhecidos por decisão interlocutória e por sentença, respectivamente. Cabe mencionar, que pode haver, também, o reconhecimento da obrigação alimentar de forma extrajudicial, isto é, sem a ingerência judicial, por exemplo, por contrato particular firmado pelas partes e duas testemunhas, firmado pelas partes e seus advogados, por escritura pública e, ainda, por algum outro instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal, todos passíveis de execução, conforme artigo 784, incisos II, III e IV do Código de Processo Civil.

Pois bem, o credor munido do título judicial, seja ele uma sentença ou uma decisão interlocutória, conforme artigo 528, parágrafo 8°, do Código de Processo Civil, possui dois caminhos para promover a sua cobrança. Pode escolher seguir as determinações gerais do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, disposto no Livro I da parte especial, Título II, Capítulo III, do Código de Processo Civil, hipótese esta, em que não é possível requerer a prisão civil do devedor, ou seja, em não havendo pagamento voluntário do débito, restará ao credor apenas a possibilidade de penhora de bens do devedor. E a outra opção é seguir o procedimento especial de cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, previsto no mesmo Livro e Título do procedimento que visa a expropriação de bens do devedor, mas no capítulo IV do Código de Processo Civil.[50]

Importante destacar que não há uma ordem a ser seguida entre os procedimentos, isto é, "o credor não é obrigado a recorrer antes à execução de bens do patrimônio do devedor para, somente depois de frustrada essa modalidade de cobrança, requerer a sua prisão."[51]

No entanto, há quem defenda que a segregação do devedor de alimentos, deveria ser a última medida utilizada, "[...] em razão de uma lógica, razoável e adequada ordem de preferência quanto à cobrança desse débito, que deve incidir sobre o patrimônio, e não sobre o corpo do devedor."[52]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De todo modo, em optando o credor pelo rito especial, conforme artigo 528, *caput*, do Código de Processo Civil, o devedor da obrigação alimentar, intimado, possui três dias para adimplir o débito, provar que já o fez ou justificar impedimento em fazê-lo:

> Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.[53]

Como se nota da leitura do dispositivo acima transcrito, a intimação do devedor deve ser feita pessoalmente, o que difere da regra geral das execuções, em que a intimação do devedor pode ser feita por meio de seu advogado, se o requerimento de cumprimento de sentença houver sido efetivado antes de completar um ano do trânsito em julgado do título judicial exequendo (artigo 513, parágrafo 2°, inciso I, do Código de Processo Civil combinado com o parágrafo 4° do mesmo artigo).[54]

Tal determinação se dá, entre outras coisas, em virtude da possibilidade de coerção pessoal do devedor, como explica Theodoro Júnior:

> A exigência dessa cautela prende-se, não só às eventuais justificativas da impossibilidade de pagamento, que só o próprio devedor está em condições de esclarecê-las, como também à grave sanção da prisão civil a que se acha sujeito, caso não resgate o débito nem apresente razões legítimas para a falta, dentro do prazo legal.[55]

Como visto, pode o executado após a intimação, apresentar justificativa demonstrando que já realizou o pagamento ou que não pode adimplir o débito, no entanto, determina o parágrafo 2°, do artigo 528 que: "Art. 528. [...] § 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento."[56]

Comentando acerca da exigência que o Código de Processo Civil faz sobre a impossibilidade ser absoluta, Santos cita exemplos de situações que poderiam se enquadrar nesta situação:

> O desemprego, por exemplo, pode ser causa de impossibilidade, mas para tanto o juiz deverá questionar se não se trata de pouca disposição do próprio executado para

> se empregar. Pessoa que goza de boa saúde não pode alegar falta de serviço, quando lhe for possível dedicar-se a atividade diversa da que tinha, desde que compensadora. Os maus negócios também podem ser exemplo, mas para serem admitidos como justificativa devem ser de molde a deixar o executado completamente sem recursos para o pagamento.[57]

Para tal justificativa, esclarece-se que "[...] basta a simples apresentação de petição, contendo a descrição do fato que gerou a impossibilidade absoluta de pagamento, ou seja, prescindindo-se do regime da impugnação ao cumprimento de sentença."[58]

Tem-se então, que é desnecessária a apresentação de impugnação para demonstrar que já pagou o débito ou que não possui possibilidade fazê-lo. Trata-se a justificação, portanto, de "[...] defesa comum, podendo adquirir forma de justificação incidente, quando a prova não for documental."[59]

Em caso de não ser aceita tal justificativa e não havendo o adimplemento, determina o Código de Processo Civil que a próxima medida é a decretação da prisão civil do devedor: "Art. 528. [...] § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses."[60]

Cabe registrar que, diferentemente do Código de Processo Civil, a Lei de Alimentos, n° 5.478/68, em seu artigo 19, *caput*, limita a prisão ao prazo de 60 (sessenta) dias:

> Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.[61]

Há, portanto, certa divergência sobre qual seria a duração máxima da prisão, e sobre o assunto Gonçalves destaca:

> [...] tem prevalecido o critério unitário de duração máxima de sessenta dias, aplicando-se a todos os casos o art. 19 da Lei de Alimentos, por tratar-se de lei especial, além de conter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> regra mais favorável ao paciente da medida excepcional (odiosa restringenda).[62]

De fato, este é posicionamento que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina vem adotando, conforme ementa de julgado recente:

> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DETERMINAÇÃO DE PRISÃO CIVIL PELO PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS. IMPOSSIBILIDADE. ANTINOMIA ENTRE AS REGRAS DO ARTIGO 528, § 3º, DO CPC/2015 E DO ARTIGO 19 DA LEI 5.478/68. ESTIPULAÇÃO DO LIMITE DE 60 (SESSENTA) DIAS POR ESTE ÚLTIMO DISPOSITIVO QUE DEVE PREVALECER. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.[63]

Dessa forma, em que pese a Lei n° 13.105/15 (Código de Processo Civil) seja mais recente que Lei n° 5.478/68 (Lei de alimentos), em razão de esta última ser específica e também por ser mais benigna, tem prevalecido sobre a legislação processual civil.

Ainda sobre o prazo da prisão civil, importante consignar que é imprescindível que a decisão o determine, sob pena de considerar-se ineficaz o decreto prisional.[64]

No que se refere ao recurso cabível para cada hipótese do que pode ocorrer com a justificação, tem-se que, em se tratando de decisão que não acolhe a justificativa, o recurso cabível é o agravo de instrumento (artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil), eis que referida decisão não põe fim ao processo. Além disso, há a possibilidade de se impetrar *habeas corpus,* como vem aceitando a jurisprudência.[65] Tanto isso é verdade, que o julgado aqui citado para demonstrar o posicionamento do Tribunal catarinense a respeito do prazo da prisão civil, se trata do referido remédio constitucional.

Santos exemplifica algumas situações em que é possível utilizar do remédio constitucional em comento:

> [...] quando a dívida, por exemplo, não tiver liquidez, ou for duvidosa, como acontece com as hipóteses de pagamento parcial, gerando incerteza quanto ao efetivamente devido; quando não for permitida ao devedor a apresentação de provas requeridas, impróprio o procedimento etc.[66]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já se houver procedência da justificativa ou o reconhecimento de que não há débito em aberto, o recurso é a apelação (artigo 1.009, do Código de Processo Civil), porquanto se trata de sentença que põe fim à demanda.[67]

Ressalta-se que, "julgando improcedente a justificativa do devedor, o juiz deve, necessariamente, decretar-lhe a prisão."[68] Sendo que o cumprimento deverá se dar em regime fechado, porém ressalva o Código de Processo Civil a separação do preso civilmente dos demais: "Art. 528. [...] § 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns."[69]

Cabe ressaltar que não é porque o devedor ficou preso que o débito já constituído pelas prestações vencidas será extinto, da mesma forma, ele não fica desobrigado de pagar as futuras, conforme expressamente dispõe o Código de Processo Civil: "Art. 528. [...] § 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas."[70]

Por outro lado, se houver pagamento, a ordem de prisão deverá ser suspensa, é o que se retira do disposto no parágrafo 6º, do artigo 528, que possui a seguinte redação: "Art. 528. [...] § 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão."[71] Da mesma forma deverá se proceder "[...] quando as partes transigirem, ou, de qualquer forma, acordarem na extinção da execução."[72]

No que toca ao débito que é passível de cumprimento pelo rito da prisão, que ora se está estudando, dispõe o Código de Processo Civil: "Art. 528. [...] § 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo."[73]

Cabe mencionar sobre tal disposição, que o Código de Processo Civil apenas seguiu o que o Superior Tribunal de Justiça já tinha consolidado na Súmula n° 309. Não havendo, deste modo, divergências acerca do assunto.

Importante mencionar, "a impossibilidade de se seguir o procedimento especial para determinadas prestações não é reconhecimento de desconstituição da dívida que fica autorizada a cobrança pela execução comum."[74] Ou seja, pelo rito do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa - rito da expropriação - disposto no Livro I da parte especial, Título II, Capítulo III, do Código de Processo Civil que, como já aludido, é expressamente autorizado pelo Código:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 528. [...] § 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.[75]

No que se refere à competência para o cumprimento do título judicial contendo o reconhecimento da obrigação de prestar alimentos, tem-se a que não há sujeição da "[...] regra da *perpetuatio iurisdiccionis*, de maneira que não é só o juízo originário da causa que se legitima ao processamento da respectiva execução."[76]

Sobre o assunto, trata o Código de Processo Civil: "Art. 528. [...] § 9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio."[77]

Pois bem, dispõe o artigo mencionado:

> Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:
>
> I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;
>
> II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;
>
> III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.
>
> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.[78]

Ou seja, poderá o credor promover o cumprimento no juízo em que houve a prolação da decisão ou sentença exequenda, conforme inciso II, do artigo acima transcrito e, ainda, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, no juízo do atual domicílio do executado, do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou onde a obrigação de fazer deva ser executada. E, além disso, conforme

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a regra específica para perseguição de crédito alimentar disposta no artigo 528, parágrafo 9º, do Código de Processo Civil, no juízo onde está domiciliado o exequente.

Importante destacar que este procedimento é aplicável tanto para os alimentos provisórios como para os definitivos, havendo, no entanto, distinção na forma pela qual será autuado, conforme artigo 531 do Código de Processo Civil:

> Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.
>
> § 1º A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados.
>
> § 2º O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença.[79]

Isto é, havendo possibilidade de mudança da decisão que fixou alimentos, seja porque se trata de alimentos provisórios ou de alimentos fixados em sentença extintiva, mas que ainda não está preclusa, deve o cumprimento ser autuado em apartado. Já em se tratando de alimentos definitivos, o seu cumprimento deverá ser feito nos próprios autos em que se prolatou a decisão exequenda.

Todo o procedimento até aqui tratado, é previsto de forma expressa para os títulos executivos judiciais que reconheçam a obrigação de prestar alimentos (decisão interlocutória ou sentença). No entanto, pertinente consignar que, de acordo com o Código de Processo Civil, é possível a aplicação de algumas dessas regras, como prisão civil, também para a execução de título executivo extrajudicial que contenha a obrigação alimentar, "[...] como escritura pública ou documento particular, no qual um dos contratantes assumiu a obrigação de prestar alimentos em favor de companheiro ou de filho havido fora do casamento, apenas para exemplificar."[80]

Tal constatação, se faz a partir da análise do constante parágrafo único, do artigo 911, do Código de Processo Civil, que faz referência aos dispositivos do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, *in verbis*:

> Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.
>
> Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, os §§ 2º a 7º do art. 528.[81]

No que toca à possibilidade de prisão civil, especificamente, destaca Montenegro Filho que para que seja aplicada:

> [...] é necessário que o débito alimentar compreenda até as 3 (três) parcelas anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (§ 7º do art. 528), e que o exequente tenha formulado pedido de decretação da prisão na petição inicial, já que pode optar pela execução no seu modelo tradicional, contentando-se em buscar a satisfação da obrigação por meio da penhora de bens do devedor.[82]

Ou seja, para que de fato seja admissível a aplicação da prisão civil às execuções fundadas em títulos extrajudiciais, necessário observar-se a regra pertinente à quantidade de parcelas que podem ser objeto de cobrança por tal meio coercitivo, bem como se faz necessário constar de forma expressa na petição inicial que se pretende seguir o rito que segrega a liberdade do devedor, porquanto, assim como no cumprimento de decisões judiciais, seguir o procedimento especial é faculdade do credor.

4.A (IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS INDENIZATÓRIOS COM FUNDAMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conforme tratado no segundo título deste estudo, os alimentos possuem diversas classificações, entre elas, uma relacionada à sua causa jurídica, porém, em que pese essa diferenciação, entende-se como sendo possível transpor regras de determinada obrigação alimentar para outra com causa jurídica distinta. Como exemplo, possível citar o caso dos alimentos que devem ser prestados a quem o falecido devia, conforme artigo 948, inciso II, do Código Civil, acima transcrito. Nesse sentido, explica Cahali:

> Em realidade, embora haja consenso na doutrina e jurisprudência no sentido de que "prestação de alimentos às pessoas a quem o morto devia", mencionada no art. 948, II,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> do Código Civil, serve apenas como referencial na fixação do dano decorrente do ato ilícito, não se confundindo com os alimentos do Direito da Família, é certo que alguns pontos de semelhança ou de divergência têm sido anotados pelos tribunais.[83]

No que se refere à possibilidade de coerção pessoal do devedor inadimplente de alimentos, especificamente, no entanto, Cahali destaca: "[...] há consenso no sentido de ser inadmissível a prisão civil por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente de ação de responsabilidade *ex delicto.*"[84]

Sobre o assunto, Nader consigna também, no sentido de ser incabível a prisão para os alimentos que não aqueles advindos do Direito de Família:

> Entre as modalidades de alimentos, apenas os legais ou legítimos, existentes entre parentes, cônjuges ou companheiros, ensejam a prisão civil, autorizada nos termos do art. 5º, inciso LXVII, da Lei Maior. Destarte, incabíveis em se tratando de alimentos voluntários e nos indenizatórios. Esta distinção decorre de interpretação judicial, conforme numerosos acórdãos de nossos tribunais superiores.[85]

Cabe mencionar, porém, que após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, certa discussão sobre a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios chegou aos tribunais. O fundamento, basicamente, seria de que o atual *Codex* Processual Civil, no capítulo que trata do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, tratou de forma genérica os alimentos que ensejam a prisão civil, dando assim, a entender que tal medida poderia se estender para além dos casos de alimentos advindos do Direito de Família.

Neste sentido, para demonstrar a existência da mencionada discussão, possível citar dois tribunais que divergem no entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Quanto a este último, em julgamento do agravo de instrumento n° 4008922-89.2018.8.24.0000, realizado no dia 05/07/2018, pela sua Segunda Câmara de Direito Civil, entendeu pelo não cabimento da prisão civil, mesmo considerando a redação dada pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que se estava diante de uma obrigação alimentar advinda do cometimento de um ato ilícito. Expõe a ementa do referido julgado:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECORRENTE DE ILÍCITO EXTRACONTRATUAL. EXECUÇÃO COM FUNDAMENTO NO § 3º DO ART. 528 DO CPC/2015. PROCEDIMENTO IMPRÓPRIO. RECURSO PROVIDO. O Código de Processo Civil prescreve que, "no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos" (art. 528), se o devedor "não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses" (§ 3º). Todavia, "a possibilidade de imposição de prisão civil em decorrência de não pagamento de débito alimentar não abrange a pensão devida em razão de ato ilícito" (STJ: HC n° 35.408, Min. Castro Filho; HC n. 182.228, Min. João Otávio de Noronha; HC n. 92.100, Min. Ari Pargendler).[86]

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por sua Décima Primeira Câmara Cível, no dia 26/04/2017, proferiu acórdão no sentido de autorizar que cumprimento de decisão que fixou alimentos por ato ilícito seguisse o rito da coerção pessoal, dada a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, quando trata do cumprimento de decisão que reconhece a obrigação de prestar alimentos, conjugando essa forma de tratamento com outros aspectos do próprio Código, da Constituição Federal de 1988, do Pacto de São José da Costa Rica, entre outras questões. Dispõe a ementa da mencionada decisão:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO. SISTEMÁTICA DA PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. O CPC/2015 não faz diferença pela origem da obrigação alimentar, se derivados do direito de família (legítimos) ou decorrentes do ato ilícito (indenizativos), tratando de forma genérica o procedimento do "cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos" no Capítulo IV do Título II, Livro I da Parte Especial do código, porque os alimentos são valores que se destinam a fazer frente às necessidades cotidianas da vida, e o que é decisivo para sua fixação é a necessidade do alimentando. A CF/88, em seu artigo 5º, LXVII, também não faz diferenciação entre as fontes da obrigação alimentar, utilizando a expressão "prestação alimentícia", que compreende ambas. De igual forma, não há qualquer vedação

> à prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios no Pacto de San José da Costa Rica. A classificação jurídico-doutrinária dos alimentos não pode restringir direito fundamental. Além disso, o novo CPC, no art. 139, IV, prevê expressamente que ao juiz cabe a direção do processo, incumbindo-lhe "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial", não excluindo a possibilidade de decretação da prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentícia, independentemente da origem, desde que respeitado o rito e exigências dos arts. 528 a 533 do CPC/2015. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Não é razoável tratamento diferenciado ao credor de alimentos indenizatórios, tolhendo-lhe um meio executório (coerção pessoal) que via de regra se mostra efetivo. Possibilidade de execução de alimentos indenizatórios pela sistemática da coerção pessoal, na forma do art. 528, §§ 3° a 7° do NCPC. Doutrina a respeito. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.[87]

Tendo em vista a menção no referido julgado acerca da Constituição Federal de 1988, bem como do Pacto de São José da Costa Rica, se faz necessários alguns apontamentos sobre estes.

Hodiernamente, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro permite a prisão civil apenas para os casos de inadimplemento por débito alimentar e para o depositário infiel, sendo que este último caso não tem sido mais aplicado, em decorrência da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) pelo Brasil.

Pois bem, a vedação está contida no conhecido artigo 5° da Constituição Federal de 1988, constando este no capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), dentro do título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que traz em seu *caput* a seguinte redação: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes."[88]

Vê-se que a Constituição Federal de 1988 trata da liberdade como um direito garantido a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. No entanto, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se trata, por óbvio, de um direito absoluto, e justamente uma das hipóteses em que esse direito é relativizado, é com a possibilidade de prisão civil, que é permitida pela Constituição Federal de 1988, repita-se, em duas situações excepcionais, conforme inciso LXVII do artigo 5°: "LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."[89]

Ou seja, a regra na atual Constituição Federal, é que não é permitida a prisão civil por dívida, excepcionando apenas duas situações: o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel. Sobre o assunto, esclarece Sarlet qual o conteúdo e âmbito de proteção da referida norma constitucional:

> Na perspectiva da dupla dimensão defensiva e prestacional dos direitos fundamentais, a vedação da prisão civil, em primeira linha, consiste no direito de não ser privado da liberdade em virtude do descumprimento de obrigação, direito este que exige uma posição de respeito e de abstenção do Estado e dos particulares.[90]

Nesse sentido, a vedação da prisão civil, "[...] opera como uma barreira, invalidando todos os atos atentatórios a esta garantia constitucional, independentemente da natureza pública ou privada destes atos, sejam eles normativos ou não."[91]

Ainda, a respeito da postura do Estado na proteção do direito à liberdade da pessoa, complementa Sarlet:

> A dimensão defensiva (negativa), como é sabido, não dispensa uma postura ativa do Estado, justamente para proteger a liberdade da pessoa, impedindo que esta seja violada, inclusive pelo próprio Estado ou por iniciativa de particulares, com destaque para o dever de tutela jurisdicional, mas também por meio de prestações jurídicas (normativas) ou mesmo por meio de outras formas de tutela da liberdade pessoal e meios alternativos de proteção dos direitos os quais se pretendeu tutelar com a possibilidade da prisão.[92]

Dessa forma, tem-se que somente a norma proibitiva da prisão civil, não é suficiente para a completa proteção da liberdade da pessoa, sendo imprescindível que o Estado adote uma postura ativa, a fim de evitar a violação do direito referido tanto por iniciativa do próprio Estado como de particulares. Inclusive, conforme

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

menciona o autor, isso pode ser feito pelo Estado adotando outros meios que também sejam efetivos para a proteção dos direitos que são razão da segregação da liberdade do devedor ainda ser permitida, ou seja, é viável que o Estado crie outras formas de cobrança do débito alimentar, para evitar o uso da medida que segrega a liberdade do devedor.

Com relação a esses direitos que, em tese, ainda justificam a manutenção da prisão civil do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que, no que se refere à hipótese da obrigação alimentar, esta possui fundamento tanto na política social quanto na proteção à família, conforme comenta Silva:

> O inadimplemento da obrigação alimentícia tem seu fulcro na política social, em geral, e na proteção à família (art. 226), em particular: é dever dos pais proverem a manutenção e educação dos filhos menores; em virtude disso, o rigor constitucional. [93]

No mesmo sentido, comenta Oliveira Filho:

> Compreende-se a inscrição da prisão civil no título referente aos direitos e garantias fundamentais pela importância reservada, na própria Constituição Federal, a organização familiar como base da sociedade e destinatária da proteção especial do Estado (art. 226).[94]

Mendes também entende que é justificável a prisão civil tendo em vista a relevância do bem que se pretende tutelar: "A restrição da liberdade individual, como medida extrema e excepcional, justifica-se diante da importância do bem jurídico tutelado, a assistência familiar, que também recebe proteção por meio de normas penais."[95]

Vê-se assim que, mesmo que a Constituição Federal de 1988 não expresse que o débito alimentar que autoriza a prisão civil é aquele inserido no Direito de Família, a interpretação feita pelos doutrinadores é de que ela é justificável para estes casos.

Em continuidade ao estudo das hipóteses previstas como exceção à vedação da prisão civil, tem-se como outra possibilidade o caso do depositário infiel, que pode ser apontado como "[...] aquele que se comprometeu a guarda e manutenção de determinado bem – por fidúcia ou confiança –, objeto de litígio, ou simplesmente bem garantidor de execução, no caso de penhora, e não cumpriu tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

compromisso."[96] Como já aludido brevemente, a prisão do depositário infiel já não é mais é possível, ressalta-se, em decorrência da ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que foi aprovada em 22 de novembro de 1969, na Conferência de São José da Costa Rica.[97]

Tal Convenção, cabe destacar, "[...] visa ao respeito dos direitos e liberdades nela reconhecidos, garantindo-se o seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita a sua jurisdição, sem qualquer discriminação."[98]

Feitas tais considerações, passando-se à análise da Convenção Americana de Direitos Humanos a respeito da prisão civil, reitera-se que a restrição à segregação da liberdade do devedor encontra-se disposta no artigo 7°, que se refere ao Direito à liberdade pessoal, mais precisamente, consta no parágrafo 7° do referido artigo a seguinte vedação: "Artigo 7 [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."[99]

Conforme já mencionado, em razão do dispositivo acima citado, é que se tem a impossibilidade de prisão do depositário infiel que, como visto está expresso na Constituição Federal de 1988 como exceção à vedação da prisão civil por dívidas.

Interessante observar tanto o que dispõe a Constituição Federal de 1988 quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, que nenhuma delas especifica qual o débito alimentar que é possível de se aplicar a coerção pessoal, motivo pelo qual, foram fundamentos, em conjunto com o atual Código de Processo Civil, para que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendesse pela possibilidade de prisão civil mesmo diante de um caso de alimentos indenizatórios.

Não obstante a esse entendimento, tal posicionamento é contrário ao que a jurisprudência do Superior Tribunal Justiça firmou antes da vigência do atual Código de Processo Civil, tal fato, inclusive, foi o fundamentando utilizado pelo Ministro Lázaro Guimarães, para deferir uma liminar em um recurso ordinário em que o impetrante justamente se opõe a uma decisão que foi proferida pelo referido Tribunal gaúcho aplicando o entendimento exposto na ementa supramencionada. Consignou o referido Ministro em sua decisão: "Com efeito, sopesando entre a plausividade do entendimento de origem e a jurisprudência firmada no STJ, deve-se inclinar, em sede liminar, pelo acolhimento desta, pois em jogo a liberdade do recorrente."[100]

Em relação ao entendimento doutrinário, em complemento aos já citados Nader e Cahali, vê-se que a inclinação, de fato, é mesmo pela impossibilidade de

prisão civil em casos de alimentos indenizatórios. Nesse sentido, comentando acerca das atuais disposições processuais pertinentes à prisão civil, Gonçalves assinala: "Os alimentos de caráter indenizatório, que decorrem de ato ilícito, quando o réu é condenado a pagar pensão à vítima ou a seus herdeiros, em caso de incapacidade ou morte, são executados na forma convencional, sem possibilidade de prisão do devedor."[101]

Quanto ao princípio da proporcionalidade apresentado como fundamento pelo Tribunal gaúcho para permitir a prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios, tem-se que, por ser considerada uma medida extremada de cobrança, que já há algum tempo está restrita ao débito alimentar classificado como legal ou legítimo, não parece razoável que seja aplicada à outras situações fora desse hipótese justificável, o que configuraria, diante de toda a construção em torno da questão, um enorme retrocesso.

Além disso, como consignado na própria decisão do Tribunal, hodiernamente existem diversas outras medidas disponíveis ao credor para que busque a satisfação de seu crédito, que não necessariamente devem estar previstas na lei, medidas estas, que são recomendadas até mesmo em caso de alimentos inseridos no Direito de Família, que incontroversamente permitem a prisão civil, tanto porque podem ser mais eficazes, quanto porque vem se entendendo pela aplicação da coerção pessoal apenas em casos em se configurar a urgência no recebimento dos alimentos.

O fundamento para o entendimento de aplicação de outras medidas não expressamente previstas na lei, é possível retirar do disposto no artigo 139 do Código de Processo Civil, que dispõe acerca dos poderes do juiz, a hipótese autorizadora está inciso IV do referido artigo,[102] o qual determina que:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> [...]
>
> IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.[103]

Diante disso, nota-se que, muito embora possa ser cedo para afirmar, porquanto a discussão poderá ter ainda muitos desdobramentos nos tribunais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ao que parece, estes tendem a manter o entendimento que já se tinha antes da vigência do atual Código de Processo Civil, isso é, que apesar da forma que a referida legislação tratou acerca da coerção pessoal por inadimplemento de débito alimentar, não seria possível sua aplicação aos alimentos devidos em decorrência de ato ilícito, mantendo-se a possibilidade de coerção pessoal tão somente para os casos de inadimplemento de alimentos inseridos no Direito de Família, os chamados legítimos ou legais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo objetivou discutir (im)possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios face ao Código de Processo Civil de 2015.

Averiguou-se que os alimentos são entendidos como prestações que possuem o condão de fornecer muito mais que somente a alimentação em si, possuem, na realidade, um caráter muito mais abrangente que isso, envolvendo tudo aquilo que é necessário para a vida do alimentando.

Verificou-se ainda, que os alimentos são classificados por diversas circunstâncias, que possuem notável implicância jurídica, isso porque, apesar de não haver um regramento específico e fechado para cada tipo de classificação, entende a doutrina e a jurisprudência que a depender da origem dos alimentos, haverá características incomunicáveis com alimentos originários por outra causa.

Ainda, inferiu-se que o atual Código de Processo Civil trata da prisão civil de forma bem detalhada, trazendo as prestações que a tornam permitida no caso concreto, forma de defesa do executado, entre outras coisas. Porém, não aponta expressamente que espécie de alimentos seria passível de cobrança por tal meio, pelo contrário, trata do assunto de forma genérica.

Em razão disso, averiguou-se que surgiu certa controvérsia nos tribunais acerca da aplicação da coerção pessoal para o devedor de alimentos indenizatórios, assim como ocorre normalmente para os alimentos chamados de legítimos ou legais, inseridos do Direito de Família.

Ocorre que, apesar de haver decisões no sentido de permitir a prisão civil para os alimentos indenizatórios com base na nova redação da matéria dada pelo Código de Processo Civil de 2015, a tendência parece ser de que os tribunais irão manter o entendimento anterior de que a medida prisional somente é permitida para os alimentos do Direito de Família, tendo em vista o bem jurídico tutelado.

Além disso, a doutrina e os tribunais de fato entendem a prisão civil como uma medida excepcional, não havendo razões em estender as suas possibilidades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quando já há toda uma construção jurídica delimitando sua hipótese aos alimentos legais ou legítimos, apesar da própria Constituição Federal de 1988 não expressamente dizer isto. Ainda, deve-se considerar que atualmente existem outros mecanismos disponíveis de cobrança pelo credor, que podem ser mais eficazes e menos degradantes a pessoa do devedor, já que não necessariamente se limitam ao disposto em lei, podendo ser adotadas conforme análise de cada caso concreto pelo magistrado.

Destarte, diante de todos estes pontos, confirma-se a hipótese básica de que não é possível a prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios com base no Código de Processo Civil de 2015, notadamente, por já haver todo um entendimento construído anteriormente no sentido que não se poderia aplica-la a estes alimentos, não havendo, apenas pela interpretação do Código de Processo Civil de 2015, razões para modificá-lo.

O assunto não se exaure com este estudo, especialmente, porque os temas relacionados ao instituto dos alimentos são constantemente discutidos na doutrina e nos tribunais.

6.REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de; TEBALD, Juliana Zacarias Fabre. **Direito civil:** família e sucessões. São Paulo: Manole, 2012.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Alimentos no Código Civil:** aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2019

BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n° 5.478, de 25 de julho de 1968.** Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5478.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em *Habeas Corpus* n° 101.008 – RS (2018/0186269-2),** Relator Ministro Lázaro Guimarães, julgado em 30/07/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85847126&num_registro=201801862692&data=20180803. Acesso em: 10 fev. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado.** São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. *In*: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito internacional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OEA. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos:** teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2015.

PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos:** constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n° 70071134027,** de Osório, Relator Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Décima Primeira Câmara Cível, julgado em 26/04/2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70071134027%26num_processo%3D70071134027%26codEmenta%3D7311043+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70071134027&comarca=Comarca%20de%20Os%C3%B3rio&dtJulg=26/04/2017&relator=Luiz%20Roberto%20Imperatore%20de%20Assis%20Brasil&aba=juris. Acesso em: 05 set. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Habeas Corpus* **Cível n° 0000100-48.2019.8.24.0000,** de Araranguá, Relator André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, julgado em 26/02/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAGoj+AAD&categoria=acordao_5. Acesso em: 07 mar. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n° 4008922-89.2018.8.24.0000,** de Itapiranga, Relator Desembargador Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em: 05/07/2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAMZTdAAH&categoria=acordao_5. Acesso em: 05 set. 2018.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5°, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013.

SILVA, Paulo Napoleao Nogueira da. Comentários ao artigo 5º, incisos LVIII ao LXVII. *In*: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[1] ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de; TEBALD, Juliana Zacarias Fabre. **Direito civil:** família e sucessões. São Paulo: Manole, 2012. p. 88.

[2] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 503.

[3] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 503.

[4] OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos:** teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2015. p. 03.

[5] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 15.

[6] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 15.

[7] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 16.

[8] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 15.

[9] BERALDO, Leonardo de Faria. **Alimentos no Código Civil:** aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 17.

[10] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 505.

[11] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 15.

[12] BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

[13] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[14] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[15] BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

[16] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[17] BERALDO, Leonardo de Faria. **Alimentos no Código Civil:** aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 18.

[18] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[19] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[20] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 20.

[21] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[22] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 20.

[23] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[24] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 20.

[25] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 20-21.

[26] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 21.

[27] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 21.

[28] LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado.** São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 329.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[29] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 22.

[30] BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

[31] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[32] BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

[33] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 22.

[34] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 22.

[35] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 23.

[36] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[37] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26.

[38] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[39] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 508.

[40] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

[41] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

[42] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[43] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

[44] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

[45] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

[46] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

[47] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

[48] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

[49] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

[50] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 130.

[51] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 738.

[52] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos:** constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 20.

[53] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[54] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 131.

[55] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 131.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[56] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[57] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 103.

[58] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 131.

[59] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 103.

[60] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[61] BRASIL. **Lei n° 5.478, de 25 de julho de 1968.** Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5478.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

[62] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 742.

[63] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Habeas Corpus* **Cível n° 0000100-48.2019.8.24.0000,** de Araranguá, Relator André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, julgado em 26/02/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAGoj+AAD&categoria=acordao_5. Acesso em: 07 mar. 2019.

[64] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 743.

[65] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

[66] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

[67] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

[68] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

[69] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[70] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[71] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[72] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

[73] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[74] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

[75] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[76] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 131.

[77] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[78] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[79] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[80] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 1040.

[81] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

[82] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 1040.

[83] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 24.

[84] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 25.

[85] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 505.

[86] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n° 4008922-89.2018.8.24.0000,** de Itapiranga, Relator Desembargador Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em: 05/07/2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAMZTdAAH&categoria=acordao_5. Acesso em: 05 set. 2018.

[87] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n° 70071134027,** de Osório, Relator Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Décima Primeira Câmara Cível, julgado em 26/04/2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70071134027%26num_processo%3D70071134027%26codEmenta%3D7311043+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70071134027&comarca=Comarca%20de%20Os%C3%B3rio&dtJulg=26/04/2017&relator=Luiz%20Roberto%20Imperatore%20de%20Assis%20Brasil&aba=juris. Acesso em: 05 set. 2018.

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

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2019

[89] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2019

[90] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5°, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 464.

[91] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5°, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 464.

[92] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5°, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 464.

[93] SILVA, Paulo Napoleao Nogueira da. Comentários ao artigo 5º, incisos LVIII ao LXVII. *In*: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 236.

[94] OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos:** teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2015. p. 244.

[95] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. *In*: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 637.

[96] SILVA, Paulo Napoleao Nogueira da. Comentários ao artigo 5º, incisos LVIII ao LXVII. *In*: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 236.

[97] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 380.

[98] NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito internacional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44.

[99] OEA. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

[100] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em** *Habeas Corpus* **n° 101.008 – RS (2018/0186269-2),** Relator Ministro Lázaro Guimarães, julgado em 30/07/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85847126&num_registro=201801862692&data=20180803. Acesso em: 10 fev. 2019.

[101] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 840.

[102] GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença:** comentários ao CPC de 2015. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 765.

[103] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A SISTEMÁTICA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA A PARTIR DA REFORMA TRABALHISTA

DANILO GONÇALVES GASPAR: Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA). Membro do Instituto Bahiano de Direito do Trabalho (IBDT). Professor de Direito e Processo do Trabalho. Palestrante. Autor de obras jurídicas.

Resumo: A sistemática da concessão do benefício da justiça gratuita foi um dos diversos pontos objeto de alteração pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), o que vem provocando muitas reflexões sobre as consequências práticas das mudanças promovidas no texto da Lei. A análise do tema provoca, além de uma leitura à luz do direito fundamental de acesso à justiça, uma leitura holística do direito processual do trabalho, a partir de elementos do processo comum, de modo a não se esvaziar, por completo, o instituto da justiça gratuita no processo trabalhista.

Palavras-chave: declaração – justiça gratuita – mudança – reforma trabalhista – comprovação.

Sumário: 1. Introdução. 2. O significado contemporâneo de acesso à justiça. 2.1 A evolução do significado do acesso à justiça. 2.2 A primeira onda do movimento de acesso à justiça. 3. Assistência Judiciária Gratuita e Justiça Gratuita. 3.1 A assistência judiciária gratuita. 3.2 O benefício da justiça gratuita. 4. Hipóteses de concessão do beneficio da justiça gratuita. 4.1 A realidade antes da Lei n. 13.467/2017. 4.2 A realidade após a Lei n. 13.467/2017. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A CRFB/88 prevê uma série de direitos e garantias fundamentais, inclusive de natureza processual. Entre eles, com íntima relação com o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), o direito à assistência judiciária gratuita, conforme previsto no art. 5º, LXXIV, segundo o qual "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"

Desse modo, as normas infraconstitucionais que tratam do tema devem ser interpretadas à luz da CRFB/88 (interpretação conforme a Constituição), tendo sempre em vista a necessidade de promover a efetivação de direitos fundamentais, ante a ocorrência do fenômeno denominado "neoconstitucionalismo".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Além disso, importante destacar que a assistência judiciária gratuita, expressamente prevista no texto constitucional, é gênero, consistindo no direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais, abrangendo, portanto, a ideia de justiça gratuita.

2. O significado contemporâneo de acesso à justiça.

O direito fundamental de acesso à justiça, consagrado pela CRFB/88 no inciso XXXV do art. 5º, além de revelar, internamente, um dos direitos fundamentais garantidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, revela um estágio de amadurecimento de uma sociedade e o seu grau de democracia.

Isto porque, em uma perspectiva democrática de Estado, a sociedade necessita de instrumentos efetivamente capazes para que todo e qualquer cidadão, caso sofra alguma lesão (ou ameaça) em seu direito, possa, concretamente, recorrer ao Poder Judiciário, não somente batendo à sua porta, mas sobretudo valendo-se dos princípios do Juiz natural (art. 5º, LIII, da CRFB/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88).

Para tanto, torna-se imprescindível que o Estado, em sentido amplo, elime barreiras, muitas vezes intransponíveis, ao acesso à justiça, de modo que o Poder Judiciário seja, de forma efetiva, acessível a todo e qualquer cidadão:

> Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 7)

> A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 8)

Neste sentido, se há, o que é uma realidade inexorável nos sistemas capitalistas de produção, uma desigualdade social que faz com que, conforme dados estatísticos divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

(IBGE), o rendimento médio real domiciliar per capita seja de R$ 1.157,07, sendo que metade dos brasileiros possuem renda menor que um salário mínimo.[1]

Estes dados objetivos, números contra os quais não há discussão, revelam não somente a concentração de renda que marca as sociedades capitalistas, como o caso brasileiro onde, em 2016, 1% dos trabalhadores com os maiores rendimentos recebia por mês, em média, R$ 27.085,00 - o equivalente a 36,3 vezes mais do que a metade da população com os menores rendimentos, que ganhava, em média, R$ 747, revelando, também, que, para os fins legais (o tema será explorado mais a frente), a sociedade brasileira é economicamente pobre, havendo, portanto, uma barreira verdadeiramente intransponível ao acesso à justiça: as despesas do processo.

2.1 A evolução do significado do acesso à justiça.

Nos Estados tipicamente liberais, marcados por direitos tipicamente individuais, o processo e o procedimento estavam voltados para os litígios destes direitos, reinando o formalismo processual.

Nestes modelos de Estado, este simplesmente assegurava o direito de acesso à justiça, mantendo-se passivo, evitando tão somente que esse direito fosse infringido/violado por outrem, de modo que o Estado não se preocupava com a incapacidade de algumas pessoas de, na prática, exercerem o direito de acesso à justiça, revelando uma realidade na qual a Justiça só era possível para aqueles que pudessem enfrentar seus custos: era um acesso simplesmente formal ao direito de acesso à justiça:

> Nos estados liberais 'burgueses' dos séculos dezoito de dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 9)

A segunda dimensão dos direitos fundamentais marca, por sua vez, a outorga pelo Estado de direitos sociais, cuja satisfação dependia de uma atuação positiva do Estado, momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter coletivo e a noção de acesso à justiça revelava um "sistema jurídico moderno e igualitário que pretendia garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos":

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação". (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 11)

> O acesso à justiça pode, portanto, se encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 12)

> Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em beneficio de quem e com que impacto social. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 12)

Na atualidade, seja a partir da noção dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88, já citados, seja a partir das normas fundamentais do processo trazidas pela Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015), necessário, portanto, que se conceba exatamente um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

2.2 A primeira onda do movimento de acesso à justiça.

Para se conceber um sistema jurídico moderno e igualitário que consiga, efetivamente, garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos, é imprescindível que se eliminem as barreiras intransponíveis ao acesso à justiça, a começar pelos custos do processo. A solução para o obstáculo dos custos processuais é a concessão de Assistência Judiciária Gratuita aos necessitados – A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"primeira onda" do movimento de acesso efetivo à justiça (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 31).

Não se está falando de algo novo, percebe-se. Se está, aqui, apenas relembrando em que contexto surgiram os institutos da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita, para que não se perca, jamais, o seu sentido primordial, qual seja: materializar um sistema jurídico igualitário que consiga, efetivamente, garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

3. Assistência Judiciária Gratuita e Justiça Gratuita.

3.1 A assistência judiciária gratuita.

Apesar de próximos, os institutos da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita se diferenciam enquanto, respectivamente, gênero e espécie.

Assim é que a assistência judiciária gratuita revela o direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais, consagrado no art. 5º, LXXIV, da CRFB/88: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

No Brasil, em geral, a assistência judiciária gratuita é prestada pela Defensoria Pública, ou por quem exerça cargo equivalente, sendo que, se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais (arts. 1º e 5º, § 2º e §5º, da Lei n. 1.060/50).

No âmbito da Justiça do Trabalho, por sua vez, a Assistência Judiciária Gratuita é disciplinada pela Lei n. 5.584 de 1970, que eu seu artigo 14 diz que "Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador", deixando, portanto, a responsabilidade pela concessão de defensor para representar, em Juízo, o trabalhador necessitado.

Supletivamente, a obrigatoriedade de concessão de assistência judiciária gratuita, na Justiça do Trabalho, deve ser concedida pelo Estado, através de Promotores ou Defensores Públicos, conforme art. 17 da Lei n. 5.584 de 1970: "Quando, nas respectivas comarcas, não houver Juntas de Conciliação e Julgamento ou não existir Sindicato da categoria profissional do trabalhador, é atribuído aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Promotores Públicos ou Defensores Públicos o encargo de prestar assistência judiciária prevista nesta lei".

3.2 O benefício da justiça gratuita.

O instituto da justiça gratuita ou da gratuidade da justiça, por sua vez, é uma espécie do gênero assistência judiciária gratuita, garantindo ao cidadão, na forma do art. 98, §1º, do CPC/2015[2], a isenção das seguintes despesas processuais: I - as taxas ou as custas judiciais; II - os selos postais; III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.".

Registre-se, entretanto, desde já, que, como será melhor analisado adiante, a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, § 2º, CPC/15).

Importante destacar, ainda, que, conforme art. 98, § 4º, do CPC/2015, "A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.", revelando, assim, que eventual multa por litigância de má-fé não é isentada ao beneficiário da justiça gratuita.

Por fim, vale destacar que, quanto ao inciso VIII do art. 98, §1º, do CPC/2015 (regra que, anteriormente, havia sido inserida, pela Lei Complementar n. 132/2009, no art. 3º, VII, da Lei n. 1.060/50), o entendimento até então predominante no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho era no sentido de que a isenção dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório não abrangia o depósito recursal previsto no art. 899 da CLT e no art. 40 da Lei n. 8.177/91.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O entendimento do TST partia da natureza jurídica do depósito recursal que, conforme item I da IN 3/1993 do TST, possui natureza jurídica de garantia do juízo recursal e não de taxa de recurso.

Neste particular, contudo, a Lei n. 13.467/2017, alterando a sistemática até então vigente, incluiu o § 10 do art. 899 da CLT, passando a prever, de forma expressa, que **"São isentos do depósito recursal** os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial." (grifamos).

Trata-se de alteração que, na linha substancial do acesso à justiça, visa permitir que aquele que não tenha condições de arcar com as despesas processuais, lembrando que, no caso da Pessoa Jurídica, é imprescindível que esta demonstre, de forma inequívoca, sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais (Súmula n.481 do STJ e item II da Súmula n. 463 do TST), possa interpor um recurso, exercendo, assim, seu direito fundamental ao acesso à justiça.

4. Hipóteses de concessão do beneficio da justiça gratuita.

4.1 A realidade antes da Lei n. 13.467/2017.

Até o advento da Lei n. 13.467/2017, a concessão do benefício da justiça gratuita, no processo do trabalho, estava prevista apenas no § 3º do art. 790, da CLT, que contemplava duas hipóteses de concessão, a requerimento ou de ofício, do referido benefício: a) receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou; b) declarar, sob as penas da lei, que não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

A primeira hipótese (receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal) contemplava uma presunção legal de veracidade do estado de pobreza, baseada em um critério objetivo: recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal.

A segunda hipótese, por sua vez, estava relacionada àqueles que, a despeito de receberem salário superior ao dobro do mínimo legal (afinal, se recebessem salário até o dobro do mínimo legal, estariam contemplados na primeira hipótese), declarassem, sob as penas da lei, que não possuíam condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Importante destacar, neste particular, que, no âmbito da Justiça do Trabalho, sempre se entendeu, tanto por força do art. 1º da Lei n. 7.115/83, quanto por força, depois, do art. 99, § 3º, do CPC/2015, que, quando firmada por pessoa natural, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

declaração de pobreza era presumidamente verdadeira, de modo que bastava que a parte juntasse declaração de pobreza, cabendo à parte contrária, se fosse o caso, produzir provas capazes de infirmar a referida declaração.

A declaração de pobreza, para produzir seus efeitos, precisa ser, necessariamente, assinada pela própria parte ou por advogado com poderes específicos para tanto, nos termos do art. 105 do CPC/2015.[3]

4.2 A realidade após a Lei n. 13.467/2017.

A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), alterando a sistemática para a concessão do benefício da justiça gratuita até então existente na CLT, conferiu nova redação ao § 3º do art. 790 e incluiu, neste mesmo artigo, o § 4º.

No que tange ao § 3º, passou a prever "É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.".

Neste particular, a alteração promovida pela Reforma Trabalhista ampliou o acesso à justiça, na medida em que, alterando a hipótese que contempla uma presunção legal de veracidade do estado de pobreza, substituiu o critério até então vigente (recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, o que, considerando os valores atuais, significaria receber salário igual ou inferior a R$ 1.996,00) pelo critério de recebimento de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social[4], o que, considerando os valores atuais, significa receber salário igual ou inferior a R$ 2.335,78).

Assim, como dito, ampliou-se o acesso à justiça, na medida em que passou a permitir ao Juiz, a requerimento ou de ofício, a concessão do benefício da justiça gratuita a quem receba salário entre R$ 1.996,01 a R$ 2.337,78, o que não seria possível caso mantido o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo.

Já com relação ao § 4º do art. 790, a Reforma Trabalhista, diante da redação deste novo dispositivo, vem despertando diversas reflexões.

Isto porque, pela redação anterior (do § 3º do art. 790), a segunda hipótese de concessão do benefício da justiça gratuita estava relacionada ao fato da parte, a despeito de receber salário superior ao dobro do mínimo legal, declarasse, sob as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

penas da lei, que não possuía condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Pois bem. Com a redação do § 4º do art. 790 da CLT, possível identificar, na prática, uma ou duas mudanças substanciais. A primeira está relacionada, agora, à impossibilidade de concessão, de ofício, do benefício da justiça gratuita àqueles que recebam salário superior a 40% do teto do INSS, já que a possibilidade de concessão, de ofício, da justiça gratuita, está prevista apenas no § 3º do art. 790 da CLT, que, após a Reforma Trabalhista, passou a contemplar apenas uma hipótese de concessão do benefício: receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Assim, diante do novo artigo 790 da CLT, na hipótese da parte receber salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, a concessão do benefício da justiça gratuita está condicionado ao seu requerimento, sendo vedada, portanto, a sua concessão de ofício pelo Magistrado.

A outra conclusão que se pode extrair da alteração promovida pela Reforma Trabalhista está diretamente relacionada à substituição da expressão "declarar" pela expressão "comprovar", de modo que é possível entender que, a partir da Reforma Trabalhista, não basta que a parte que receba salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social declare, sob as penas da lei, que não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, sendo imprescindível, portanto, que a parte requerente comprove, mediante documentos que comprovem seus gastos mensais (comprometimento dos seus rendimentos), que, mesmo recebendo salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Tratar-se-ia, contudo, de interpretação distante da CRFB/88 (art. 5º, XXXV) e isolada, na medida em que o regramento da concessão do benefício da justiça gratuita encontra-se previsto em outras normas do sistema jurídico, o que impõe, assim, uma interpretação sistemática do novo dispositivo da CLT.

Desta maneira, ao interpretar o § 4º do art. 790 da CLT (O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo) é possível, sem maiores esforços interpretativos, concluir que, em verdade, exceto quanto à impossibilidade de, neste caso, o Magistrado conceder, de ofício, o benefício, nada mudou!

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Isto porque, na hipótese da parte receber salário superior ao equivalente a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, caso a parte junte aos autos declaração pessoal de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), esta declaração não dependerá de qualquer outra prova.

Foi justamente nesse sentido o entendimento consagrado pelo Desembargador Edilton Meireles, quando da decisão monocrática proferida nos autos do AIRO 0000242-76.2017.5.05.0493:

> Diga-se, ainda, que o § 4º do art. 790 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/17, não alterou esse panorama ao exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos.
>
> Isso porque, no caso, em aplicação supletiva do CPC/15, tem-se como prova da insuficiência do recurso a mera declaração da pessoa natural.
>
> Não fosse isso, esse dispositivo do CPC segue a linha do disposto na Lei nº 7.115/83, que, em seu art. 1º, estabelece que a própria declaração do interessado é suficiente para "fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes".
>
> Assim, ainda que por aplicação do disposto na Lei nº 7.115/83, mais especial que a CLT em relação ao tema, deve-se ter como comprovado o estado de pobreza do Autor.
>
> Tal entendimento é corroborado pela norma presente no art. 99, § 2º, da CLT, segundo a qual, "o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade" e, ainda assim, deverá, antes do indeferimento, "determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos".

No mesmo sentido, outrossim, a decisão proferida pela 3ª Turma do TST nos autos da ação de número RR-1000683-69.2018.5.02.0014, de relatoria do Ministro Alexandre Agra Belmonte (DEJT 10/10/2019):

> (...) Dessa forma, à luz do que dispõe o próprio § 3º do art. 790 da CLT c/c com os arts. 15 e 99, § 3º, do CPC, entende-se

> que a comprovação a que alude o § 4º do art. 790 da CLT pode ser feita mediante a simples declaração da parte, a fim de viabilizar o pleno acesso do trabalhador ao Poder Judiciário, dando, assim, cumprimento ao art. 5º, XXXV e LXXIV da Constituição Federal. (...)

A conclusão acima decorre do fato de que, nos termos do art. 99, §3º, do CPC/2015 e do art. 1º da Lei n. 7.115/83 (aplicáveis ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC/2015), a declaração pessoal de pobreza goza de presunção legal de veracidade, presunção esta que, diante da ausência de provas em sentido contrário, prevalece, afinal, nos termos do art. 374, IV, do CPC/2015, não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, o que é o caso, como visto, da declaração de pobreza.

Assim, se a parte, a despeito de receber salário superior ao equivalente a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, juntar aos autos declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), caberá (continuará cabendo, na verdade, já que, antes da Reforma Trabalhista, era exatamente isto o que ocorria) à parte contrária produzir provas capazes de infirmar a referida declaração de pobreza.

Nada impede, por exemplo, que a parte contrária, com base nos próprios recibos de pagamento da parte autora, alegue (e eleja os referidos documentos como prova para tanto) que a renda mensal da parte autora (já comprovada nos autos e, neste caso, necessariamente superior a 40% do teto do INSS) comprova sua possibilidade de arcar com as custas do processo e elida a presunção de veracidade da declaração de pobreza juntada aos autos.

Neste caso, caberá ao Magistrado, antes de indeferir o benefício da justiça gratuita, determinar à parte a comprovação (agora sim é necessário falar em comprovação, já que o Magistrado, diante da alegação da parte contrária, concluiu haver, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade) do preenchimento do referido pressuposto, qual seja: não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Esta sistemática, contudo, já existia na redação anterior à Reforma Trabalhista, na medida em que, por mais que o § 3º do art. 790 utilizasse a expressão declaração, a declaração gozava apenas de presunção relativa de veracidade, nada impedindo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que, no caso concreto, o Magistrado entendesse que havia, nos autos, elementos que evidenciassem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, hipótese na qual, antes de indeferir o benefício, teria que intimar a parte para que esta comprovasse o preenchimento do referido pressuposto.

Como se vê, nada mudou no particular. A sistemática continua a mesma, qual seja:

a) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST) e não há, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, o Magistrado deve conceder o benefício da justiça gratuita, já que, neste caso, a declaração de pobreza, em face da presunção legal de veracidade que ostenta (art. 99, § 3º, do CPC/2015) não exige prova do estado de insuficiência econômica (art. 374, IV, do CPC/2015);

b) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), mas há (provas preexistentes ou produzidas pela parte contrária), nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade (impossibilidade de arcar com as custas do processo), restará elidida a presunção de pobreza resultante da declaração juntada, cabendo ao Magistrado, neste caso, antes de indeferir o benefício da justiça gratuita, determinar à parte a comprovação do preenchimento do referido pressuposto, qual seja: não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o que poderá ser feito mediante documentos que comprovem seus gastos mensais (comprometimento dos seus rendimentos), comprovando, assim, que, mesmo recebendo salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Neste sentido, inclusive, importante destacar os enunciados 197 e 198 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho - FPPT, aprovados no V FPPT, em Salvador:

> 197. (art. 790, §§ 3º e 4º da CLT; arts. 99, §3º e 374, IV, do CPC; art. 1º da Lei n. 7.115/83) Na hipótese de a parte receber salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o benefício da justiça gratuita deve ser concedido se, juntada declaração de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pobreza, assinada pela parte ou por advogado com poderes específicos para tanto, não existirem, nos autos, nem forem produzidas pela parte contrária, provas capazes de elidir a presunção de veracidade da referida declaração.

198. (art. 790, §§ 3º e 4º da CLT; art. 99, §2º do CPC) Diante da declaração de pobreza juntada pela parte, assinada por ela própria ou por advogado com poderes específicos para tanto, ainda que haja, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, não pode o Juiz ou o Tribunal, sem antes determinar à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos do benefício da justiça gratuita, indeferir o pedido.

5. Conclusões.

As reflexões e provocações trazidas ao longo do presente artigo permitem que se conclua que a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), ao alterar o § 3º do art. 790 da CLT e incluir o § 4º neste dispositivo, provocou as seguintes alterações:

a) ao alterar a redação do § 3º do art. 790 da CLT, substituindo o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo pelo critério de recebimento de salário igual ou inferior a 40% do teto do INSS, ampliou o acesso à justiça, na medida em que passou a permitir ao Juiz, a requerimento ou de ofício, a concessão do benefício da justiça gratuita a quem receba salário, considerando os valores do ano de 2019, entre R$ 1.996,01 a R$ 2.337,78, o que não seria possível caso mantido o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo;

b) ao alterar a redação do § 3º do art. 790 da CLT e incluir, neste artigo, o § 4º, consagrou a impossibilidade de concessão, de ofício, do benefício da justiça gratuita àqueles que recebam salário superior a 40% do teto do INSS, já que a possibilidade de concessão, de ofício, da justiça gratuita, está prevista apenas no § 3º do art. 790 da CLT, que, após a Reforma Trabalhista, passou a contemplar apenas uma hipótese de concessão do benefício: receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Contudo, a substituição da expressão "declarar" pela expressão "comprovar", para fins de concessão do benefício da justiça gratuita, não teve o condão de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

promover qualquer alteração na sistemática processual até então vigente, de modo que a sistemática continua a mesma, qual seja:

a) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, juntar declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST) e não há, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, o Magistrado deve conceder o benefício da justiça gratuita, já que, neste caso, a declaração de pobreza, em face da presunção legal de veracidade que ostenta (art. 99, § 3º, do CPC/2015) não exige prova do estado de insuficiência econômica (art. 374, IV, do CPC/2015);

b) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, juntar declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), mas há (provas preexistentes ou produzidas pela parte contrária), nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade (impossibilidade de arcar com as custas do processo), restará elidida a presunção de pobreza resultante da declaração juntada, cabendo ao Magistrado, neste caso, antes de indeferir o benefício da justiça gratuita, determinar à parte a comprovação do preenchimento do referido pressuposto, qual seja: não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o que poderá ser feito mediante documentos que comprovem seus gastos mensais (comprometimento dos seus rendimentos), comprovando, assim, que, mesmo recebendo salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

6. Referências

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de direito processual do trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. – São Paulo : Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual e direito processual civil. Volume único. 8. ed – Salvador, JusPodivm, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SCHIAVI, Mauro, Manual de direito processual do trabalho / Mauro Schiavi. — 10. ed. de acordo com Novo CPC. — São Paulo : LTr, 2016.

---

[1] Segundo dados levantados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua), em 2017, no país, o rendimento médio real domiciliar per capita foi R$ 1.157,07, sendo que, no Estado de menor renda per capita mensal, Maranhão, encontra-se o valor de R$ 597,00, e no Distrito Federal, local de maior renda per capita mensal, encontra-se o valor de R$ 2.548,00. (ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2017.pdf)

[2] Importante destacar que o art. 1.072, III, do CPC/2015 revogou os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei no 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 que, até então, regulava o tema.

[3] Não por outra razão, o TST, após a entrada em vigor do CPC/2015, cancelou a OJ n. 331 da SDI-1, que dizia que "Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita." e, em seguida, editou a Súmula n. 463, dizendo que: " I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.".

[4] Para o ano de 2019, o valor máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é de R$ 5.839,45.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUALIDADE

LÁZARA CRISTINA GONÇALVES TAVARES DE SOUZA:
Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Estagiária de Pós-Graduação no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo realizar uma abordagem acerca do controle de constitucionalidade, trazendo conceitos de relevante importância sobre os sistemas adotados no ordenamento jurídico brasileiro, a evolução histórica e as mudanças legislativas e jurisprudenciais que levaram o Supremo Tribunal Federal a ser uma corte constitucional.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Controle concentrado. Controle difuso. Sistema híbrido. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The present work aims to perform an approach on constitutionality control, bringing important concepts about the systems adopted in the Brazilian legal system, a historical evolution and legislative and jurisprudential changes that led or the Supreme Federal Constitutional Court.

Keywords: Constitutionality control. Concentrated control. Fuzzy control. Hybrid system. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: CONTROLE DIFUSO OU CONCRETO E CONTROLE CONCENTRADO OU ABSTRATO. 2.1. Controle difuso ou concreto de constitucionalidade. 2.2. Controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade. 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. 4 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUALIDADE: CORTE CONSTITUCIONAL E ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO.5. CONCLUSÕES.

1.INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade no Brasil sofreu influencias de diversos sistemas, com isso a jurisdição constitucional nas palavras de Gilmar Mendes "pode ser hoje caracterizada pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais, como o mandado de segurança – uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro – o habeas corpus, o habeas data, o

mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular. Essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental"[1].

Fernando Machado da Silva lima conceitua jurisdição constitucional como "a atividade pela qual o Estado, através de seus órgãos, conforme previsão constitucional, interpreta a Constituição e, consequentemente, anula- ou deixa de aplicar ao caso concreto- todo e qualquer ato normativo infraconstitucional que com ela conflite. O objetivo fundamental da jurisdição constitucional é a efetividade da Constituição e ela desempenha as suas atribuições, no Brasil, através do controle difuso e do concentrado, utilizando os inúmeros dispositivos constitucionais previstos" (LIMA, 2005, p. 20).

É interessante observar que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade pressupõem uma relação de conformidade ou desconformidade com o paradigma- a Constituição formal e material- e a norma, ato ou um comportamento. A força normativa da Constituição a todos vincula e a todos submete. Juram cumprir e fazer cumprir a Constituição as autoridades do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, mas o dever de seguir fielmente os seus preceitos é também das pessoas e entidades privadas. Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissões a ela contrários (ZAVASCKI, 2012, p. 13).

Cumpre observar que a grande mudança em sede de Direito Constitucional ocorreu a partir da segunda guerra mundial, momento em que houve a necessidade de uma maior valorização dos direitos fundamentais, em nítida consagração ao princípio da dignidade da pessoa humana, em repudio a qualquer forma de despotismo por parte dos governantes. Desse contexto emergiu a supervalorização do Direito Constitucional, em detrimento da velha concepção do direito baseado no princípio da legalidade, acolhendo o postulado da Supremacia da Constituição, no qual tem por base o Direito político moderno. Assim, nasce o Estado protecionista e o Estado Constitucional de Direito[2]

Nesse diapasão, houve por bem criar mecanismos de proteção a esses direitos, e à Constituição, porquanto ser a Constituição a norma fundamental de onde se retira todo o ordenamento jurídico de um Estado democrático de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para manter a integridade da Constituição protegendo os preceitos nela contidos, criou-se o controle de constitucionalidade. No sistema de controle de constitucionalidade, quanto ao órgão legitimado, há o controle político e o judicial. A princípio, o controle político seria realizado somente pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, uma vez que estes são detentores da vontade do povo, vez que representam sua vontade (BULOS, 2009, p.110). Ocorre que, o Poder Judiciário, vem cada vez mais tomando lugar de destaque no âmbito do Estado, na tomada de decisões que envolvam questões políticas.

No ordenamento brasileiro o Supremo Tribunal Federal em termos de controle de constitucionalidade e interpretação da Constituição o Supremo Tribunal federal tem papel de relevo, tornando-se uma corte constitucional.

No ordenamento pátrio adotou-se um sistema híbrido, em que subsistem o controle difuso e o controle concentrado. Esses dois sistemas ao longo dos anos sofreram profundas modificações, notadamente em relação à legitimidade, a forma, a competência e os efeitos, sendo este último o que mais tem se mostrado mutável.

É interessante observar que há uma forte tendência, ante a predominância do controle judicial de constitucionalidade, em atribuir ao Supremo Tribunal Federal nítido poder normativo tendo em vista que suas decisões têm a natureza política de suas decisões e o atributo de definitividade que lhes é conferido, na pragmática jurídica. Isso se dá devido o elevado papel do judiciário de construir interpretativamente o sentido normativo da Constituição.

2.SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: CONTROLE DIFUSO OU CONCRETO E CONTROLE CONCENTRADO OU ABSTRATO

Segundo Paulo Blair, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), o Brasil é um dos poucos países do mundo que utiliza um sistema híbrido de controle de constitucionalidade. Segue a tradição anglosaxônica – cujo controle é feito por meio de atos da primeira instância, com a possibilidade de ingresso de recursos – e a tradição da Europa Continental – onde o controle é efetuado pelas cortes constitucionais, desde que o caso seja remetido pelo primeiro grau à corte suprema[3].

2.1Controle difuso ou concreto de constitucionalidade

O Sistema difuso de constitucionalidade tem origem no direito norte-americano, é praticamente pacífico na doutrina que formalizou-se em 1803, no célebre caso *Willian Marbury* versos *James Madson*, relatado pelo *chief justice* da Corte suprema John Marshall - afirmou a supremacia jurisdicional sobre todos os

atos dos poderes constituídos, inclusive sobre o Congresso dos Estados Unidos da América, permitindo-se ao Poder Judiciário, mediante casos concretos postos em julgamento, interpretar a carta Magna, adequando e compatibilizando os demais atos normativos com suas superiores normas (MORAIS, p. 577**).**

No voto elaborado por *Marshall,* a argumentação para indeferir o pedido de *Marbury* vinha da discussão da natureza das categorias de atos do Executivo, ou seja, que não eram passíveis de revisão judicial, sendo estes atos de natureza política e atos que a Constituição ou a lei houvessem atribuído a sua exclusiva discricionariedade. Deste modo, *Marshall* ainda enunciou três grandes fundamentos que justificam o controle de constitucionalidade, quais sejam, a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição, e que o Poder Judiciário seria, sim, intérprete final da Constituição. De todo o modo, a decisão da Suprema Corte foi alvo de inúmeras críticas, como a influência das circunstâncias políticas no julgamento do Judiciário (BARROSO, 2008, p. 9).

Insta trazer à baila a lição de Uadi Lamego Bulos, que reputa ter o controle difuso nascido bem antes do caso *Marbury* versus *Madison*. "Antes disso, contudo, a Justiça do Estado de Nova Jersey, nos idos de 1780, já havia declarado que leis contrárias à Constituição reputavam-se nulas. Em 1782, um grupo de juízes da Virgínia declararam, em seus vereditos, que leis inconstitucionais afiguravam-se nulas. No ano de 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou leis contrárias aos artigos da Confederação" (BULOS, 2009, p.117).

Para Luiz Roberto Barroso "o caso *Marbury* v. *Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza" (BARROSO, 2008, p. 5).

No sistema de controle difuso todos os tribunais e juízes podem declarar, incidentalmente, perante o caso concreto sub judice, a inconstitucionalidade da lei a ser aplicada ao caso. Sobre o controle difuso verbera Paulo Bonavides[4]:

> O controle difuso, sobre ser de índole jurídica ou judicial, com limites definidos no afastamento de aplicação da norma inconstitucional, é também grandemente democrático, visto que nasce nas bases do sistema, no seu subsolo, na sua horizontalidade, e por ele se irradia com tal amplitude que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> todo juiz do ordenamento é, na via de exceção, juiz constitucional.

Importa constar, que no direito norte americano existe a doutrina do *stare decisis*, como princípio que visa regular o sistema do controle difuso. Por esse princípio, os juízes de instâncias inferiores seguem as decisões dos Tribunais Superiores. É o que acontece com a Suprema Corte. Seus vereditos apresentam efeitos vinculantes, em virtude da força dos precedentes do Direito americano, verdadeiros paradigmas que vinculam o entendimento de todos os órgãos judiciais. Trata-se de um mecanismo fiscalizatório da supremacia da Carta americana de 1787, porque, quando a Suprema Corte declara uma lei inconstitucional, todos os juízes passam a considerá-la como morta (BULOS, 2009, p.118).

Sobre a natureza do *stare decises* aborda *Charles D. Cole*, citado por Zavascki:

> A doutrina do *stare decises* na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que, uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário Federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, estabelecendo assim um precedente, a Corte continuará a aderir a este precedente, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas. Portanto, 'precedente' é a regra jurídica usada pela Corte para estabelecer precedente vinculante sigam aquele precedente e 'não mudem uma questão decidida'. Esse princípio aplicando a doutrina do *stare decises* para estabelecer precedente vinculante, veio para a cultura do Estados Unidos da tradição *do common law* inglês (ZAVASCKI apud CHARLES D. COLE, 2012, p. 27).

No Brasil, conforme se verá adiante, o controle difuso foi inserido no ordenamento pela Constituição de 1891, porém o constituinte optou por adotar esse sistema apenas em parte, porquanto as decisões proferidas nesse controle não tem efeito vinculativo e nem eficácia erga omnes. Nesse raciocínio, há de se observar que há, hodiernamente, uma tendência a se atribuir esses efeitos ao controle difuso, notadamente ao Recurso Extraordinário, é o que se verá no momento oportuno.

2.2 **Controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade**

Esse sistema de controle tem origem austríaca, mais precisamente na Constituição de primeiro de outubro 1920, revelando uma nova face do controle de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constitucionalidade: a fiscalização de normas, exercida por um órgão de cúpula do Poder Judiciário (BULOS, 2009, p. 118).

Para o ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello, a importância dessas ações de controle abstrato de constitucionalidade "está na segurança jurídica, que é um princípio básico da nossa República". "Quando o Supremo se pronuncia, nós temos uma decisão passível de ser enquadrada como definitiva. Ou seja, nós exercemos a jurisdição restabelecendo, numa gradação maior, a paz social"[5].

Para Teori Albino Zavascki "os mecanismos de controle em abstrato de constitucionalidade, também chamado, entre nós, de controle concentrado, porque é exercido com exclusividade pelo STF, no que se refere à Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito da Constituição dos Estados Membros".

Nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, nos dizeres de Teori Albino Zavascki (2012, p. 53) "faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, independentemente de sua incidência em específicos suportes fáticos".

No ordenamento jurídico brasileiro os processos em sede de controle concentrado de constitucionalidade por ter natureza objetiva, não figuram partes, no sentido estritamente processual, mas entes legitimados a atuar institucionalmente, sem outro interesse que não o da preservação do sistema constitucional.

Conforme orientação firmada e reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, é lúcida a observação de Teori Albino Zavascki (2012, p. 54), no sentido de que "o controle normativo de constitucionalidade qualifica-se cm típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional".

3.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Inicialmente, a Constituição de 1824[6] não previa controle de constitucionalidade nos moldes hodiernos, sob a influência do direito francês foi dada a atribuição ao Poder Legislativo de velar pela guarda da Constituição, bem como elaborar leis, interpretá-las, suspendê-las e revoga-las, é o que se infere do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

artigo 15, n. 8º e 9º, em consagração ao dogma da soberania do Parlamento. Nesse raciocínio, insta trazer à baila a lição do insigne Pimenta Bueno, citado por Gilmar Mendes (MENDES, 2012, p. 22):

> Só o Poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já que nenhuma lei lhe deu essa faculdade, que seria absurda a que lhe desse.

Não obstante, a instituição do Poder Moderador estabelecido no artigo 98 da Carta Magna Imperial, atribuía ao chefe do Poder Executivo o mister de velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes. Posteriormente, com a inauguração do regime Republicano, sob a influência do direito norte-americano, instituiu-se o controle de constitucionalidade difuso no ordenamento brasileiro, já consagrado na denominada Constituição provisória de 1890 (art.58, §1º, a e b). Foi também previsto no Decreto n. 848, de 11-10-1890[7], que tratava da organização da Justiça Federal, em seu artigo 3º, estabelecia que na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura só intervirá em espécie e por provocação das partes.

A influência norte-americana na instituição do controle de constitucionalidade é destacada por Gilmar Mendes:

> O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, §1°, a e b). (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1194)

A Constituição de 1891 recepcionou as referidas disposições, consolidando o sistema de controle difuso. O artigo 59, §1º, a e b estabelecia que a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados ou leis federais, e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas. Consagrou-se, com isso, o Recurso Extraordinário como instrumento de controle difuso de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O Recurso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Extraordinário até a promulgação da Constituição de 1988 foi o principal instrumento de controle de constitucionalidade, sendo, por isso, o mais importante processo de competência do Supremo Tribunal Federal. É interessante observar que, embora adotado parcialmente o sistema norte-americano, o Supremo Tribunal Federal fora criado como corte revisora, com a competência de, em última instância, zelar pela integridade da Constituição Federal no caso concreto, não se fazia controle de constitucionalidade *in abstracto*.

A promulgação da Constituição de 1934, inspirada na Constituição Alemã de 1919, trouxe significativas mudanças no sistema brasileiro de constitucionalidade, em decorrência dos anseios sociais, marcados pelas vicissitudes da época.

Com a finalidade de evitar a insegurança jurídica decorrente das contínuas contradições de entendimento dos tribunais, o artigo 179 estabeleceu que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p.1036).

O artigo 96, inciso IV, da referida Constituição consagrou a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, atribuindo efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (BITTENCOUT, 1968, p.27).

Nesse contexto, verbera com notável clareza o ilustre Gilmar Mendes[8] que "a fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em de controle de constitucionalidade''.

Outra inovação introduzida no sistema de controle de constitucionalidade pelo Texto Magno de 1934, foi a representação interventiva de legitimidade confiada ao Procurador-Geral da República (art. 12, V)[9] nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no artigo 7º, inciso I, alíneas a à h, da Constituição[10].

Tratava-se de peculiar ação de inconstitucionalidade, porquanto condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (artigo 41, §3º), à declaração de constitucionalidade da lei ou ato estadual, arguida como infringente à Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, conforme estabelecia o artigo 12, §2º, ou seja, era um procedimento preliminar do processo de intervenção.

Insta constar que a apreciação feita pelo Supremo Tribunal Federal acerca da lei ou ato estadual, objeto de controvérsia, não era realizada através de um juízo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

político, mas de juízo exclusivamente jurídico, tendo em vista o disposto no artigo 68 da Constituição de 1934, in verbis:

> Art. 68. É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

Afigura-se relevante observar que, nessa Constituição, foi apresentado projeto pelo Deputado Nilo Alvarenga de instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente à conferência de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (MENDES, 2012, p. 29).

Conquanto a Constituição de 1934 tenha tido breve vigência, não se pode olvidar a importância desse sistema para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no ordenamento brasileiro.

Com a outorga da Constituição de 1937, houve grande retrocesso no ordenamento, mormente em relação ao controle de constitucionalidade. Conquanto não tenha introduzido qualquer modificação no controle difuso, conforme estabelecia o artigo 101, inciso III, alínea b e c, ao tratar do Recurso Extraordinário em matéria constitucional, e, preservado, inclusive, o *quórum* especial para declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte de 1937 introduziu um novo sistema no parágrafo único do artigo 96, segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei o Presidente da República poderia submete- la novamente ao Parlamento, segundo um juízo de necessidade ao bem- estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Instituiu-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois observado por Celso de Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição (BASTOS, 2001, p. 412).

É interessante observar que, do ponto de vista técnico, a inovação parecia ser desprovida de significado, porquanto o artigo 174 estabelecia que a Constituição era passível de ser emendada pelo voto da maioria nas duas casas do parlamento, estaria ao alcance deste, por emenda constitucional, votada como qualquer lei ordinária, a controvérsia sobre a lei que se houvesse por indispensável. Mas, em verdade, buscava-se, a um só tempo, nos dizeres de José de Castro Nunes citado por Gilmar Mendes, “validar a lei e cassar os julgados” (MENDES, 2012. P.31).

A Constituição de 1946 restaurou a sistemática tradicional do controle judicial no ordenamento brasileiro. Manteve o controle difuso (art. 101, inciso III),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se a atribuição do Senado Federal para suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64), prevista inicialmente na Constituição de 1934, e, ainda, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, introduzida pela Constituição de 1934, mantendo a legitimidade do Procurador-Geral da República.

Com relação à representação interventiva, ante a ausência de regras processuais que regulassem a referida ação, permitiu-se que o Supremo Tribunal Federal desenvolvesse mecanismos procedimentais que viriam a ser consolidados, posteriormente, pela legislação processual e pela práxis de Corte. E, por isso colocaram-se, de plano, questões relativas à forma da arguição, e à sua própria caracterização processual (MENDES, 2012, p. 33).

É interessante observar que houve diversas indagações acerca da necessidade de se formular o requerimento ao Procurador- Geral da República, que a princípio tinha a competência para, a seu juízo, ingressar com a representação interventiva, quando houvesse norma ou ato emanado de qualquer ente da federação contrário à Constituição.

Nesse contexto, passou-se a exigir que o Procurador- Geral da República, quando houvesse requerimento, submetesse a arguição de inconstitucionalidade interventiva ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com parecer contrário, atribuindo ao STF a competência de dirimir o conflito constitucional.

A Emenda Constitucional número 16 de 1965, que alterou os dispositivos referentes ao Poder Judiciário, ao lado da ação de inconstitucionalidade interventiva, inaugurou o controle abstrato de normas estaduais e federais no ordenamento brasileiro.

O artigo 101, inciso I, alínea k, passou a prever a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, de iniciativa do Procurador- Geral da República, com a finalidade precípua de excluir do ordenamento qualquer lei que fosse incompatível com a Constituição. Insta constar, por oportuno, que a Emenda 16/65 instituiu, no artigo 124, XIII, regra que outorgava ao Legislador a faculdade de estabelecer processo de competência do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em conflito com a Constituição do Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Luis Roberto Barroso aduz que com a representação de inconstitucionalidade houve a instituição definitiva do controle concentrado de constitucionalidade:

> O controle judicial de constitucionalidade por via principal ou por ação direta tem como antecedente, embora de alcance limitado, a denominada representação interventiva, criada pela Constituição de 1934. (...) Todavia, foi com a introdução da ação genérica de inconstitucionalidade, pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que o controle por via principal teve ampliado o seu objeto, dando início à trajetória que o conduziria a uma posição de destaque dentro do sistema. (BARROSO, 2009, p. 145)

A Constituição de 1967 não trouxe muitas mudanças ao controle de constitucionalidade, mantendo incólume o controle difuso e a ação direta de inconstitucionalidade tal como previstas na Emenda 16/65.

Insta trazer à baila, a controvérsia gerada em torno da legitimação do Procurador- Geral da República em sede de ação direta de inconstitucionalidade, porquanto inicialmente o Supremo Tribunal Federal preservava o entendimento de que o Procurador- Geral da República poderia, a seu juízo, propor, ou não, a ação de inconstitucionalidade, ou seja, não estava obrigado a fazê-lo quando fosse provocado por entes interessados.

A título de exemplo, em 1970, o MDB, único partido da oposição representado no Congresso Nacional, solicitou ao Procurador-Geral da República a instauração do controle abstrato de normas contra o decreto- lei que legitimava a censura prévia de livro, jornais e periódicos. Este se negou a submeter a questão ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que, na sua opinião, não estava constitucionalmente a fazê-lo. O supremo Tribunal Federal rejeitou a reclamação proposta com o argumento de que apenas o Procurador poderia decidir se e quando deveria ser oferecida representação para a aferição da constitucionalidade de lei (MENDES, 2012, p.39).

A imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 16 de 1965 ao estabelecer, no artigo 101, inciso I, alínea k, que a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo procurador, não esconde o intuito inequívoco do legislador constituinte de definir, desde logo, o que seria controvérsia constitucional.

Nesse contexto, autores de renome como Pontes de Miranda, Josaphat Marinho, Caio Mario da Silva Pereira, Themistocles Cavalcanti e Adaucto Lúcio Cardoso, manifestaram pela obrigatoriedade de o Procurador- Geral da República

submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, ressaltando univocamente, a impossibilidade de alçar o chefe do Ministério Público à posição de juiz último da constitucionalidade das leis.

Na prática, o Procurador-Geral passou a oferecer a representação de inconstitucionalidade, ressaltando a relevância da questão e, muitas vezes, opinando em favor da constitucionalidade da norma. Observe- se que é daqui que surge o que mais tarde viria a ser a ação declaratória de constitucionalidade.

Por fim, resta observar que, dentro do contexto histórico, o controle de constitucionalidade carecia de clareza e maior sistematização, o que culminou por afetar o instituto nos dias atuais e que leva a doutrina e a prática forense a adotar meios que atendam melhor à finalidade do instituto, qual seja expurgar no ordenamento jurídico qualquer lei em desconformidade com a Constituição.

Com a promulgação da Constituição de 1988 houve significativa ampliação dos mecanismos de proteção judicial, bem como do controle de constitucionalidade das leis, notadamente o controle difuso tendo em vista que houve significativa ampliação desse instituto.

Preservou-se a representação interventiva, destinada à averiguação da compatibilidade do direito estadual com os denominados princípios sensíveis (artigo 34, VII, c/c art. 36, III)[11] de competência do Supremo Tribunal Federal. Esse processo constitui pressuposto para a intervenção federal, que, nos termos do artigo 36, inciso III e §1º, da Constituição há deve ser executada pelo chefe do Poder Executivo- Presidente da República.

A par de sistematizar o Recurso Extraordinário, que até então era o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal, e, também quanto ao critério de quantidade, tendo em vista que apenas em 1986 foram interpostos 4.124 recursos extraordinários foi reduzido o âmbito de aplicação, porquanto confiou ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre o casos de incompatibilidade entre o direito estadual e o direito federal ordinário (MENDES, 2012, p. 27).

Esse instrumento excepcional, introduzido na ordem constitucional brasileira pela Constituição de 1891, atualmente, pode ser interposto pela parte vencida ou pelo terceiro prejudicado, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

local constada em face de lei federal. Conforme se verá, no momento oportuno, houve várias mutações com relação a esse recurso excepcional.

A mudança substancial se verificou no âmbito do controle abstrato de norma, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, c/c o art.103).

Insta constar, ainda, que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ampliou o significado do controle concentrado que, atualmente, com a disciplina da Lei 9868/99 passou a abranger, também o direito municipal, as normas revogadas e o direito pré-constitucional.

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta (MENDES, 2012, p. 56).

Nos termos do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional, as Confederações Sindicais ou entidade de classe de âmbito nacional.

É importante observar que, a ação de inconstitucionalidade introduzida pela Emenda Constitucional 16 de 1965, não provocou grandes alterações no modelo difuso, que continuou predominante à época, diferentemente, no sistema atual, a ampla legitimação com a outorga do direito de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade a diferentes órgãos da sociedade, nos dizeres do ilustre Gilmar Mendes, pretendeu o constituinte originário reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente (MENDES, 2012, p. 56).

A Constituição de 1988 diminuiu o significado do controle de constitucionalidade difuso, ao ampliar a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permite-se, com isso, que a maioria das controvérsias relevantes seja submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de constitucionalidade. Posteriormente com a criação da ação declaratória de constitucionalidade em 1993 e seu aperfeiçoamento com a Emenda Constitucional número 45 de 2004 contribuiu para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a consolidação do controle abstrato de normas dentro do sistema de controle de constitucionalidade.

É nesse raciocínio que vem à baila a mudança ocorrida em sede de controle de constitucionalidade, tendo em vista a aproximação dos efeitos do controle difuso e abstrato, que devido a força da decisão proferida pelo Supremo em matéria constitucional, tem se tornado instrumento de controle abstrato e não mais de controle difuso.

4.O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUALIDADE: CORTE CONSTITUCIONAL E ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO

O Supremo Tribunal Federal, na jurisdição constitucional tem papel de suma importância. Conforme o artigo 102 da Carta Magna a ele compete "precipuamente a guarda da Constituição". Desde sua criação em 1890, quando inauguradas as instituições republicanas no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, conquanto tenha variado nas Constituições o rol de competências, em todas elas lhe foi reservada a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, e detentor na última palavra em questão constitucional.

Não é diferente na Constituição de 1988, conforme se pode verificar no rol das competências estabelecidas no artigo 102, nos dizeres do insigne Tori Abino Zavascki (2012, p. 16):

> Há um conjunto de atribuições especificamente relacionadas com a jurisdição constitucional: (a) no âmbito da competência originária, as ações de controle de constitucionalidade da atuação legislativa (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental; e (b) na competência recursal, o recurso extraordinário, cabível quando a decisão contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar validada lei ou ato local contestado em face da Constituição. É também tipicamente de jurisdição constitucional a competência prevista no artigo 35, III, da CF/88 para julgar a representação do Ministério Público com fins de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, em caso de não observância dos princípios constitucionais referidos no art. 34, VII, da CF/1988 (forma republicana,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> sistema representativo, regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino). Na apreciação dessas questões o Supremo Tribunal Federal aprecia, necessariamente, questões de índole constitucional (...).

O que se observa, nessa esteira, é que o Supremo Tribunal Federal ocupa a posição mais importante no sistema de controle de constitucionalidade, porquanto suas decisões, seja no julgamento do caso concreto ou no julgamento em processo abstrato de normas, ostentam a força da definitividade em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Com a redemocratização do Estado brasileiro e a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal teve o seu papel institucional ampliado, como bem salientou o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, ao afirmar em discurso no plenário da Corte em 19 de setembro de 1988 que:

> (..) para alcançar essa realização concreta do projeto de uma sociedade mais democrática e mais justa, poucos textos constitucionais terão confiado tanto no Poder Judiciário e nele, de modo singular, no Supremo Tribunal Federal" (COSTA, 2001, p.188).

A Constituição de 1988, ao ampliar as atribuições do Supremo, principalmente no que concerne ao controle de constitucionalidade, aumentou a sua importância e responsabilidade na tarefa de sua realização institucional.

Nesse sentido verbera Luiz Roberto Barroso[12]:

> (..) no Brasil, a Corte desempenha, simultânea e cumulativamente, jurisdição constitucional e ordinária. A jurisdição constitucional, por sua vez, envolve o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade (mediante ações diretas, como a de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade, de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental) e o controle concreto e incidental (exercido, essencialmente, pela via dos recursos extraordinários).

É interessante observar que, com o advento da constituição de 1988 e a consequente criação do Superior Tribunal de Justiça, almejou-se repassar a este

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

algumas competências que antes estavam a cargo do Supremo, com o fito de otimizar a jurisdição constitucional. Não obstante, o Supremo Tribunal ainda cumula as duas posições mencionadas.

Muito embora o Supremo seja uma Corte Constitucional, de acordo com os dados do Supremo em Números[13] 0,51% dos processos distribuídos ao STF envolvem sua atuação como Corte Constitucional; 7,80% como Corte Ordinária; e 91,69% como Corte recursal.

Os dados informam uma certa crise no sistema idealizado para o Supremo Tribunal Federal, sendo esse um dos motivos que está transformando o Recurso Extraordinário em controle abstrato, como forma de limitar a competência recursal do Supremo Em razão dessa cumulação de funções, Paulo Bonavides afirma que o Supremo Tribunal não é uma Corte Constitucional, e assim verbera "o Supremo Tribunal Federal, não sendo aliás Corte Constitucional propriamente dita, é, todavia, órgão de um dos Poderes da soberania formalmente incumbido de guardar a Lei Magna; esta, em rigor, sua função mais nobre e superior, que deveria ser exclusiva e não o é, contudo, por erro do constituinte originário".

O que se observa, na pragmática, é a valorização cada vez mais acentuada dos precedentes do Supremo, em sede de Recurso Extraordinário, que apesar de não ter efeitos erga omnes e vinculantes como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), passam a ser utilizados como referência para se interpretar a Constituição Federal.

Nesse raciocínio insta trazer à baila a Emenda Constitucional número 45 de 2004, que instituiu a súmula vinculante, a referida emenda inseriu o artigo 103-A na Constituição Federal, e estabelece que "o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

O instituto da Súmula Vinculante confere maior efetividade ao princípio da celeridade e da economia processual, tendo em vista que agiliza e aperfeiçoa a prestação jurisdicional, evitando-se, assim que aos juízes singulares e demais tribunais, e ao próprio Supremo Tribunal Federal, o trabalho de reanalisar lides cujo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direito discutido são muito similares e cujas soluções já foram objeto de apreciadas pelo Supremo.

Com relação ao Recurso Extraordinário, a EC 45/2004 que incluiu exigência de repercussão geral como requisito de admissibilidade, além de racionalizar o tempo do Supremo, que deixa de se dedicar a questões cuja relevância não ultrapassem o interesse subjetivo das partes, afasta a ideia de ser o Supremo Tribunal Federal uma Corte de Revisão, ao menos com relação a este Recurso Excepcional.

O Novo Código de Processo Civil inaugurou um microssistema de demandas repetitivas, visando principalmente a racionalização do julgamento de recursos advindos de demandas de massa.

Com isso o Supremo Tribunal Federal tem aproximado, e muito, com o sistema do *stare decisis*, trazendo para o Poder Judiciário um sistema misto, criando certas vinculações aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nomeadamente em sede de Recurso Extraordinário. Ademais, o aumento do número de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade; o surgimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade, da arguição por descumprimento de preceito fundamental e da súmula vinculante, serviram para ampliar a valorização dos precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal.

Conquanto a forte tendência nesse sentido, não se tem no ordenamento jurídico brasileiro um tribunal constitucional, que seja superir aos demais poderes, como por exemplo a Alemanha e a Áustria, mas ao contrário um Poder Judiciário que está no mesmo patamar do Executivo e do Legislativo, ainda que seja o guardião da Constituição.

Nos dizeres do ilustre Luiz Roberto Barroso:

> "a uma questão delicada associada à expansão do papel do Supremo Tribunal Federal: sua relação com a opinião pública. Todo poder político, em um ambiente democrático, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. Um tribunal digno desse nome não pode decidir pensando nas manchetes do dia seguinte ou reagindo às do dia anterior. Faz parte da

> sabedoria política universal que tentar agradar a todos é o caminho certo para o fracasso. Sem cair nessa armadilha, o STF tem servido bem à democracia brasileira e merece o reconhecimento da sociedade".[14]

Gilmar Mendes[15], alerta que "não devemos, porém, cair na tentação da onipotência e da onipresença desta Corte em todas as questões de interesse da sociedade. À esfera da política cabe a formulação de políticas públicas, cumprindo o Poder Judiciário, nessa seara, o papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, como obstáculos intransponíveis à deliberação política".

5.CONCLUSÕES

Do presente estudo se infere que o Direito é eminentemente sociológico e, por isso, deve se adequar às necessidades da sociedade e acompanhá-la em todas as suas mudanças. É de se observar que a sociedade brasileira passou por inúmeras mudanças após a promulgação da Constituição de 1988, tendo em vista que o país deixou para trás um longo período de ditadura militar para se tornar uma democracia. A economia foi aberta às importações e aos investimentos estrangeiros e inúmeras empresas estatais foram privatizadas. Verificou-se um considerável avanço da complexidade das relações estabelecidas entre os indivíduos.

Assim, o judiciário passou por um intenso processo de "massificação" das ações judiciais, exigindo a defesa dos direitos das minorias e dos interesses difusos e coletivos.

Nesse processo social, o Poder Judiciário ganha, cada dia mais, papel de destaque no âmbito do Estado. Atribui-se esse papel de relevo à inércia do Poder Legislativo e à crise do sistema representativo no Brasil.

Esse fato reflete diretamente no alcance da tutela jurisdicional constitucional, nomeadamente no controle de constitucionalidade, que tem sido submetido a várias mudanças, principalmente, com relação aos seus efeitos com a consequente sobreposição do Supremo Tribunal Federal.

O peculiar sistema brasileiro de controle de constitucionalidade definido como sistema misto, coexistindo o controle difuso e concentrado, tido como um dos mais completos no sentido de assegurar a vigência da Constituição, nos conduz à aproximação de sistemas jurídicos que até então eram compreendidos como antagônicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse caminhar, o Supremo Tribunal Federal passou a ter papel principal no controle de constitucionalidade, passando de órgão de cúpula do Poder Judiciário para Corte Constitucional, emitindo decisões políticas calcadas na interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luiz Roberto. A ascensão política do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/luis-roberto-barroso-a-ascensaopolitica-do-judiciario>. Acessado em 20/04/2019.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002. BARROSO, Luiz Roberto. STF entre seus papéis contramajoritários e representativos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>. Acessado em 15/04/2019.

BONAVIDES. Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade. p. 134. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>. Acessado em 23/05/2019.

BONAVIDES, Paulo. As bases da democracia participativa. Disponível em <http://www.achegas.net/numero/vinteesete/p_bonavides_27.htm>. Acessado em: 08/10/2019.

BRASIL. Constituição de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao24.htm. Acessado em 13/04/2019.

BRASIL. Decreto n. 848, de 11-10-1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm>. Acessado em 13/04/2013.

BRASIL. Constituição de 1934. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acessado em 15/04/2019.

BRASIL. Constituição da República federativa dos Estados Unidos do Brasil. Constituição de 1891. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acessado em 15/04/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo. Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>. Acessado em 10/04/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <WWW.stf.jus.br/.../legislacaoRegimentoInterno/.../RISTF_Novembro_2012>. Acessado em 05/06/2013.

BULOS. Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4º Edição. São Paulo. Saraiva.2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 21ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Emilia Viotti da. O supremo tribunal federal e a construção da cidadania. São Paulo: Ieje, 2001.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 6ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

VARGAS, Fundação Getúlio. Supremo em números. Disponível em <http://www.supremoemnumeros.com.br/relatórios>. Acessado em 15/05/2013.

HORBACH, Carlos Bastide. Memórias jurisprudenciais Ministro Pedro Lessa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/PedroLessa.pdf>. Acessado em 20/05/2013.

KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. [tradução João Baptista. Machado]. 8ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fonstes. 2009

---

[1] MENDES. Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão inconstitucional. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/9574983/Controle-de-ConstitucionalidadeGilmar-Mendes>. Acessado em 10/11/2019

[2] Nesse ponto importa transcrever a lição de Carraza, Roque Antônio, sobre o Estado simplesmente de Direito: "De feito, nos Estados simplesmente de Direito, os atos do Executivo e do Judiciário estão submetidos ao princípio da legalidade e, nesta medida, não se encontram a mercê do Soberano." Nessa hipótese o Legislativo ficaria livre para atuar, dir-se-ia que nesses Estados o absolutismo do príncipe seria substituído pelo absolutismo do legislativo. CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 21ª ed., rev., ampl., e atual. SãoPaulo: Malheiros, 2005, p. 380.

[3] 1 BRASIL. STF. Informativo. Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>. Acessado em 10/09/2019

[4] BONAVIDES. Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade. p. 134. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>. Acessado em 23/10/2019

[5][5] BRASIL. STF. Notícias. Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>. Acessado em 18/04/2019

[6] BRASIL. Constituição de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao24.htm. Acessado em 10/11/2019.

[7] BRASIL. Decreto n. 848, de 11-10-1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm>. Acessado 09/10/2019

[8] MENDES, Gilmar Ferreira, O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, Revista de Informação Legislativa, ano 41, n.162, p149, abr./jun. 2004. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acessado em 05/08/2019

[9] Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

[10] Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos

federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões.

[11] A Constituição de 1988 introduziu modificações nos chamados princípios sensíveis, em relação constituição de 1934 e 1967 ampliou largamente a enumeração desses princípios, limitou-se o constituinte de 88 a enunciar os seguintes princípios: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da Administração Pública direta e indireta. (CF, artigo 34, VII, a a b)

[12] BARROSO, Luiz Roberto. STF entre seus papéis contramajoritários e representativos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritariorepresentativo>. Acessado em 15/04/2019

[13] VARGAS, Fundação Getúlio. Supremo em números. Disponível em:<http://www.supremoemnumeros.com.br/relatórios>. Acessado em 15/05/2013

[14][14] BARROSO. Luiz Roberto. A ascensão política do Poder Judiciário. Disponível em:<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/luis-roberto-barroso-a-ascensao-politica-do-judiciario>. Acessado em 20/04/2019

[15] MENDES, Gilmar Ferreira. A Jurisdição Constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade. Disponível em <HTTP://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigodiscurso/anexo/munster_post.pdf>. Acessado em 04/05/2019,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A VOZ SOTURNA DOS TRIBUNAIS: O OUTRO LADO DA HISTÓRIA DAS 'MEDIDAS PROTETIVAS' LIBERAIS

LUIZ FERNANDO CABEDA: Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, em Paris, e autor dos livros "A Justiça Agoniza" e "A Resistência da Verdade Jurídica".

Primeiro

Compreensão e perda do entendimento do mundo

O espírito da análise e o do senso crítico nos levam a valorizar enfoques discordantes – e quanto mais profundos melhor - pois não se afirmam senão ao superá-los.

Meio século atrás a UNESCO resolveu promover em sua sede parisiense um seminário comemorativo aos cento e cinquenta anos do nascimento de Karl Marx, para discutir o seu legado do ponto de vista científico.

O evento ocorreu em uma ocasião desafiadora, quando a capital francesa vivia a agitação que repercutia, em dimensão ainda maior, movimentos contestatórios iniciados na Itália, aprofundados na Alemanha e que se propagaram depois para o Canadá, EUA, América Latina e até o Japão, sendo confrontados, num contraponto que formou um paralelo histórico estranho e mesmo paradoxal, com a Primavera de Praga e a invasão da Tchecoslováquia pelos tanques russos, a serviço do Pacto de Varsóvia.

O ano de 1968 foi acentuadamente tumultuado em grande parte do mundo (e desse tumulto, bastante agravado pela contestação ao regime militar, não se afastou o Brasil), de modo que, em 2018, foi lembrado o seu próprio cinquentenário como data marcante na História, com muitas publicações, filmes e documentários, além de conferências, iniciativas estas que resultaram na cética conclusão de que os atos de rebeldia, protesto e até de rebelião social não foram inteiramente entendidos e sua herança ainda vagueia incerta, sem endereço no mundo, causando até hoje enormes temores de que eles reacendam uma fogueira aqui, ergam uma barricada ali, reúnam multidões acolá e neguem legitimidade a governos intolerantes, mas também aos tolerantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De tal modo o espírito de rebelião habitou então boa parte do nosso planeta que não recebeu sequer um nome e é referido somente pelo "ano de 1968", ou em expressões como "68 na França" ou "68 no México", "herança de 1968", "voz de 68" e várias outras.

O seminário da UNESCO, como seria de esperar, reunindo intelectuais europeus, americanos e russos, focando os aspectos científicos da obra marxista, constituiu um civilizado embate de enfoques e versões.

Certamente, os conferencistas puderam ler os "*affiches*" e os "*graffiti*" espalhados por Paris naquele maio de 1968, com as palavras de ordem subversivas, cuja criatividade até hoje desperta grande interesse dos adeptos do entendimento de que "*o meio é a mensagem*", como daqueles que incursionam pela semiótica.

Talvez isso tenha inspirado o filósofo e sociólogo Raymond Aron para dar à sua conferência o título apropriado "*Equívoco e Inesgotável*" (que está publicada em seu livro "*Ensaios Sobre os Marxismos Imaginários – De Uma Sagrada Família a Outra*").

A bela palestra de Aron - que se reconhecia como um ensaísta liberal, antes que o liberalismo recrudescesse como um nome que hoje se dá para o que não tem identidade nenhuma e se acha autorizado a praticar todos os abusos -, mostra que suas polêmicas com Maurice Merleau-Ponty, Jean-Paul Sartre e Louis Althusser foram pontuadas por grandes dissenções, mas com consideração não menor, embora nem sempre esta última fosse mútua.

Aron reconhecia também, sem nenhuma dificuldade, que se expressava por meio da imprensa conservadora, porque "*ela guardava ainda um certo respeito aos liberais de outrora*", já que era colaborador do jornal "*Le Figaro*". Isso ocorria numa época em que havia publicações engajadas em causas irruptivas, sendo apropriado registrar que "*Les Temps Modernes*", a revista filosófica fundada por Sartre e Merleau-Ponty, que bem recebeu Albert Camus no seu início, publicou o manual de guerrilha urbana de Carlos Marighella.

Talvez essa vontade de identificação suprisse uma ânsia de ação tipicamente francesa, que perdura até hoje e vem de muito longe, exatamente porque aquele grande povo civilizado, que muitas vezes pôs em xeque suas conquistas, enfrenta mais recentemente grandes dificuldades para articular-se em subversão armada contra o seu mundo sofisticado, a ponto do movimento de resistência à ocupação nazista ter sido fraco, até a fase final da II Guerra, permitindo que a rotina de vida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

na França seguisse mais 'normal' do que em países que resistiram obstinadamente à invasão.

Nessa época Sartre e sua companheira de vida e combate intelectual Simone de Beauvoir distribuíam nas ruas "*La Cause du Peuple*" (e chegaram a ser detidos pela polícia), panfleto maoísta da imprensa alternativa dirigido pelo secretário particular do filósofo existencialista, Pierre Victor, nome adotado pelo egípcio Benny Lévy.

Também nessa época, Mao Zedong era conhecido no Ocidente como Mao Tsé Tung, transliterado do inglês (quando hoje o é diretamente do mandarim para o português, pelos chineses), e poucos ocidentais possuíam noção mais clara do que seria a "*Revolução Cultural*" empreendida pelo "*Grande Timoneiro*", de modo que seu "*Livro Vermelho*" era tido como um receituário de revolução, assim como veio a ser – obviamente sem o patrocínio da deificação de que o líder chinês se investira - o manual de Marighella.

Aron já percebia o baixo nível dessas crenças. Escreveu então: "*Deixo prazerosamente aos discípulos do mais obscuro e do mais sutil dos psicanalistas a tarefa de transfigurar a sabedoria aparentemente prosaica do pequeno livro vermelho de Mao*".

Naturalmente a ironia de Aron se destinava aos ocidentais, já que na China (como na Rússia, que tinha representantes na conferência) a psicanálise nunca foi estudada ou praticada e, naturalmente, os Guardas Vermelhos, que haviam feito do livro de Mao um novo Credo, sequer imaginariam do que se tratava.

Com o tempo veio a se saber quais eram as verdadeiras razões de ordem fisiológica para manter a estrutura do poder político maoísta na China e qual foi a dimensão das perseguições empreendidas pela "*Revolução Cultural*".

Mao, já idoso e tendo visto seu plano econômico malograr, voltou-se para a tendência radical personificada pela sua mulher Jiang Qing e pelo dirigente Zhang Chunqiao, que incriminavam a burocracia partidária. Embora se tratasse de um pequeno grupo, depois cognominado de "a camarilha dos quatro", durante a década de 1966/1976, ele promoveu perseguições a título de retomar as origens da revolução, sendo destituído do poder um mês após a morte de Mao.

De modo surpreendente – e inimaginável para os leitores quer do "*Livro Vermelho*", quer de "*La Cause du Peuple*" –, a política chinesa tomou outros rumos sob o comando daqueles que haviam sido perseguidos e banidos por Mao, Deng Xiaoping e seu discípulo Xi Jinping.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mas na época nada disso importava, tanto que os jovens rebelados franceses fabricaram sua própria ordem de marcha e entoavam "*mais vale estar errado com Sartre do que estar certo com Aron*".

Raymond Aron conhecia todos esses personagem e tendências, porque conviveu com eles e os estudou "*sine ira et studio*", como recomentou Tácito, sem rancor e ideias preconcebidas. Quando cursou a *École Normale Supérieure*, o secretário da instituição era Louis Althusser. Ali foi contemporâneo de Sartre, sendo da mesma turma que Simone de Beauvoir.

Muitos foram os caminhos seguidos, pois uns eram radicais reformistas, ou tinham até ideias revolucionárias em 1968, outros eram ortodoxos partidários. A simplificação do marxismo soviético criara sob a sombra da Revolução Russa um regime de fidelidade (conhecido fora do Brasil como *Diamat*, sigla em inglês para *Soviet Russian Dialectical Materialism*). Para os "infiéis" de todos os gêneros, restaram as dissidências e suas próprias e variadas heterodoxias.

Alguns daqueles para quem a conferência de Aron soaria como iconoclasta, por ser desengajada das tendências contestatórias do momento, como uma nota fora de tom e de oportunidade, tomaram outros caminhos, que hoje são reconhecidos como francamente regressivos e até conservadores. Ou ainda estão nos bastidores da História, como os soviéticos stalinistas, tentando entender (ou explicar) até agora como tudo aconteceu e porque o fim se precipitou há exatos trinta anos atrás, com a queda do muro de Berlim, em 9.11.1989.

Naquele ano de 1968, intelectuais como Edgar Morin, Claude Lefort e Cornelius Castoriadis engajaram-se profundamente propondo rumos transformadores para a rebelião estudantil e as greves, tendo o último deles, Castoriadis, no fragor dos acontecimentos, chegado a improvisar um plano detalhado para que os protestos conduzissem a uma revolução. Esse plano acha-se reproduzido no livro "A Brecha", escrito pelos três.

Morin hoje faz conferências pelo mundo afora, quase centenário, dominando completamente a técnica da comunicação com variadas plateias e repetindo imagens como "*não importa tanto a busca da felicidade, mas o reconhecimento da poesia das coisas*", além da recorrência à imagem da crisálida, a quem o tempo transforma completamente, de modo que nela se reconhece a metamorfose de novos seres saindo do anterior.

A imagem também poderia ser botânica, afinal ela se desenvolveu com as sementes de ervilha do frade Gregor Mendel, que também indicam uma metamorfose mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ampla com a manipulação genética, mas a crisálida parece funcionar melhor para o imaginário que Morin escolheu.

Lefort morreu reconhecido como um grande professor dos '*espaços intermediários*' do pensamento, das nuances, tendo lecionado no Brasil, afirmando-se como um seguidor de Merleau-Ponty. Sua discípula e antiga amante Marilena Chauí encarregou-se de divulgar a doutrina do pensamento de Lefort plagiando obra sua, no que foi flagrada pelo diplomata e crítico conservador José Guilherme Merquior, gerando um escândalo paroquial, que o sarcástico Nelson Rodrigues chamaria de "frêmito nos decotes", na academia e na filosofia pátrias.

Porém, Merquior morreu precocemente, Chauí fez carreira acadêmica na USP, foi muito festejada pela militância política, escreveu *"A Nervura do Real"* sobre a filosofia de Spinoza em dois volumes, um catatau com várias centenas de folhas, maior do que toda a obra do autor enfocado, e teve como leitor confesso pelo menos o filósofo-astrólogo e fundamentalista político Olavo de Carvalho, que comentou seu trabalho.

O livro seguinte que Chauí escreveu, com sua mãe, tratou de receitas culinárias caseiras, "Professoras na Cozinha", e tudo o mais foi esquecido.

Castoriadis dedicou seus últimos anos a atacar, cada vez mais, as ortodoxias, o legado do stalinismo, Cuba, a reverência a Marx e as ilusões intelectuais com o engajamento político. No Brasil, já na fase final da vida, que coincidiu com o entusiasmo local pelo petismo, chegou a ser vaiado em um ciclo de conferências na UFRGS, em Porto Alegre, por denunciar a ditadura dos irmãos Castro e suas perseguições políticas.

Os "*nouveaux philosophes*", formando um grupo muito conhecido que emergiu logo depois dos movimentos de 1968, tomaram rumo ainda mais inesperado. Seus expoentes Alain Finkielkraut, Henry Bernard-Lévy e André Glucksmann assumiram posições nitidamente regressivas, ora conservadoras, ora eurocentristas ou mesmo direitistas e até religiosas, pois - junto com o já mencionado antigo secretário de Sartre, Benny Lévy -, praticaram o que disseram ser a sua '*reconversão*' ao judaísmo.

Sobre Benny Lévy, que morreu em circunstâncias obscura no Egito, recaiu o humor negro da pilhéria de que '*sua Grande Marcha foi de Mao a Moisés*'...

Outros ainda, celebrizados em 1968, enveredaram pelo ecologismo, como foi o caso de Daniel Cohn-Bendit, apelidado naqueles gloriosos tempos como "*Danny, o vermelho*". Hoje ele é deputado junto ao Parlamento Europeu, pelo Partido Verde alemão.

Ainda houve os que formaram a escola da *pós-modernidade*, que incursionou por muitas modas e personalismos, tanto que Jean-François Lyotard, que havia cunhado a expressão, renegou-a diante das deformações e apropriações havidas. Ele havia concebido a pós-modernidade como uma *condição* de descrença nas teorias totalizantes, ou *metanarrativas*, o que não deveria significar – como acabou acontecendo - a fragmentação do pensamento em crônicas filosóficas, filiação mutante a correntes de pensamento e comprometimento com modas intelectuais.

Os pós-modernos remanescentes ainda atuam e espalharam pelas províncias do mundo, inclusive no Rio Grande do Sul, alguns filhos bastardos que administram uma herança que não sabem suficientemente bem para o que serve, pois em geral serve fragmentariamente para quase tudo, de modo que nomes como Jacques Derrida, Jean Baudrillard, Gilles Deleuze, Félix Guattari permanecem como indicação referencial de todos aqueles que fizeram comentários do ponto de vista filosófico, sem a preocupação de enfrentar os temas da justificação, ou de criar sistemas interpretativos.

É nesse quadro que pode ser lembrada a conclusão de Raymond Aron na conferência da UNESCO. Ao encerrar sua abordagem, reconheceu que os marxistas pertencem a uma nova família do pensamento, e não fazem parte nem da "sagrada família" dos existencialistas, nem da dos estruturalistas, ao contrário do que estas duas escolas quiseram, uma vez que *eles "medem as tarefas com o metro dos seus sonhos e não de suas forças"*.

Em razão dessa "medida", Aron disse que iria parafrasear o escritor André Gide "*para admitir que cada um tem o direito de preferir a si mesmo àquilo que o devora – ou, por vezes, aquilo que devora seus semelhantes".*

Foi por isso que, para ele, em 1968, pareceu que o marxismo se havia tornado "*equívoco e inesgotável*", exatamente como titulou sua conferência, esclarecendo que era inesgotável exatamente por ser equívoco.

Convenhamos que essa ordem de pensamentos, que já foi auto-reconhecida como "liberal", está quase proscrita do mundo, sobrevive mal nos EUA e morreu definitivamente de maus tratos no Brasil. Aqui o "*direito de preferir*" que Aron reconheceu aos marxistas tem de ser reapresentado aos brasileiros.

Até lá, o que se conhece por Direito no Brasil atualmente é o resultado do que o falso espírito liberal impõe, depois das escolhas que ele próprio fez, como forma de preservar seu entendimento do mundo, marcado pelo voluntarismo, o protagonismo e a intencionalidade, meios próprios para sua auto-preservação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo

A forma "liberal" de legitimar o autoritário

"Esse obscuro objeto do desejo" de ter uma justiça que emule o espírito liberal enquanto procede ao patrocínio de interesses grupais, punindo uns ou concedendo imunidade a outros, ao criar a desigualdade jurídica em nome da sua "vã glória de mandar"

O diretor de cinema espanhol Luis Buñuel, que se manteve fiel ao surrealismo até o fim, deu ao seu último filme (1977) o título de *"Esse obscuro objeto do desejo",* não só apropriado mas insubstituível para tratar, sob o enfoque de uma relação amorosa, do jogo do ganho e da perda do domínio de um sobre o outro que, uma vez aceito, se encerra sem qualquer ilusória redenção, mas vem a se expressar em uma submissão difusa, que se dissolve em uma irremediável perda.

O tema foi retirado do livro *"A mulher e o fantoche",* escrito no final do Século XIX por Pierre Louÿs e que foi aproveitado, antes de Buñuel, por outros dois famosos diretores de cinema, sendo o papel principal interpretado neles pelas *divas* Marlene Dietrich e depois por Brigitte Bardot.

É um tema que vaga pelos tempos, invade ambientes e ressurge inesperado, não onde menos se espera, segundo o ditado, mas onde menos pode ser entendido.

Já a *"vã glória de mandar"* é um tema camoniano. O poeta luso o conhecia bem, pois fez parte dos desmandos praticados pelos portugueses nas rotas marítimas e nos mercados da Ásia na época dos descobrimentos. Aprendeu que mandar pode ser um exercício inútil quando não se tem o controle dos objetivos e que a glória, que decorreria do mando, vem a ser outro exercício de poder vazio, que soçobra quando não se sabe mais para o quê esse poder foi exercido.

Três situações podem servir de exemplo bastante para revelar as ilusões que cercam medidas e interpretações do mundo que teriam caráter liberal – portanto, um obscuro objeto de desejo -, e ganham patrocínio do Estado, em nome de sua modernização dentro do aparato da Justiça.

Elas talvez estejam mais próximas de uma fluída e pouco determinante pós-modernização que, indefinida, também vagará pelos tempos, para ressurgir, como o obscuro objeto do desejo, filme citado, onde menos possa ser entendida.

(1) O primeiro exemplo se localiza no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em 5.05.2011, em processo relatado pelo ministro Ayres Britto, resultante de ações promovidas pela Procuradoria Geral da República e o Estado

do Rio de Janeiro. Nele o STF reconheceu a união homoafetiva e poliafetiva como equivalente à união estável, esta já equiparada ao casamento pelo artigo 1723 do Código Civil, cujo teor é o seguinte:

"Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

O processo interpretativo do Supremo foi, declaradamente, fundado na analogia.

Existem dois tipos clássicos de analogia consagrados no Direito:

(I) a *analogia legis*, quando o texto de uma lei existente se aplica a um caso nela não previsto, por haver identidade ou similitude muito próxima, de modo a não autorizar qualquer distinção entre a hipótese da lei e o caso que esteja sendo examinado;

(II) a *analogia juris*, quando, na mesma situação de similitude, é feito o traslado dos princípios informadores de uma regra, de sua motivação do ponto de vista justificador de um direito, para outro tipo de relação, pois não há texto dispositivo específico a respeito, mas – para a harmonia da ordem jurídica – convém que esse outro tipo seja regido pelas mesmas bases que sustentam todos os demais.

A leitura do art. 1723 do Código Civil, que trata expressamente do vínculo entre homem e mulher, mostra que não poderia ser o caso de *analogia legis*.

Logo, o STF procedeu a uma *analogia juris*.

A decisão tomada em 2011 poderia ser entendida como pioneira, protagonizada por uma suprema corte, pois o EUA só registrou julgamento igual em 2015.

O relator Ayres Britto personalizava então uma tendência jurisdicional de fazer aproximações exegéticas, algo que não chegava a constituir uma escola, mas se justificava com a tomada de uma decisão básica, para depois estabelecer '*modulações*', que eram bem conhecidas no sistema de precedentes na aplicação do "*common law*" pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sob a multicentenária herança inglesa.

As *modulações*, consideradas em sua inspiração, remontam mesmo à Magna Carta do rei inglês João Sem Terra, de 1215, pois o documento que reconhecia os limites do poderá real teve várias redações, conforme se fortaleciam ou enfraqueciam as forças de pressão da nobreza frente à realeza.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ayres Britto, além de ter investido na sua jurisdição em favor das *modulações*, é um declarado praticante do *Zen*, não sendo conhecido se é o de orientação taoísta, xintoísta ou budista.

Não seria de todo especulativo cogitar da mútua influência das *modulações à brasileira*, como foram então propostas, e do *Zen*.

É que o Brasil nunca teve, nem por aproximação, o sistema da "*common law*".

As regras precisas e minuciosas das Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas informaram nosso Direito, que foi formatado em regras articuladas por assunto determinado.

Mesmo o texto da Constituição americana de 1787, com seus artigos desdobrados em longas seções, tratando de vários temas que não são exatamente conexos, seria inconcebível entre nós e, se aqui fosse implantado algo parecido, causaria antes o fim da república do que a sua sustentação, tão inconciliáveis e intermináveis resultariam os debates rumorosos, a respeito.

Para não ter dúvidas disso, basta ler a "*Carta para Icamiabas*" ao estilo do "doutor Ruy Barbosa", personagem de Mário de Andrade, em "Macunaíma", e concluir pela nossa vocação para a glória das palavras... confusas, de tal modo que criamos um mito: a boa lei deve ser aquela que não alimente dúvidas e supere os comentários estrambólicos de pendor macunaímico, exatamente porque sabemos – de qualquer forma – que eles serão inevitáveis...

Quando relatou o célebre processo da demarcação das terras indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol, em Roraima, o ministro Ayres Britto usou da mesma técnica da *"zen-modulação"*. Ao considerar unificadas as áreas que – sabidamente – estavam localizadas em territórios não contíguos, o relator tomou o caminho de reduzir o tema em uma questão teórica ou de princípio (contrariando abertamente a História e a Geografia) e deixar para as '*modulações*' a definição prática de todos os problemas supervenientes.

A situação ficou de tal forma complicada que depois o Supremo, por unanimidade, teve que aprovar nada menos do que dezenove *'salvaguardas'*, assim chamadas porque limitavam a autonomia e a incolumidade indígenas sobre o território, como elas foram propostas pelo ministro Carlos Alberto Direito, pois – do contrário – o Brasil não poderia exercer sua soberania sobre aquela área.

Esse é o pano de fundo que mostra a ginástica interpretativa que o Supremo vem fazendo desde então e que também se apresentou no caso da união homo ou poliafetiva. A confusão foi tanta que o CNJ, um órgão que sabidamente foi criado

pela EC nº 45/2004 para tratar da disciplina judiciária, tanto quanto para o controle e punição de irregularidades administrativas, teve que baixar uma resolução em 2013 para que os cartórios passassem a registrar como casamentos as uniões que foram reconhecidas – de forma tão exageradamente imperfeita – pelo Supremo.

Foi alguns anos depois do Brasil que a Suprema Corte americana reconheceu o vínculo conjugal entre pessoas independente da orientação sexual, em 26.06.2015.

O relator foi o ministro Anthony Kennedy e o resultado de 5 a 4. Kennedy era conhecido nos EUA como *"o juiz pêndulo"* pois, segundo estatística publicada, votou com a maioria em 92% dos casos julgados em seu longo período de atuação (até aposentar-se em meados de 2018), pois era exatamente o seu voto que formava essa maioria, ou entre os quatro ministros liberais ou entre os quatro conservadores.

É preciso deixar registrado o sentido da palavra *'liberal'* no contexto americano, que difere do resto do mundo.

O candidato democrata George McGovern, por exemplo, que perdeu as eleições para Richard Nixon em 1972, quando houve o *"Escândalo de Watergate"* (assim como, mais recentemente, o pré-candidato Bernie Sanders, do mesmo partido), tinha ideias e proposições que seriam classificadas em outros países como social-democratas, reformistas, socializantes, esquerdistas, etc, num espectro que soaria largamente *anti-establishment* no solo e na cultura americanos.

O voto de Anthony Kennedy poderia inspirar (mas isso seria esperar muito) os ministros brasileiros. Seu reconhecimento do *direito ao casamento independente de orientação sexual* estava baseado em duas situações concretas inscritas na ordem constitucional.

Os treze Estados que haviam impedido o exercício daquela pretensão alegavam que suas legislações locais só previam o casamento, expressamente, entre homem e mulher (exatamente como dispõe o Código Civil brasileiro no art. 1723).

O relator Kennedy, no entanto, sustentou que:

(I) não se tratava só da união de duas pessoas em uma relação social, mas o que chamou de "uma constelação de benefícios que o Estado relaciona com o casamento", e que o acesso a eles não poderia ser simplesmente recusado, tanto mais quando não havia vedação legal expressa;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(II) a Emenda 14ª, ao estabelecer o preceito constitucional da igualdade perante a lei, não proibiu o casamento por motivo vinculado ao sexo, nem mesmo estabeleceu um critério sexual para que o casamento fosse reconhecido. Portanto, também não havia vedação implícita.

O mérito irrecusável da Suprema Corte americana mostrou-se na escolha precisa do motivo jurídico para a decisão, baseado na *interpretação evolutiva* da Carta Magna, deixando de lado o apelo à analogia arbitrária de que se socorreu grosseiramente o STF, causando uma grande confusão com isso.

Afinal, o julgamento brasileiro consagrou uma situação análoga à união estável e disso foi desdobrado, como consequência meramente empírica, e portanto ao arbítrio da burocracia autoritária e regulatória, o direito à celebração do casamento.

Nosso tormento particular se mostra bem quando se observa que a ação a respeito do tema, no Brasil, foi proposta por entidades oficiais, a PGR e o Estado do RJ, enquanto nos EUA foram as entidades civis, várias delas, empenhadas na igualdade de direitos e na determinação de derrubar a legislação local de treze Estados.

Outro tormento particular se apresenta quando verificado que o julgamento nos EUA já abrangeu, para o futuro, toda a comunidade de variantes, de modo a apontar para a ausência de fundamento na discriminação das populações que reivindicam identidades sexuais diversas, mesmo quando mutáteis ou mutantes, abrangendo todo aquele público que vem acrescendo a sigla de tipos e hoje é designado como LGBTQs.

Há reivindicações maiores (ou consequentes) que pendem na Suprema Corte americana e dizem respeito a outras formas de discriminação em espaços públicos, uso de banheiros privativos, na tipificação de figuras penais mais específicas, no recrutamento militar, no acesso a determinadas funções, etc.

Porém, é possível que a Suprema Corte dos EUA retroceda quanto a essas novas demandas.

O ministro Anthony Kennedy aposentou-se em 2018. Ele foi substituído por Brett Kavanaugh, considerado ultraconservador (como Neil Gorsuch, cujo ingresso na Corte ocorreu em 2017, substituindo Antonin Scalia, líder dessa mesma corrente por trinta anos), que faz uma leitura literal do que ficou estabelecido na Constituição de 1787, recorre ao que disseram os *"pais fundadores"* e nega a interpretação evolutiva.

Apesar da *interpretação literal ou gramatical* ser a mais primária, que dá inicio à ordem da múltipla abordagem de uma regra, não falta quem a considere a mais exata e bastante.

O influente cronista político napolitano-brasileiro Elio Gaspari, refere-se a Antonin Scalia como "o genial conservador" e com isso influencia uma multidão de incautos e desacredita, mesmo entre os acautelados, a crença nas regras mais complexas de hermenêutica. E, sem elas, a interpretação simplesmente não se completa.

É claro que Gaspari não se preocupa com isso e despreza aqueles que, ao contrário dele, se preocupam com a repercussão do que ele diz.

Em 2015, quando foram lembrados os trinta anos do fim do regime militar no Brasil, esse jornalista fez um dos piores textos da imprensa brasileira a respeito, embora possua a obra mais extensa do período de exceção.

Na mesma ocasião, publicou o último volume, intitulado "A Ditadura Acabada", que dedicou ao cronista social Ibrahim Sued, para quem Gaspari havia trabalhado como "foca" quando iniciou no jornalismo, elaborando uma coluna de futilidades sobre a vida de madames e doutores, mais lida pelo público de subúrbio, mantida por muitos anos em "O Globo".

Estranha associação esta: vincular o nome de um conhecido embusteiro bem sucedido, oportunista e que explorava *"como folclore"* sua notória e onipresente ignorância, embora ela realmente fosse apropriada ao gênero de humor *"escracho-chic"*, notabilizado por expressões *"profundas"*, como *"cavalo não desce escada"*, e que se dizia amigo da rainha da Inglaterra..., vincular esse nome aos dramáticos episódios políticos que levaram ao fim a ditadura, como a campanha das 'diretas-já', o atentado no RioCentro, a morte de Tancredo, a perda de controle do governo por Figueiredo, não deixa de ser um feito que só merece o adjetivo carnavalesco.

No entanto, é assim que se analisa a realidade institucional de nosso país. E é assim que se descobre onde estão os "geniais conservadores". Aliás, Gaspari recebeu, e com base neles realizou sua obra (não se sabe ainda porque foi o escolhido, mas se saberá), os arquivos de outro gênio, o "gênio da raça" Golbery do Couto e Silva, como foi cognominado por Glauber Rocha, entregues por seu secretário Heitor de Aquino.

Uma amostra da possibilidade de variáveis interpretativas, depois que a Suprema Corte americana reconheceu o casamento sem predeterminação de sexo, foi dada em um julgamento realizado em 4.06.2018, relatado também pelo ministro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Anthony Kennedy, poucos dias antes de sua aposentadoria. Ele decorreu de uma ação movida por um confeiteiro do Colorado, que venceu por 7 a 2, na qual pleiteava o direito de não atender a encomenda de um bolo de noivos para um casamento de pessoas do mesmo sexo, por entender que isso seria contrário às suas convicções religiosas. O voto de Kennedy salientou que "a 1ª Emenda garante que as leis devem ser aplicadas de uma maneira neutra em relação à religião". Logo, não poderiam estabelecer obrigações em colisão com ela.

Não tenhamos ilusões com as deliberações americanas. Esta última, por exemplo, poderia caracterizar uma intolerável omissão se os EUA tivessem a diversidade religiosa do Brasil e, houvesse, por exemplo, a recusa ao auxílio médico, como a uma transfusão, em caso de incapaz sob a vontade de um adulto que vê no método algo pecaminoso, ou a preferência por um tratamento alternativo preconizado por religiões animistas.

Mas, sobretudo, não tenhamos ilusões com as deliberações confusas brasileiras, que asseguram muito em teoria, ou quase tudo, mas não garantem na prática quase nada que possa ser obtido pacificamente, sem novos litígios; que também conferem às instâncias decisórias uma aura de alta sensibilidade social e histórica, quando se sabe que o cortejo da fama, da glória, da sabedoria fáustica sempre comoveram aos que mandam e que escrevem na areia o que pensam escrever na pedra.

Não é casual que Camões haja marcado nossa herança portuguesa com estes versos:

"Ó glória de mandar, ó vã cobiça

Desta vaidade a quem chamamos Fama!

Ó fraudulento gosto, que se atiça

C'uma aura popular, que honra se chama!"

(2) O segundo exemplo sobre a inspiração liberalizante que supostamente haveria no ativismo judicial do Supremo está na criminalização da homofobia e transfobia, ocorrida no julgamento em 13/06/2019 de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO 26, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS.

O ministro Celso de Mello que, ao julgar a ação que reconheceu a '*entidade familiar*' (expressão estabelecida pelo art. 1725 do Código Civil) entre pessoas do mesmo sexo, já havia estendido o seu voto por cinquenta páginas, nesse novo caso esmerou-se mais e produziu novas cento e cinquenta e cinco folhas com todas as

digressões possíveis, referências a siglas, de modo que até uma instituição de confissão islâmica é referida, embora não se saiba bem com qual objetivo, pois há pelo menos seis países que aplicam a pena de morte a homosexuais, praticando o que é chamado de "homofobia de estado", sendo todos eles islamitas (Arábia, Iêmen, Somália, Sudão, Nigéria e Irã – Fontes: **1.** "Morrer por ser gay: o mapa-mundi da homofobia", El País, 22.03.2019; **2.** "Mapa mostra como a homossexualidade é vista pelo mundo", BBC News Mundo, 28.06.2019).

O resultado da votação foi 8 a 3, pois a dissidência entendeu que não cabia ao Supremo criar tipo penal, mas apenas à lei, apesar do esforço do relator em contrário. Como resultado, o STF removeu o princípio divulgado pelo mundo por Cesare Beccaria, que passou a integrar as legislações mais evoluídas, *nullum crimen sine lege*. O Brasil, por obra do Supremo, se excluiu desse elenco.

O site oficial "Notícias do STF" resumiu assim o julgamento, segundo proposta do ministro Celso de Mello:

"Conclusão

Por maioria, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos. O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis."

Esse foi o resultado da "*colmatação jurisdicional*" do tema, nas palavras expressas do ministro Celso de Mello, mas que bem poderia ser reconhecido como uma *intencionalidade* profusa, difusa e confusa de ativismo, e que afinal mascara uma situação que deveria ser encarada com maior clareza.

Na verdade, o que o Supremo fez foi uma *interpretação extensiva* de preceitos constitucionais e legais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Primeiro, considerou o texto do inciso XLII, art. 5º, da Carta Magna, onde está previsto que *"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"*.

Dessa regra a Corte extraiu a consequência de que a "*homotransfobia*", como está escrito no acórdão, também é **(1º)** inafiançável e imprescritível e que, **(2º)** dentre as penas de privação da liberdade, deve ser aplicada a mais grave, ou seja, a de reclusão.

Em segundo lugar, o STF considerou que o tipo penal e a pena deveriam ser estendidos aos crimes por motivo de ódio fundado na identificação sexual, com base na Lei 7716/1989, que define outros crimes, cuja motivação é completamente diversa, resultantes de preconceito de raça ou cor.

Ocorre que, ao prestar informações ao Supremo, o presidente do Congresso mostrou ao ministro relator que já tramitava no Senado o Projeto de Lei 515/2017, tendo como proponente a Comissão de Direitos Humanos daquela casa legislativa, o qual previa que os crimes tipificados como contra a orientação sexual e a identidade de gênero passariam a ser enquadrados na lei referida, junto com os demais, ou seja, estariam todos previstos no mesmo estatuto legal e equiparados.

Tal informação levou o ministro Marco Aurélio a negar, até o fim, que houvesse mora ou omissão legislativa para enquadrar crimes com motivação homofóbica.

Todavia, as '*evidências em contrário*' parece que eram buscadas no senso comum que, como se sabe, tem o nível mais prosaico de constatação. O min. Roberto Barroso, por exemplo, sustentou em seu voto que os crimes com tal motivação estavam sendo cometidos diariamente e que assim continuariam, se não houvesse um enquadramento imediato, como se exigia do Supremo. Ora, esses crimes sempre tinham sido enquadrados no sistema legal vigente, que os abrangia suficientemente, como homicídio, lesões corporais, injúria, etc. Não estavam em um limbo, da mesma forma que – após a *"colmatação jurisdicional"* pelo STF -, não surgiu nenhum indicativo de que tenham cessado, ou sequer diminuído.

Há uma discussão paralela, antiga, longa e improdutiva, sobre a própria inadequação da palavra homofobia, se examinada sua significação desde a composição semântica. O prefixo "homo", que significa igual, de fato não tem enquadramento de sentido quando associado a "fobia", cujo sentido condiz com repulsa ou medo.

A repulsa ao igual não teria qualquer sentido no caso examinado. Além disso, se há fobia (medo ou repulsa) ela não traduziria corretamente a intenção completamente diversa de agredir, perseguir ou matar.

Ocorre que nos EUA, onde a palavra foi criada, "homo" foi utilizado como um acrônimo de homossexual, passando a constituir uma palavra nova, como em processos de composição que também produzem em abundância neologismos sob formas agramaticais, como 'metrosexual', "pós-verdade" ou palavras convertidas de siglas, como "yuppies".

De qualquer forma, quem está preocupado com a "*colmatação jurisdicional*" parece que se encontra invadindo um mundo em transformação, cheio de designações mutantes, de modo que a Comissão de Direitos Humanos do Senado foi bem mais sóbria, e mais exata, ao se referir apenas a "orientação sexual" e "identidade de gênero", ao invés do Supremo, que logo avançou sobre a "*homotransfobia*" sem guardar técnica nenhuma, num tema de tanta importância existencial para pessoas e grupos numerosos. "Homotransfobia" pode ser um termo que desapareça amanhã, como pode acontecer mesmo com homofobia.

Se gírias chamadas "tribais" começarem a pautar definições técnicas em Direito, o "argot", na França, o "lunfardo", na Argentina, e o grande número de palavras inovadoras que o Cambridge Dictionary incorpora todos os anos acabarão por levar os conceitos jurídicos que foram estabilizados através dos séculos a sofrer uma nova ... "*colmatação jurisdicional*".

Nos EUA chegou a ser proposta a expressão '*homoerotofobia*' (igual+erótico+fobia), que é mais coerente etimologicamente (a fobia ao erotismo por um igual), porém mais difícil para o domínio público. Também há reivindicações para o reconhecimento da *'lesbofobia'* e mesmo para a tipificação do *'lesbocídio'*, de modo que não é incorporando tendências do momento, muitas vezes fruto da militância identitária, que a corte suprema de qualquer país obterá uma nomenclatura técnica que permita análises adequadas aos processos que examina, em situações históricas dadas, quando há grandes mudanças de costumes e padrões sociais.

O que se vê, por fim, é que a atitude "liberal" do Supremo, que aparentemente visa a uma atualização na percepção de tendências da sociedade e na transformação dos hábitos, na verdade mais esconde do que revela sua completa inadequação para tratar do tema sob uma política que pretende ser de ativismo judicial.

3. O terceiro e último exemplo diz respeito ao caso recentíssimo da recusa à execução provisória da pena, após o julgamento em segundo grau, o que dispensa maior rememoração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em 7.11.2019, o Supremo Tribunal Federal derrogou sua jurisprudência, estabelecida em 2016 com repercussão geral, por votação de 7 a 4, que era traduzida neste enunciado:

"A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal".

A nova interpretação foi adotada, por 6 a 5 dos votos, no julgamento de três Ações Diretas de Constitucionalidade agrupadas (ADC 43, 44 e 54), que preconizavam o reconhecimento da vigência do artigo 283 do Código de Processo Penal, que tem este teor:

"Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva." (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Como declarou reiteradamente o ministro Edson Fachin foi criada uma nova contradição, e isso deixa claro que o Supremo fez uma interpretação apenas literal ou gramatical, que Elio Gaspari não hesitaria em dizer foi inspirada no "genial conservador", ministro da Suprema Corte dos EUA Antonin Scalia.

Nosso Supremo não soube fazer uma integração de textos, exatamente porque ela não cabia dentro de uma interpretação meramente literal ou gramatical, pois o artigo 637 do mesmo Código de Processo Penal assim dispõe:

"O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença."

Essa redação é a original de 1941, está vigente, não foi declarada inconstitucional, nem sua recepção pela Carta de 1988 mereceu recusa em qualquer tempo.

Portanto, Edson Fachin tem razão ao dizer que o STF se nega a fazer uma exegese integradora, e, ao dizer que o artigo 283 do CPP é constitucional, diz – indiretamente, embora, por pura falta de técnica jurídica interpretativa – que o artigo 637 da mesma lei é inconstitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os que vêm estudando a matéria há mais tempo, o que parece não ter ocorrido com a ala vitoriosa dos ministros do Supremo, mostram que já na Lei 8072/1990, sobre o tema dos crimes hediondos, ficou estabelecido no artigo 2º, § 3º, que:

"Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade."

Isto quer dizer que essa lei prevê uma inversão de hipóteses: o réu de crime hediondo já pode ser preso (para cumprir a pena) após a sentença de primeiro grau, salvo se o juiz decidir, ao fundamentar o julgamento, em contrário. Igualmente aqui, nenhuma inconstitucionalidade foi declarada até hoje.

Esse dispositivo legal se mostra harmônico com outros do sistema penal. A Lei 8038/90, que trata do processamento dos recursos extraordinário e especial, previa também, em seu artigo 27, § 2°, que eles não teriam efeito suspensivo, sendo recebidos apenas com o efeito devolutivo, permitindo a imediata execução provisória.

Quando surgiu o Novo CPC, que tem aplicação subsidiária expressa no Processo Penal, o art. 27 da Lei 8038 foi revogado, pois passou a haver a previsão de que possa ser pedido o efeito suspensivo em alguns casos, na instância de revisão, mas a regra da não ocorrência necessária e automática de tal efeito (suspensivo) persistiu, como consta no artigo 995 do novo diploma:

"Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso."

Se o Direito fosse fundado na interpretação estrita do texto, não teríamos mais uma regra escrita, aberta ao entendimento das palavras e do seu significado, mas um cânone revelado, imutável e decisivo, de modo a garantir uma certeza que prescindisse da liberdade de entendimento e de convencimento.

Teríamos recuado à fé e todas as suas implicações.

Dois milênios de construção do saber jurídico desde os romanos, com suas 'quinquilharias' relacionadas com *"mens legis"*, *"juris conditio"*, etc, passando pelos comentaristas e praxistas medievais com suas "cansativas" glosas relativas ao *"pactum sunt servanda"* e *"rebus sic stantibus"*, até desfazer toda a teoria do constitucionalismo, cuja origem mais remota está na Carta Magna de 1215, do rei inglês João sem Terra: melhor "soterrar" tudo isso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ocorre que a simplificação cirúrgica que comoveu a maioria dos ministros do Supremo, levando-os a uma literalidade paradoxal, que inviabiliza outras regras do sistema, não se sustenta desde quando não podem ser ignoradas as lições dos clássicos, sobre a interpretação do Direito, que ainda se oferecem assim resumidas:

(1) a abordagem literal ou gramatical do texto apenas revela a evidência mais aparente da regra, quando ela é considerada de forma isolada. O que está dito, obviamente, deve ser entendido, mas deve ser também entendido *porque* foi dito e *em que contexto* está dito. Logo, a exegese literal ou gramatical é insuficiente;

(2) a interpretação lógica vem a seguir, pois o Direito não pode produzir ilogicidades e contradições que o anulem, de modo que nenhuma regra deve ser entendida junto com outra que a nega, posto que necessariamente, quando se contradizem, devem operar a derrogação, a revogação, a modificação ou a complementação de uma pela outra;

(3) toda regra legal tem um histórico de elaboração e trajetória temporal. É através da interpretação histórica que se sabe como e porque foi adotada determinada redação, sendo rejeitadas outras. No caso da prisão após o pronunciamento da segunda instância, o constituinte de 1988 cogitou em adotar o texto com teor semelhante ao do que foi inserido depois no art. 283 do CPP, mas o rejeitou, como registram os Anais da Constituinte.

Optou por não fazer colidir os conceitos de "execução provisória da pena" com "formação definitiva da culpa", por considerá-los diferentes e independentes, para estabelecer que apenas o reconhecimento definitivamente da culpa só ocorreria após o trânsito em julgado.

Como se deduz sem dificuldade, o intérprete não pode eleger um sentido ampliado, de que a pena também só poderia ser cumprida após o trânsito em julgado, que foi recusado na elaboração da regra pelo constituinte, pois não há recusa que se mostre mais enfática do que aquela que foi cogitada, inicialmente, e depois descartada;

(4) o Direito não foi estabelecido no seio da humanidade sem finalidade alguma. Ele resultou de um fato que é observado permanentemente: na natureza não há direito.

Também nunca houve nenhum idealismo motivador quando homens primitivos procuraram a proteção na lei. A justiça nasceu da injustiça, e esta se apresentou primeiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É isto o que justifica a interpretação teleológica, a busca de um fim, inteligível e demonstrável, visado pela lei.

Simplesmente, não pode haver lei que prescinda de uma finalidade.

Se o Supremo decide pela impossibilidade da execução da pena após o julgamento que encerra o exame do mérito de um processo, que visa unicamente a aplicação da lei penal, e dá um sentido completamente distorcido para a expressão "trânsito em julgado", de modo a atribuir-lhe o significado "nunca" ou "tarde demais" a pena será executada, se é assim que procede, o Supremo está criando uma irracionalidade destrutiva de todo e qualquer fim para o qual a lei foi concebida;

(5) a interpretação evolutiva vem, a seguir, esclarecer sobre a contemporaneidade dos significados. Não se pergunta em que pensaram os legisladores de então, quando a regra foi fixada, mas o que as palavras por eles afinal escolhidas, depois de descartarem as equívocas, significam hoje.

Após a Constituição de 1988 houve toda uma construção legislada e jurisprudencial interpretativa de suas regras.

Isso também é o que ocorre nas jurisdições de outros países tomados como paradigmas no Ocidente.

Logo, não é possível retomar uma leitura meramente literal ou gramatical de um texto que já foi expandido pelo entendimento evolutivo, pois a *"interpretação involutiva"* ainda não foi homologada por nenhuma escola séria ou teoria constitucional;

(6) a interpretação sistemática é aquela que completa o entendimento pleno da lei, posto que ela não existe fora do mundo nem foi inspirada pelo vento, mas se insere em um ordenamento que é gramatical, lógico, histórico, teleológico e evolutivo.

Em razão disso, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal fez ressurgir no Brasil o critério das ordálias germânicas, que impactaram os romanos como um barbarismo, mas que, depois da decadência de seu Império, retornaram na Idade Média, até provocarem a ojeriza e a condenação da própria Igreja.

O Supremo ressuscitou, se não o juízo de Deus, o juízo do mago.

E assim produziu um dos julgamentos mais inconvincentes da sua própria trajetória de mais de duzentos anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Merecerá ele constar na página de "Julgamentos Históricos" que o STF mantém?

Terceiro

Conclusão

Qual é o "Claro Enigma" do Supremo Tribunal Federal ?

Nossa Corte Suprema, ao adotar a *"interpretação involutiva"* expôs uma verdade irretorquível que passa a ser doravante, mas não se sabe até quando, um dado da vida objetiva a considerar para o melhor reconhecimento da realidade nacional.

Essa verdade é a de que o STF está dominado nos dias de hoje pela figura presente, ou melhor, onipresente da *intencionalidade.*

Tudo o que já foi dito no "mais longo dos dias" do julgamento do Supremo sobre a prisão após a segunda instância é apenas o *"aspecto ornamental",* tão ao gosto dos rábulas de antanho, do discurso jurídico.

Sob o ponto de vista do sentido, na acepção que esse termo toma quando ele é buscado pelo saber filosófico, há uma inequívoca diáspora, uma *fuga dos significados*, como Raymond Aron observava em sua conferência em 1968, de tal modo que então parecia que as principais correntes de pensamento tinham empreendido uma retirada, um abandono da compreensão dos acontecimentos cruciais que se apresentavam naquele ano.

As respostas que nos dias presentes o Supremo Tribunal Federal dá às demandas por um regime constitucional claro e sedimentado têm sido viciadas por um *ativismo falsamente liberal* que, mesmo quando defere pleitos de conteúdo igualitário, não o faz informado por correntes de pensamento estruturadas em torno do entendimento do mundo, mas carregado de um palavrório dispersivo, com pensamentos da moda ou para captar a simpatia de grupos identitários ainda em formação.

Isso também ocorre quanto à prisão após o segundo grau.

A tese que a recusa a prisão provisória, em nome do trânsito em julgado, poderia parecer *liberal*, mas ela só cria desigualdades, uma vez que o esgotamento de recursos até serem julgados pelo STF constitui uma corrida de obstáculos que só poucos podem vencer, ou porque são ricos, ou porque têm influência, ou porque conhecem os meandros do Poder Judiciário e nele influem para afinal obter dos que ali estão reciprocidade de favorecimentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Supremo não amadurece as questões que lhe são postas e assim também não leva nossa ainda incipiente democracia ao amadurecimento. Ao contrário, cria *idiossincrasias* que a põem em risco. Há ministros que se comportam como celebridades e disparam aquilo que os franceses chamam *"boutade"* nos meios de comunicação, nas salas de conferência e nas cerimônias que frequentam amiúde como se fossem um palco, de modo que dele não ficam ausentes mais do que uma semana.

Se vivo fosse o filósofo franco-argelino pós-moderno Jacques Derrida teria imenso prazer de vir ao nosso país para ver aqui todas as implicações para o termo que criou: *a desconstrução*.

É possível que não entendesse a *"colmatação jurisdicional"* ou a *"zen-modulação"*, e ainda a invenção judicial da figura penal da *"homotransfobia"*, nem o *"aspecto ornamental"* dos votos ou, por fim, a *"involução interpretativa"*, mas – afinal – diria ele, tudo o que levar à desconstrução também levará o Brasil à pós-modernidade, essa terra de ninguém que não se sabe onde fica, mas de onde sempre se poderá mandar uma *"Carta pras Icamiabas"*, como nos ensinou Macunaíma.

Existe outro lado a considerar.

Carlos Drummond de Andrade, nosso poeta maior, também poderia ser tratado de "grande alma", como Tolstoi na Rússia e Gandhi na Índia.

Poucos como Drummond captaram o elemento da subjetividade que é quase esmagado entre nós pela chamada "cultura oficial", que habita muitos ambientes, mas gostou especialmente daquele que anima o STF.

Foi Drummond que reconheceu no poema *"Também já fui brasileiro"* uma dessas irrecusáveis despedidas que nos acometem, cada vez mais seguido, a respeito de nossa pátria:

"Mas há uma hora em que os bares se fecham

e todas as virtudes se negam."

Ele também publicou, no já longínquo ano de 1951, o livro "Claro Enigma", cujo paradoxo do título parece remeter a uma situação de ceticismo, talvez irremediável. No entanto, é uma obra que encara a maturidade como ela é percebida, inclusive coletivamente, quando muitas coisas já não deram certo e outras ainda prometem não dar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É ali, naquele precioso repositório, que se encontram estes maravilhosos versos de Carlos Drummond de Andrade, compondo o soneto *"A Ingaia Ciência"*, um título irônico, pois a poesia era conhecida pelos povos antigos como "a gaia ciência":

"A madureza, essa terrível prenda

que alguém nos dá, raptando-nos, com ela,

todo sabor gratuito de oferenda

sob a glacialidade de uma estela,

a madureza vê, posto que a venda

interrompa a surpresa da janela,

o círculo vazio, onde se estenda,

e que o mundo converte numa cela."

A *intencionalidade indisfarçável* do Supremo Tribunal Federal, no julgamento que eliminou a possibilidade de cumprimento da pena por condenados em segunda instância, depois que o exame de todas as provas foi concluído e que a matéria de fato foi esgotada, visando com isso unicamente a beneficiar personagens determinados, por razões de fidelidade, retribuição, compromisso assumido fora dos autos do processo, provocou uma só e inquestionável consequência: **libertou criminosos já regularmente julgados, por delitos que desmoralizaram as instituições e comprometeram sua viabilidade, e converteu nosso país inteiro numa cela.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RELATIVIDADE DA SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

JESSICA CARDOZO SANTIAGO:
bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná

HARUO MIZUSAKI

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem como principal objetivo a análise da soberania do tribunal do júri, se este é um princípio absoluto ou não. Porém, para chegar ao resultado será necessário tecer estudo com relação à evolução histórica do instituto do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro, abarcando todas as constituições brasileiras anteriores a de 1988. Posteriormente, será feita uma abordagem do procedimento do Tribunal do Júri, que é dividido em duas fases, ou seja, considerado bifásico. A primeira fase é denominada de fase de acusação (*judicium accusationis*), que abrange a fase do inquérito policial, do oferecimento e recebimento da denúncia ou queixa, da defesa e instrução, e finaliza com uma decisão de pronúncia ou impronúncia. Em seguida, caso o réu seja pronunciado pelo juízo competente, será encaminhado à sessão de julgamento de mérito. Importante ressaltar que os jurados julgam matéria de fato, ficando a cargo do juiz presidente aplicara pena de acordo com o veredicto proferido por eles. Desta forma, condenado ou absolvido, tanto o réu quanto a vítima (ou parentes), terão em algumas hipóteses o direito de recorrer da sentença proferida pelos jurados. Diante de alguns casos, verifica-se que a soberania do tribunal do júri, por diversas vezes é mitigada ou relativizada, de modo a colocar em dúvida o mandamento constitucional. Desta feita, o presente trabalho tem como objetivo trazer à análise do posicionamento doutrinário e jurisprudencial em casos que a soberania do tribunal do júri não é respeitada, ou seja, tornada relativa.

Palavras-Chave:Tribunal do Júri. Relatividade. Crimes dolosos.

ABSTRACT: The present work of completion of course has as main objective the analysis of the sovereignty of the jury court, whether this is an absolute principle or not. However, to reach the result it will be necessary to study in relation to the historical evolution of the jury court institute in the Brazilian legal system, encompassing all Brazilian constitutions prior to 1988. Subsequently, an approach will be made to the procedure of the Jury Court, which is divided into two phases, that is, considered biphasic. The first phase is called the prosecution phase (judicium accusationis), which covers the phase of the police investigation, offering and

receiving the complaint or complaint, defense and instruction, and ends with a decision of pronunciation or inpronunciation. Then, if the defendant is pronounced by the competent court, he will be referred to the merits trial session. It is important to point out that jurors judge matter in fact, being in charge of the presiding judge to apply the sentence according to the verdict given by them. Thus, convicted or acquitted, both the defendant and the victim (or relatives), will have in some ways the right to appeal the sentence handed down by the jurors. In the face of some cases, it turns out that the sovereignty of the jury court is repeatedly mitigated or relativized, in order to question the constitutional commandment. This time, the present work aims to bring to the analysis of doctrinal and jurisprudential positioning in cases that the sovereignty of the jury court is not respected, that is, made relative.

Keywords: Jury Court. Relativity. Willful Crimes.

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, há indícios de que povos da Grécia ou Roma antiga reuniam-se em grandes praças com o intuito de submeter a julgamento aqueles que por ventura descumpriram o pacto social firmado entre eles, ou praticavam algo contrário e violador da cultura ali vivida por todos.

Com o passar do tempo, o julgamento neste formato, ou seja, não só realizado por grandes autoridades, mas sim trazendo parcela da sociedade para que atuasse no "judiciário", e assim julgando os seus pares, fora passando por diversas modificações até chegar aos moldes que são hoje, denominado Tribunal do Júri.

Nos dias atuais, a forma de proceder com o procedimento e até mesmo a maneira de como é instituído o instituto do Tribunal do Júri, percebe-se a diversificação entre os países. Cabe então a cada país, constituir o tribunal em questão, do melhor modo possível de acordo com o costume local e a legislação penal e processo penal vigentes.

O presente artigo visará o estudo acerca do Tribunal do Júri brasileiro, mais precisamente com relação a sua soberania e a dos seus veredictos. Para que isso aconteça, será necessário abarcar a evolução histórica do instituto aqui no Brasil, analisando como cada constituição brasileira tratou acerca do tema ou até mesmo se deixou de tratar.

Também serão tecidas argumentações sobre o princípio constitucional da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, abarcando se é um princípio

absoluto, a possibilidade de coexistência com o princípio do duplo grau de jurisdição sem que um exclua ou diminua a capacidade jurídica do outro.

Além disso, a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, a qual, de antemão está prevista constitucionalmente. Serão especificados quais são esses crimes, delineando a sua base legal e algumas peculiaridades, como por exemplo, podem ser submetidos a julgamentos os crimes em questão na sua forma tentada ou consumada, somente não quando considerados culposos, frisa-se que são levados a julgamento sob o rito do Tribunal do Júri os crimes dolosos contra a vida.

Posteriormente, tecer-se-á o estudo do procedimento bifásico do Tribunal do Júri. Quais são os atos que são realizados na primeira fase e as decisões que podem ser proferidas pelo juiz competente nesta fase. Em seguida passa-se a segunda fase, conhecida como a de julgamento onde o Juiz-Presidente juntamente com os sete jurados sorteados dentre os vinte e cinco convocados realizaram a sessão de julgamento, onde o acusado poderá ser absolvido ou condenado do crime que lhe é imputado.

Por conseguinte, serão expostos os casos em que se entende haver a relatividade da soberania do Tribunal do Júri e dos veredictos emanados pelos jurados, assim como os casos em que não haver qualquer violação a soberania do veredicto se por ventura forem questionados por meio de interposição de recurso de apelação, pelo Ministério Público ou assistente de acusação contratado pela vítima ou seus familiares.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O surgimento do Tribunal do Júri no mundo jurídico não se sabe com exatidão, porém a doutrina presume que nos moldes parecido com o atual, se deu com a Magna Carta de 1215 com o rei João Sem Terra, na Inglaterra, segundo o fundamento de que "Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de *julgamento de seus pares*, segundo as leis do país" (citação por Nucci em seu livro Processo Penal e Execução Penal de 2016). Tendo como interpretação a busca por um julgamento estatal menos arbitrário e consequentemente mais imparcial.

Com a Revolução Francesa em 1789, o instituto propagou-se pela Europa até chegar em outros países, inclusive nos da América Latina, conforme leciona o autor Guilherme Nucci (2016, p.437).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, o Tribunal do Júri fora instituído pelo príncipe regente à época, com a criação da Lei de 18 de junho de 1822, que tratava da competência para processar e julgar os crimes de imprensa. O tribunal era composto por 24 juízes de fato, os quais eram escolhidos entre cidadãos de respeitável reputação e considerados bons.

Com a Constituição Imperial de 1824, manteve-se o tribunal do júri, mas ampliando a sua competência para julgamento de mais fatos na espera cível e criminal, inclusive os dolosos contra a vida. Essa competência esteve prevista nos artigos 151 e 152 da referida Constituição. Deve-se pontuar aqui que a Lei do Império n. 261/1841, em seu art. 54, não previa fase de acusação, determinando o encaminhamento do réu diretamente ao júri. Isso ocorria porque os delegados possuíam competência instrutória e decisória:

> Art. 54. As sentenças de pronuncia nos crimes individuaes proferidas pelos Chefes de Policia, Juizes Municipaes, e as dos Delegados e Subdelegados, que forem confirmadas pelos Juizes Municipaes, sujeitão os réos á accusação, e a serem julgados pelo Jury, procedendo-se na fórma indicada no art. 254 e seguintes do Código do Processo Criminal.

Nessa análise cronológica, passada a Constituição de 1934, adveio a de 1937 a qual fora a única constituição brasileira que não trouxe em seu texto a previsão constitucional do Tribunal do Júri, por ocasião de ter sido proclamada em período ditatorial, em que o Brasil estava passando pelos anos da ditadura militar.

Já em 1946, a Constituição Federal trouxe de volta o instituto com previsão na parte dos direitos e garantias individuais, que nas palavras de Nucci:

> "veio como se fosse uma autêntica bandeira na luta contra o autoritarismo, embora as razões tenham sido outras, segundo narra Victor Nunes Leal (citado por Nucci), ou seja, por conta do poder de pressão do coronelismo, interessado em garantir a subsistência de um órgão judiciário que pudesse absolver seus capangas." (2016, p. 438).

Deve-se pontuar que o art. 141, §28 da Constituição determinava que o número de membros do Tribunal fosse ímpar, o que evitava a possibilidade do empate na deliberação entre os jurados trazer alguma dúvida na decisão.

A penúltima constituição brasileira, do ano de 1967, manteve o Tribunal do Júri, limitando-se somente a ideia de que os crimes ali julgados seriam os dolosos contra a vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Finalmente, a atual Constituição Federativa do Brasil de 1988, confirma a competência do Tribunal do Júri como direito e garantia fundamental, inserindo o dispositivo no artigo 5º inciso XXXVIII, assegurando a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

O instituto do Tribunal do Júri, recepcionado pela Magna Carta de 1988, trouxe como princípios constitucionais, dentro do rol nos direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, inciso XXXVIII, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Todas essas garantias asseguradas em tal artigo são cláusulas pétreas não podendo ser suprimidas ou possuir a sua eficácia reduzida, conforme leciona o artigo 60, §4º da Constituição Federal.

O princípio da soberania dos veredictos serve de base para aplicação em todos os processos que seguem o rito do júri, ou seja, na sessão de julgamento o veredicto do Conselho de Sentença deve ser respeitado pelo Juiz que preside a sessão, não podendo no momento da sentença, mesmo que não concorde com o que foi decido pelos jurados, dar aplicação técnica diversa do que fora decido. O mesmo acontece em relação às decisões proferidas pelos tribunais e tribunais superiores cujos processos estejam em grau de recurso.

Vale ressaltar que os jurados, pessoas escolhidas entre os membros da sociedade em que o réu está inserido, julgam matéria de fato, conforme preceitua o artigo 482 do Código de Processo Penal e não de direito, cabendo ao juiz presidente a aplicação do direito, após o veredicto. *In verbis*:*O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido (grifo nosso).*

Entende-se como matéria de fato, aquela ligada somente ao fato-crime, como por exemplo, a análise dos jurados se realmente aconteceu o crime (consumado ou tentado) que está sendo posto em julgamento, se o réu foi o autor do crime, as circunstâncias qualificadoras e as teses de defesas alegadas pelos advogados e pelo réu em seu depoimento em plenário sobre questões fáticas. Toda essa análise é feita por meio dos quesitos apresentados aos jurados, previstos no Código de Processo Penal, que são feitos por meio do Juiz Presidente aos sete jurados que formam o Conselho de Sentença, para a sessão de julgamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na visão de muitos doutrinadores brasileiros, o princípio da soberania dos veredictos é da essência do Tribunal do Júri, fazendo com que a decisão ali tomada seja respeitada pelos juízes togados, pelos Tribunais de Justiça e Federal, bem como pelos Tribunais Superiores, os quais lhes são vedados, nos casos em que a sentença é submetida a recurso, tanto pelo Ministério Público quanto pelos advogados do réu, de modificar o mérito da causa, podendo não muito, anular o julgamento pelo júri, por inobservância a algum vício de forma, aumentar ou diminuir a pena, levando em consideração a decisão do júri, ou determinar que o réu seja submetido novamente a um novo júri para que a matéria seja revista por um outro tribunal do júri, igualmente competente para apreciar o crime em questão.

Acerca do referido princípio, o jurista Guilherme Nucci leciona que:

> A *soberania* dos veredictos é a alma do Tribunal Popular, **assegurando-lhe efetivo poder jurisdicional** e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexiste outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, **quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri**. (2015, p.435) (grifo nosso)

Todavia, afirmar que o princípio constitucional da soberania dos veredictos é absoluto, sem nenhuma exceção que possa consequentemente acarretar certa relatividade em alguns casos é incorrer no equívoco.

Antes de debater a exceção existente e apontada por alguns autores, relevante ressaltar a necessidade da coexistência harmoniosa entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o da soberania dos veredictos.

Em síntese, a sentença proferida ao final da sessão de julgamento é formada por duas etapas. A primeira, após o relatório, irá constar o veredicto do conselho de sentença, ou seja, a respostas dos quesitos feitos aos jurados, e consequentemente de qual maneira eles se posicionaram em relação ao caso que ali fora exposto a eles. Já em segundo momento, passa-se à fixação do quantitativo de pena, o qual é realizado pelo juiz presidente daquela sessão.

Assim, os ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho:

> Se o Conselho de Sentença, condenar o réu, **cumpre ao Juiz-Presidente, após breve relatório, reportar-se ao entendimento do**

> **Conselho no sentido de condenar o réu por determinada quantidade de votos** (sempre 4 a 3), e **uma vez estabelecida a pena-base**, com os olhos voltados para os arts. 59 e 60 do Código Penal, **o Juiz-Presidente considerará eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes que tenham sido objeto dos debates** (eventualmente na réplica e tréplica). Se os jurados reconheceram alguma causa de especial aumento ou de diminuição da pena, **o Juiz fará a devida imposição.** (2009, p. 166) (grifo nosso)

Conforme já dito acima, existe a possibilidade e oportunidade para recorrer da sentença prolatada no Tribunal do Júri, nas hipóteses previstas no artigo 593, inciso III, e alíneas, do Código de Processo Penal *in verbis:*

> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
>
> III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
>
> a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
>
> b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
>
> c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
>
> d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Desta maneira, surgindo a vontade das partes em recorrer à instância superior da sentença proferida, a fim de obter uma nova análise, o Tribunal, caso entenda ser viável alguma modificação na condenação do réu, terá dois caminhos a seguir.

Se a modificação a ser realizada for somente sobre a pena, circunstância em que não concorde com a quantidade que fora fixado pelo juiz-presidente poderá alterar a pena, sem que seja necessário submeter o réu a novo júri.

Porém, se o tribunal entender que a matéria fática não foi devidamente analisada, e que o júri julgou erroneamente, não poderá substituir o veredicto do júri por uma decisão sua monocrática ou colegiada. Assim, deve remeter os autos para ao tribunal de origem para que o réu seja submetido ao novo julgamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse mesmo sentido está o entendimento do autor Júlio Fabbrini Mirabete:

> A soberania dos veredictos dos jurados, afirmada pela Carta Política, **não exclui a recorribilidade de suas decisões**, sendo assegurada a devolução dos autos ao Tribunal do Júri para que profira um novo julgamento, se cassada a decisão recorrida **pelo princípio do duplo grau de jurisdição**. (2003, p. 483) (grifo nosso)

Dessa forma, o princípio do duplo grau de jurisdição não foi suprimido como também não afeta de forma alguma o princípio da soberania dos veredictos, vez que nenhum direito fundamental é absoluto e o direito que as partes possuem, se inconformados com a decisão ali prolatada pelo Conselho de Sentença seja novamente revista, claro que dentro das situações apontadas acima. Não significa desrespeito ao instituto do Tribunal do Júri, mas sim a aplicação efetiva e conjunta do direito, da justiça e da soberania do júri.

Voltando à análise da exceção do referido princípio grande parte da doutrina aponta como a principal exceção a possibilidade de mudança da situação do réu por um tribunal em que haja juízes togados é por meio da revisão criminal.

A revisão criminal é a via utilizada somente pela defesa, depois de transitado em julgado a sentença condenatória, antes ou após a extinção da pena, de ser revisada a condenação que paira sobre o réu. Possui previsão nos artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal.

Em relação à possibilidade de reforma da condenação do réu, que tenha cometido algum dos crimes dolosos contra a vida e que fora submetido a júri, sem que seja realizado um novo júri para que revise tal condenação, via ação de revisão criminal, os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, visam essa possibilidade em proveito do princípio da inocência nos casos de condenação indevida. Em suas palavras:

> Contudo, em prol da inocência, tal **princípio não é absoluto**, admitindo-se que o Tribunal de Justiça absolva de pronto o réu condenado injustamente pelo júri em sentença transitada em julgado, no âmbito da ação de **revisão criminal**. (2019, p.1285) (grifo nosso)

Ademais, favorável a oportunidade da revisão criminal nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida, também está o autor Eugênio Pacelli, que leciona:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Embora semelhante possibilidade, à primeira vista, possa parecer uma afronta manifesta à garantia da soberania dos veredictos, pode-se objetar em seu favor o seguinte: **a ação de revisão criminal somente é manejável no interesse do réu e somente em casos excepcionais previstos expressamente em lei (art. 621, I, II e III, CPP)**; funciona, na realidade, como uma ação rescisória (do cível), legitimando-se pelo **reconhecimento da falibilidade inerente a toda espécie de convencimento judicial e, por isso, em todo julgamento feito pelos homens**. (2018, p. 570)

Destarte, tendo em vista a exceção mencionada e descrita acima, pode-se concluir que o princípio constitucional da soberania dos veredictos não é absoluto, não significando que o mesmo deve ser rechaçado vez que justo e necessário possuindo a sua devida importância e observância de aplicação nos tribunais de primeira instância em todas as sessões de julgamento. Todavia o individuo que ali se encontra para ser julgado não pode restar prejudicado por um direito fundamental e constitucional que possui, bem como a relatividade da competência do Tribunal do Júri é sempre para beneficiá-lo.

3 A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAR OS CRIMES CONTRA A VIDA

Os crimes julgados sob o rito do Tribunal do Júri estão previsto na parte especial do Código Penal Brasileiro, no Título I, dos Crimes Contra a Pessoa, em seu Capítulo I, dos Crimes Contra a Vida o qual inicia no artigo 121 até o artigo 128, os quais são todos dolosos contra a vida, tanto na forma tentada como forma na consumada, em harmonia com o texto da Constituição Federal de 1988.

Vale ressaltar que os crimes que porventura estiverem em conexão ou continência com algum crime doloso contra a vida, mesmo que não estejam dentro do rol acima mencionado, também serão submetidos ao processamento e julgamento do sistema bifásico do Tribunal do Júri, por força do disposto no artigo 78, inciso I do Código de Processo Penal *"Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observado às seguintes regras: I – no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri". (grifo nosso).*

Apesar de ser o tipo de crime mais comum no cotidiano do julgamento pelo júri, por ser cometido em maior número e registrado nas repartições policiais, o crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal), seja na sua forma simples,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

privilegiado ou qualificado, não é o único crime que pode ser submetido à sessão de julgamento do júri popular.

Ao se examinar a Lei Penal, tem-se presente dentre os crimes dolosos contra a vida que são submetidos ao júri, o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, previsto no artigo 122 do Código Penal, o crime de infanticídio com disposição no artigo 123 do referido código, o crime de aborto seja ele provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento, bem como o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, dispostos nos artigos 124, 125 e 126 também do Código Penal.

Quanto ao crime de homicídio, houve recentemente o acréscimo do inciso VI ao §2º do artigo 121 do CP, com a Lei n. 13.104/2015, que versa sobre a forma qualificada de homicídio denominada feminicídio. A nova qualificadora irá incidir quando a vítima for mulher e em razão de sua condição feminina, o autor intenta contra a sua vida. Normalmente em casos de violência doméstica ou familiar essa qualificadora estará presente e será perfeitamente aplicável.

Avançando no contexto da competência, interessante os apontamentos que o autor Aury Lopes faz acerca da competência constitucional do Tribunal do Júri. O primeiro ponto que o referido autor ressalta é em relação à prerrogativa de foro do réu. Em casos de conflito de competência, qual delas deverá prevalecer. Em suas palavras:

> Em que pese a competência do júri ser constitucional, se a prerrogativa de foro também estiver prevista na Constituição, **prevalece a prerrogativa de função**. **Isso porque, quando ambas as competências forem constitucionais, prevalece a jurisdição superior do tribunal.** Nesse caso, um órgão de primeiro grau, como o Tribunal do Júri, jamais prevalece sobre um tribunal (jurisdição superior prevalente). **Mas, destaque-se, a prerrogativa deve estar prevista na Constituição Federal.** (2016, p. 264) (grifo nosso)

Todavia, a prerrogativa de função não prevalecerá caso ela esteja somente prevista na Constituição Estadual, para que não haja contradição do que preceitua Constituição Federal e a súmula 721 do Supremo Tribunal Federal: *"A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual."*

O segundo ponto que o autor menciona é em relação a continência e conexão em casos de um dos partícipes do crime tenha a prerrogativa de função. Nestes casos haverá a cisão do processo, ou seja, a separação do processo para que

cada réu ser julgado no foro de sua competência, tendo em vista que a competência da prerrogativa de função também é prevista constitucionalmente, assim como a competência do Tribunal do Júri.

Portanto, depreende-se deste tópico que é da competência do Tribunal do Júri julgar os crimes dolosos contra a vida, ou seja, aqueles elencados e mencionados nos parágrafos anteriores, bem como os crimes conexos, desde que o autor não tenha prerrogativa de função prevista constitucionalmente, hipótese em que haverá prevalência desta. Caso a competência seja estabelecida por norma infraconstitucional ou por Constituição Estadual, a competência do tribunal popular prevalecerá e todos os crimes de sua competência deverão seguir fielmente o sistema bifásico para que não ocorra a supressão da norma constitucional.

4 DO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

O procedimento do tribunal do júri é considerado bifásico devido ao fato de ser composto por duas fases, a de acusação e de julgamento. Está previsto no Código de Processo Penal no Capítulo II, do Procedimento Relativo aos Processos da Competência do Tribunal do Júri, o qual faz a delineação de todo o procedimento especificando ambas as fases, desde o artigo 406 ao artigo 496.

A primeira fase se assemelha em muito ao procedimento comum, pois o juiz singular fará toda análise para, ao final, ter base e fundamentos para tomar sua decisão, que no caso do procedimento do júri será uma decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação do crime para outro diverso do júri, diferente do procedimento comum que terminada a instrução e passada as alegações finais cabe ao juiz togado proferir uma sentença de absolvição ou condenação.

A fase de acusação e instrução tem início quando o juiz recebe a denúncia ou queixa, ordena a citação do réu para que apresente resposta à acusação no prazo de 10 (dez) dias, conforme determina o artigo 406 do CPP *"o juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias". (grifo nosso).*

Realizado o juízo de admissão e o réu devidamente citado, após oferecer reposta à acusação, surge uma situação peculiar. O artigo 409 do CPP traz a possibilidade de após a apresentação da defesa nos autos, do Ministério Público ou do ofendido/querelante, em casos de queixa crime, de oferecer réplica no prazo de 5 (cinco) dias, a fim de que responda as preliminares arguidas pelo acusado em sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

defesa. Ressalte-se que somente é necessário que haja réplica se o acusado alega alguma preliminar ou anexa aos autos novos documentos.

Tanto acusação quanto defesa, podem arrolar até 8 (oito) testemunhas em suas respectivas peças, para que sejam inquiridas na audiência de instrução, conforme dispõem os §§2º e 3º do artigo 406.

Até a data designada para a audiência de instrução, a determinação pelo juízo da inquirição das testemunhas arroladas pelas partes e as demais diligências pleiteadas por elas, deverão ser realizadas no prazo máximo de 10 (dez) dias, em conformidade com o disposto no artigo 410 do CPP, *"O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias." (grifo nosso)*

A audiência de instrução tem como finalidade colher o máximo de provas possíveis, sob o manto do contraditório e da ampla defesa para posteriormente ser decidido pelo juiz se o réu deve ou não ser submetido a julgamento pelo júri. O artigo 411 do Código de Processo Penal (CPP) versa sobre a audiência de instrução, deixando evidente de qual maneira devem os atos serem procedidos. Em primeiro momento será tomado às declarações do ofendido, ou seja, se for possível será colhido o depoimento da vítima.

Na seqüência será realizada a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, nesta ordem. A eventual inversão da ordem estabelecida no artigo 411 do CPP, possivelmente poderá ser motivo de alegação de nulidade processual, caso comprovado o prejuízo sofrido pela parte e alegada em momento oportuno.

Para o doutrinador Gustavo Henrique Badaró, tal inversão não poderá ocorrer, devido ao fato de não haver no artigo 411 do CPP a ressalva prevista no artigo 400 do mesmo diploma legal com relação do artigo 222 também do CPP, o qual permite a inversão da oitiva das testemunhas. Em suas palavras:

> Em caso de não comparecimento de uma das testemunhas de acusação, não será possível inverter a ordem de oitiva de testemunhas, colhendo-se o depoimento das testemunhas de defesa presentes, para somente depois, em outra audiência, ouvir a testemunha de acusação faltante. Nem mesmo quanto **às testemunhas ouvidas por carta precatória** será possível tal inversão. Aliás, neste ponto, é bastante esclarecedora a comparação da disciplina da audiência no procedimento comum ordinário (CPP, art. 400, *caput*) e no procedimento dos crimes dolosos contra a vida (CPP, art. 411, caput). No procedimento ordinário, o art.400, *caput,* do CPP

> dispõe que "à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, **nesta ordem ressalvado o disposto no art. 222 deste Código,** bem como aos esclarecimentos dos peritos [...]". (destacamos) Já no art. 411, *caput*, não há tal ressalva: "a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa**, nesta ordem**, bem como aos esclarecimentos dos peritos [...] (destacamos) (2015, p. 658)

Acerca do tema é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. **OITIVA DE TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM DAS PERGUNTAS. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO**. NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. ASSISTIDO POR ADVOGADO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES FINAIS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROCEDIMENTO DO JÚRI. PEÇA NÃO ESSENCIAL. AGRAVO REGIMENTLA NÃO PROVIDO. 1**. O entendimento firmado neste Sodalício, é no sentido de que a nulidade decorrente da inversão da ordem prevista no artigo 411, do CPP,é relativa, necessitando, portanto, para sua decretação, além de protesto da parte prejudicado no momento oportuno, sob pena de preclusão, da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, em observância ao princípio pás de nullitésansgrief, (art. 563, do CPP)**, o que não ocorreu na hipótese[...] 4. Esta Corte possui o entendimento jurisprudencial no sentido de que as alegações finais não são peça essencial nos julgamentos perante o Tribunal do Júri, pois o juízo de pronúncia é provisório, não havendo antecipação do mérito. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 480148 PE 2014/0040772-2, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 10/06/2014, T-5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2014) *(grifo nosso)*

Além da inquirição das testemunhas, na audiência de instrução também é realizado os esclarecimentos com os peritos, às acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas. Por fim, passar-se-á ao interrogatório do acusado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Terminada a instrução, tem-se início as alegações finais que são feitas oralmente pelas partes, sendo de 20 minutos a cada uma, prorrogável por mais 10 minutos. Caso tenha mais de um acusado, o tempo de defesa e acusação será individual, ou seja, 20 minutos para que o advogado ou defensor público defenda seu constituinte e para o Ministério Público ou querelante faça as suas respectivas acusações.

Havendo assistente de acusação, este terá o prazo de 10 minutos para se manifestar, não podendo tal prazo ser prorrogado. Depois de sua manifestação a defesa terá o mesmo lapso temporal para manifestar-se.

Tais disposições estão previstas nos parágrafos 1º ao 6º do artigo 411 do Código de Processo Penal. Relevante ressaltar, que diferente do procedimento comum, as alegações finais no procedimento do tribunal do júri não podem ser convertidas em memorais, tendo em vista a necessidade da celeridade processual por causa das duas fases, bem como a observância da oralidade dos atos processuais e ao disposto no artigo 412 do CPP que o procedimento da primeira fase será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

Terminada as alegações finais, o juiz proferirá a sua decisão em audiência, ou seja, também oralmente, ou a fará dentro do prazo 10 (dez) dias por escrito ordenando que os autos lhe sejam conclusos para isso, conforme dispõe o parágrafo 9º do artigo 411 do CPP.

Com relação às decisões que podem ser tomadas pelo juiz, as quais já foram citadas no decorrer do texto, no momento é imperioso tecer breves comentários acerca de cada uma. De início, tem-se a decisão de pronúncia que será tomada caso o juiz se convença da existência da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria ou de participação do réu naquele crime doloso contra a vida. O juiz ao decidir por pronunciar o réu deve fundamentar a sua decisão com base nos fatos comprovados nos autos durante a instrução.

Encontra previsão no Código de Processo Penal no artigo 413, *"O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação".* (grifou-se)

Diante do discernimento adotado pelo juiz em pronunciar o réu, ele consente em ser competência do Tribunal do Júri para analisar e julgar o mérito do processo, cabendo agora aos jurados na sessão de julgamento declarar se o réu é inocente ou culpado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O juiz ao proferir a decisão de pronúncia, deve ater-se somente aos fatos e ter o devido cuidado para não entrar no mérito da causa, para que não ultrapasse o limite de suas funções ou delimitações por se tratar de crime da competência do júri.

Desta maneira, é aconselhável que o juiz evite certo tipos de expressões, como por exemplo,"o réu confessou o delito em juízo", "restou devidamente comprovado que o réu é culpado", essas e dentre outras que traduza e induza aos jurados que o réu seja plenamente culpado, não deixando assim margem para que eles decidam de acordo com suas convicções frente ao que a eles são apresentados no momento do julgamento em plenário com as manifestações da acusação, defesa e o depoimento do próprio acusado.

Ademais, o juiz não está atrelado à classificação que consta na denúncia. Em caso de entendimento diverso, o juiz pode dar definição jurídica diferente do fato narrado pelo promotor de justiça, modificando assim a capitulação do crime, mesmo que o acusado fique a mercê de receber uma condenação e pena mais grave. Essa possibilidade encontra respaldo jurídico no artigo 419 do CPP, *"O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante na acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave".* (grifo nosso)

De outro giro, pode o juiz decidir por impronunciar o réu. De acordo com o artigo 414 do Código de Processo Penal, caso o juiz não se convença da materialidade do fato ou da existência de indícios de autoria ou participação, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Interessante a disposição do parágrafo único do artigo 414 de que se sobrevierem novas provas acerca do fato ocorrido poderá o acusado ser novamente denunciado, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, em razão da sentença de impronúncia somente fazer coisa julgada formal. Tal disposição está em consonância com a súmula 524 do Supremo Tribunal Federal.

A sentença de impronúncia tem natureza terminativa e por esta razão poderá ser atacada por meio do recurso de apelação criminal, conforme o artigo 416 do CPP, *"Contra sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação."* (grifo nosso)

Ademais, o artigo 415 do CPP traz em quais hipóteses o juiz absolverá sumariamente o acusado, que são: inciso I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal e IV demonstrada causa de isenção de pena ou de execução do crime. Nesta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

hipótese, a sentença de absolvição põe fim a primeira fase do procedimento do júri e impede que a segunda fase se inicie.

Por fim, tem-se a decisão de desclassificação do crime doloso contra a vida para outro delito que não seja da competência do Tribunal do Júri. A desclassificação está prevista no artigo 419 do CPP, *"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 para ao juiz que o seja." (grifo nosso)*

Assim, trata-se de uma decisão interlocutória que declina a competência que inicialmente seria do júri para outro juízo que seja competente para julgar o fato diverso de crime doloso contra a vida. Os autores Távora e Alencar afirmam que o juiz não deve dizer o tipo penal que entende adequada a conduta descrita na inicial/denúncia, devido ser a *opinio delicit* do Ministério Público pois é o titular da ação penal (2019, p. 1302).

Destarte, finda a fase de acusação e instrução e sendo pronunciado o réu, o processo passa para a segunda fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, a de julgamento. Agora a decisão de pronúncia servirá como parâmetro para a acusação, não podendo o órgão acusador imputar ao réu além do que ali consta, ou seja, não poderá sustentar teses acusatórias que foram arguidas na denúncia se elas foram afastadas no momento decisão de pronúncia.

O juiz competente do Tribunal do Júri ao receber o processo fará um despacho saneador onde, preservando a sua imparcialidade, determinará que se realizem os atos necessários para a elucidação dos fatos, como por exemplo, a intimação da acusação e defesa para que apresentem o rol das testemunhas que desejarão ouvir na sessão de julgamento, bem como após irá analisar as diligências requeridas pelas partes, como previsto nos artigos 422 e 423 do CPP.

O próximo passo é a formação da lista dos jurados que serão escolhidos para compor o conselho de sentença. Os jurados são escolhidos dentre os cidadãos que reúnam condições para exercer tal função, afim de abrir oportunidade para participação da sociedade no poder judiciário, bem como obtenha a realização de um julgamento democrático.

O autor Paulo Rangel, faz uma crítica em seu livro devidamente relevante com relação a composição da lista dos jurados. Apesar do §2º do artigo 425 fazer especificações dos núcleos comunitários os quais o juiz requisitará indicação de pessoas para serem jurados e trazer a expressão "outros núcleos comunitários", esta ultima não é atendida pois resta evidente a restrição existente dos locais para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

escolha dos jurados, o que acaba influenciando de modo negativo posteriormente o veredicto a ser proferido. Suas palavras:

> Era a oportunidade de estabelecer como forma de escolha dos jurados a relação do censo eleitoral, democratizando, o máximo possível, a chamada dos cidadãos a integrarem o Tribunal do Júri (cf. item 5.2, *infra*). A expressão *"e outros núcleos comunitários"* não será atendida pelo juiz. Nenhum juiz irá (se estivermos errados, ótimo) mandar ofício a associação de moradores de uma favela, ou a uma ONG que realiza um projeto social em um morro ou favela (*Grupo Cultural Afro Reggae, Nós do Morro, Casa da Paz* etc.), para que forneça nomes de pessoas que possam integrar o Conselho de Sentença.O olhar dessas pessoas sobre os fatos da vida é diferenciado. Não será um olhar estigmatizador,preconceituoso ou excludente. Será o olhar da diferença, do respeito ao próximo, o olhar da inclusão social. É isso oque se quer no Tribunal do Júri? Claro que não. Então essas pessoas não serão chamadas. (2019, p. 182)

Os artigos 426 e 427 do Código de Processo Penal tratam acerca do desaforamento, que nada mais é a transferência do julgamento para a comarca mais próxima, devido a imparcialidade do Conselho de Sentença quando estiver comprometida, ou por questão de ordem pública, ou até mesmo pela segurança pessoal do acusado.

A pauta de julgamento será organizada dando preferência para os acusados presos, dentre os presos, os que estiverem há mais tempo na prisão e havendo igualdade, os que primeiro foram pronunciados (artigo 429 do CPP).

Depois de decidida a pauta, será realizado o sorteio dos 25 (vinte e cinco) jurados que possivelmente participarão da sessão de julgamento. Deste sorteio poderá acompanhar o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública. De acordo com o artigo 434 do CPP, os jurados que forem sorteados serão convocados por correio ou qualquer outro meio hábil, para comparecer na reunião, sob as penas das leis.

A composição do Tribunal do Júri está prevista a partir do artigo 447 do Código Processual Penal o qual a aduz que o tribunal é composto pelo juiz presidente e pelos 7 jurados dentre aqueles 25 convocados para aquela sessão de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

julgamento. Os arts. 448 e 449 ambos do CPP trazem os impedimentos para o exercício da função de jurado.

No dia da sessão de instrução e julgamento, antes da constituição do Conselho de Sentença, o juiz presidente deliberará sobre os casos de isenção e despensa dos jurados e pedidos de adiamento de julgamento, conforme o artigo 454 do CPP, bem como preleciona o artigo 460 que as testemunhas ficarão recolhidas em lugar que uma não consiga ouvir o depoimento da outra.

Realizada todas as diligências pendentes, o juiz presidente do Tribunal do Júri verificará se na urna contém as 25 cédulas com os nomes dos jurados sorteados e determinará que o oficial faça a chamada nominal deles. Se comparecer no mínimo 15 jurados, o juiz irá declarar abertos os trabalhos, como orienta os artigos 462 e 463 do CPP.

Em seguida, o juiz advertirá os jurados acerca dos impedimentos, suspeição e incompatibilidade, bem como da incomunicabilidade entre eles depois de sorteados para compor o Conselho de Sentença. Examinando a urna se encontra as cédulas nos jurados presentes, passa-se ao sorteio dos 7 jurados que formarão o Conselho de Sentença. Na medida do sorteio, a defesa e a acusação, nessa ordem, poderão recusar até 3 jurados, sem justificação, ou de maneira justificada se houver razões. Tais disposições nos artigos 467 a 468 do CPP.

Conforme o artigo 472 do CPP, formando o Conselho de Sentença, o juiz fará a seguinte advertência aos jurados: "Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça." E os jurados, chamados nominalmente pelo juiz, responderão: "Assim o prometo".

Passado este momento, iniciar-se-á a instrução em plenário prevista nos artigos 473 a 475 do CPP, onde serão tomadas as declarações do ofendido, caso seja possível, a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e defesa e, por último, o interrogatório do acusado. Os jurados poderão formular perguntas que serão feitas por intermédio do juiz ou de forma escrita.

Tendo fim a instrução, terá início os debates, sendo concedida primeiro a palavra ao Ministério Público, após o assistente de acusação e terminada a acusação, terá a palavra a defesa. O parágrafo 4º do artigo 476 do CPP, prevê a replica pela acusação e a tréplica pela defesa. E o artigo 477 do mesmo diploma legal traz o tempo de uma hora e meia para acusação e defesa e uma hora para réplica e tréplica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O artigo 478 do CPP aduz em relação ao que as partes não poderão fazer referência*, in verbis:*

> Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pele Lei 11.689/2008)
>
> I- à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (incluído pela Lei 11.689/2008)
>
> II- ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. (Incluído pela Lei 11.689/2008)

É proibida pelo artigo 479 do CPP a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tenha sido juntado nos autos com três dias de antecedência, com a ciência da parte contrária.

Encerrados os debates e com a afirmação dos jurados de que estão aptos a julgar, serão eles questionados sobre a matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. O caput do artigo 483 do CPP traz a ordem da denominada quesitação e o parágrafo primeiro do mencionado artigo aduz que se houverem respostas negativas de mais de três jurados nos quesitos I e II importa na absolvição do acusado.

Caso seja afirmativa a resposta de mais de três jurados sobre a materialidade do fato e a autoria e participação, serão indagados se absolve o acusado e decidindo pela condenação o julgamento prossegue.

Depois de realizada a votação, o juiz presidente proferirá a sentença nos moldes do artigo 492 do CPP, nos casos de condenação ou absolvição. Na hipótese de decisão de desclassificação, tratar-se de crime de menor potencial ofensivo poderá o juiz presidente também proferir a sentença, como prevê o parágrafo primeiro do referido artigo. A sentença será lida em plenário pelo juiz e após será encerrada a sessão (artigo 493 do CPP).

Além disso, será lavrada a ata dos trabalhos de cada sessão, devendo constar todos os acontecimentos e deverá ser assinada pelo juiz e pelas partes, em conformidade com os artigos 494 a 496 do Código de Processo Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5 CASOS EM QUE HÁ A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI E DOS VEREDICTOS

Em conformidade com o que vem sendo delineado acima ao longo deste artigo, é certo que o instituto do Tribunal do Júri em sua essência atende, pelo menos em grande parte, o que é proposto na Constituição Federal de 1988; que seja assegurado ao acusado a tutela do seu direito e garantia fundamental da liberdade através do julgamento pelos sete jurados.

Antes de aprofundar na análise dos casos em que se entende haver relatividade da soberania do Tribunal do Júri e dos veredictos é interessante mencionar a diferenciação feita pelo autor Walfredo Cunha Campos entre a soberania do Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos proferidos pelo Conselho de Sentença.

Para o autor a soberania do Tribunal do Júri consiste na submissão ao julgamento dos crimes dolosos contra vida e seus conexos, e caso essa competência seja violada a soberania do tribunal estará comprometida. Já em relação à soberania dos veredictos, está adstrita a não-modificação da decisão por nenhum juiz togado, seja de primeiro e segundo grau, ou superior, devendo qualquer mudança ser emanada de um tribunal igualmente competente.

Em suas lições:

> Interessante diferenciação conceitual lembrada por Renato Brasileiro de Lima citando Frederico Marques é a que se estabelece entre soberania do júri e soberania dos veredictos: soberania do júri é a impossibilidade de outro órgaojudiciário substituir-se ao Júri na decisao de uma causa por ele proferida; soberania dos veredictos, por seu turno, é a proibicao de o juiz presidente proferir uma sentenca que contrarie o que decidido pelos jurados. Em outras palavras, **a soberania do júri se dirige ao Tribunal que, em julgamento de recursos ou acoes de impugnacao (como habeas corpus e revisao criminal), nao pode substituir o Júri nas causas de sua competencia; já a soberania dos veredictos é enderecada ao juiz presidente a quem é vedado contrariar a decisao dos jurados, sentenciando de maneira diversa ao deliberado por eles.** (2017. Disponível em Minha Biblioteca Virtual no site do Ministério Público de Rondônia) (grifo nosso)

Frente a essa diferenciação, resta mais facilitado a compreensão dos próximos parágrafos.

Conforme já explanado no tópico quatro do presente trabalho, o atual procedimento do Tribunal do Júri é escalonado, ou seja, dividido por duas fases, instrução e julgamento. Houve com a reforma do Código de Processo Penal, advinda com a Lei n. 11.689/2008, diversas mudanças no rito do tribunal, procurando deixá-lo mais democrático e de maior compreensão para aplicação pelos juízes brasileiros.

A primeira observação a ser feita, acerca da reforma é com relação à ampliação das possibilidades de absolvição primária no juízo da primeira fase, previstas no artigo 415 do Código de Processo Penal.

Diante dos novos incisos do referido artigo, que confere ao juiz absolver sumariamente o acusado se, "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", há maior discricionariedade de se discutir o mérito da causa, havendo assim certa contradição ao preceito constitucional da soberania do tribunal, no que tange a sua competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida.

Ora, como é sabido, cabe ao Conselho de Sentença, na segunda fase do procedimento do júri, analisar e julgar a matéria fática do processo. Todavia essa atribuição foi usurpada dos jurados, quando na primeira fase o juiz decide, face ao pedido proclamado pela defesa, por absolver sumariamente o acusado, sem que ele seja submetido ao julgamento pelo júri.

Em outras palavras, o juiz ao proferir a sentença de absolvição sumária exorbita, a nosso ver, os limites a ele impostos pelo legislador constitucional, vez que realiza julgamento da matéria fática, ou seja, do crime, o qual não é competente a fazer.

Parcela da doutrina parte do princípio de que o juiz singular na primeira fase, exerce o papel de filtrar os casos que necessariamente deverão ser submetidos a sessão de julgamento. Todavia indaga-se o seguinte: não deveria ser os setes jurados competentes para analisar se o acusado merece ou não ser absolvido sumariamente e para que isso aconteça, não deveriam participar de toda a instrução probatória, da colheita das provas?

Qual a razão de assegurar constitucionalmente a soberania de um Tribunal do Júri e de seus veredictos, se aos jurados lhe são apresentados e impostos a julgamento somente aquilo que um juiz togado entende ser necessário?

Ao nosso entendimento, seria perfeitamente cabível a unificação das duas fases atualmente existentes no procedimento do Tribunal do Júri, ou seja, tornando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

somente uma fase, a qual sejam os jurados submetidos a participarem de todo o procedimento, das colheitas de provas, da oitiva do depoimento das partes, vítima caso seja possível e acusado, para que consigam perceber com clareza a possível oscilação de versões que são contadas ao longo do processo e assim terem base para julgar.

Diferente do que acontece hoje, que o jurado toma conhecimento do fato, no momento da sessão, ficando a mercê do que lhe é apresentado pela acusação e defesa no momento das sustentações orais, e por diversas vezes tomam as suas decisões no momento do calor dos debates.

O autor Paulo Rangel compartilha do mesmo pensamento de que fosse possibilitado aos jurados acompanhar todo o processo. Em suas palavras:

> Se o júri é o juiz natural da causa, os jurados devem ter o direito à produção de toda a prova em plenário e não como hoje ocorre, em que as partes dispensam a oitiva das testemunhas e reproduzem a leitura dos depoimentos em plenário, quebrando a fidelidade dos depoimentos. **O ideal de colheita de provas seria se os jurados pudessem acompanhar todo o processo, desde o seu nascedouro até o plenário**, para irem formando seu convencimento com o contato direto com as provas, pois quando chegassem em plenário, no dia do julgamento, já estariam com um panorama probatório idealizado dependendo apenas da sustentação técnica das partes. (2018, p.180) (grifo nosso).

O procedimento de envolver os jurados em todas as fases se iguala como é adotado nos Estados Unidos, no sistema jurídico *Common Law.* O júri federal, denominado Grande Júri, tem aplicabilidade na área criminal, nos crimes de maior gravidade, onde os jurados são convocados para o recebimento ou rejeição da denúncia e colheita de provas. Posteriormente, o réu é submetido ao Pequeno Júri onde é realizado o julgamento do crime a ele imputado pela acusação.

O doutrinador Wanderlei José dos Reis, faz interessante apontamentos sobre o Tribunal do Júri nos Estados Unidos, acerca do seu procedimento:

> O Grand Jury tem previsão constitucional na quinta emenda e somente existe para as causas criminais. Na esfera federal a instituição do Grande Júri é obrigatória para os crimes graves, em especial para aqueles apenados com a pena capital, ou outro infamante, o que não ocorre no âmbito da jurisdição estadual. Trata-se de um procedimento sigiloso, composto,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de acordo com as regras de cada Estado, de dezesseis a vinte e três membros, que pode ser convocado para duas finalidades: acusar os possíveis autores de crimes, ou, em outras palavras, receber a acusação feita pelo promotor de justiça (indictment) quando entender serem suficientes as provas apresentadas; ou investigar o possível cometimento de um crime e apresentar a acusação. Em razão de suas funções, o Grand Jury pode ouvir testemunhas, bem como levantar outras provas. Nestes termos, o papel do Grande Júri é desempenhar o judicium accusationis, numa fase preliminar (beforetrial) ao juízo da culpa, de modo que uma acusação a ele submetida será aceita se obtiver um quórum de maioria simples, quando então a causa será submetida ao Pequeno Júri. O Petit Jury, por sua vez, exercendo um juízo de culpa (trial), tem a incumbência de, em procedimento público, julgar o acusado, declarando-o culpado ou inocente, sendo possível, ainda, a recomendação ao juiz presidente da pena a ser aplicada, tal como ocorre em alguns Estados, nos quais havendo a condenação em razão de crime gravíssimo os jurados podem recomendar a aplicação da pena de morte ao condenado. (REIS, 2013)

Frente ao posicionamento de que haja somente uma fase no Tribunal do Júri, talvez surja a indagação com relação a incomunicabilidade dos jurados. Tal previsão não está prevista constitucionalmente, apenas no Código de Processo Penal o que pode perfeitamente ser revista, sem nenhum prejuízo a qualquer das partes do processo.

Avançando nos casos em que se entende haver a relatividade da soberania do Tribunal do Júri, passa-se a análise do crime de aborto praticado pela gestante ou por terceiros com ou sem o seu consentimento, que não são levados a julgamento pelo Júri devido ao fato do Ministério Público oferecer na denúncia a suspensão condicional processo, por força do artigo 89 da Lei n. 9.099/90.

As penas mínimas para os crimes de aborto praticado pela gestante ou com o seu consentimento, é cominado à gestante e para o terceiro que praticou o aborto a pena mínima de um ano. Já para o terceiro que provoque o aborto, sem o consentimento da gestante, a pena mínima é de três anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante da pena mínima de um ano, das condutas previstas no artigo 124 e 126 do Código Penal poderão os seus agentes, se primários e atendidas as condições previstas no artigo 77 do CP, serem beneficiados com a suspensão condicional do processo, de acordo com a previsão do artigo 89 da Lei n. 9099/90, in *verbis*:

> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Todavia, é necessário observar que os crimes de abortos estão dentro do rol dos crimes dolosos contra a vida, por esta razão devem ser submetidos ao rito do procedimento do Tribunal do Júri, independente do *quantum* fixado da sua pena mínima.

Quando o Ministério Público oferece a suspensão do processo e suas respectivas condições, no ato da denúncia acaba por violar a soberania do Tribunal do Júri, vez que o juiz de instrução não é competente para julgar e não é o momento do acusado rejeitar ou aceitar a suspensão.

O correto é propor a suspensão em plenário de julgamento para que os jurados, os quais são competentes para julgar o mérito da causa, possam decidir se a gestante ou o terceiro, quem ali está sendo julgado, faz jus ou não ao recebimento da suspensão condicional do processo pelo crime de aborto praticado, cabendo por fim o acusado aceitar ou não a suspensão do processo.

Evidencia-se o posicionamento acima disposto, com o processo de n. 2012.01.1.158976-4julgadopelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, onde os réus receberam a proposta de suspensão condicional do processo em plenário ofertado pelo Ministério Público, não usurpando assim a competência do Tribunal do Júri.

Seguindo na análise dos casos de relativização, apresenta-se a seguinte indagação: viola a soberania dos veredictos se porventura o Ministério Público recorrer da sentença com base no artigo 593, inciso III do CPP, quando os jurados absolvem o crime conexo contrariamente a prova dos autos?

A resposta em nosso entendimento é não, pelos subsequentes fundamentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para fundamentar o posicionamento de que a apelação criminal ministerial acerca do crime conexo absolvido contrariamente a prova dos autos, com base na aplicação errônea do princípio da consunção, não viola a soberania dos veredictos iremos trabalhar com o seguinte caso hipotético.

O réu é acusado e pronunciado pelo crime de homicídio (art. 121 do CP) em conexão com o crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003). É comprovado durante a instrução processual que acusado não adquiriu a arma de fogo com o objetivo exclusivo de intentar contra a vida da vítima, e sim, que o réu adquiriu a arma de fogo sem as devidas determinações legais muito tempo antes da prática do crime, não havendo desta forma conexão entre os distintos crimes.

O veredicto do Conselho de Sentença é pela condenação pelo homicídio e a absolvição do crime conexo do porte ilegal da arma de fogo, em razão da aplicação do princípio da consunção (o crime meio absorve o crime fim). Ora, absolvição evidentemente contrária a prova dos autos, pois o princípio da consunção não há de ser aplicado no presente caso devido ao fato de não se tratar aqui de crime meio e crime fim e sim de dois crimes praticados em diferentes momentos de consumação.

Diante dessa situação, o recurso por parte do Ministério Público para que a sentença seja reformada em relação ao crime de porte de arma de fogo, com fundamento de ter a sentença sido proferida contrariamente a prova dos autos, não viola o principio da soberania dos veredictos, vez que o MP exerce a função não só de parte do processo, mas também como fiscal da lei, e frente a decisões absurdas é seu dever buscar pela efetiva aplicação da lei.

Além do mais, como já exposto o princípio da soberania dos veredictos não significa que as decisões dos jurados sejam imutáveis e perfeitamente acertadas. Logo é cabível tal recurso, para que o pleito do Ministério Público seja atendido e o réu seja submetido a novo julgamento por júri diverso daquele que proferiu a primeira decisão, para que possivelmente se tenha uma decisão em conformidade com as provas dos autos.

Acerca do tema, colaciona-se o recente julgado abaixo:

> **APELAÇÃO CRIME**. TENTATIVAS DE HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. **CRIMES CONEXOS. PORTE DE ARMA**. RECEPTAÇÃO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO COM BASE NAS ALÍNEAS A , B , C E D DO INCISO III DO ART. 593 DA LEI PROCESSUAL PENAL.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> PRELIMINAR. NULIDADE. ANIMUS NECANDI. MANUTENÇÃO DAS QUALIFICADORAS. CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS DE PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPTAÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME CONTRA A VIDA. INOCORRÊNCIA. **DESÍGNIOS AUTÔNOMOS.** DOSIMETRIA. PENAS REDIMENSIONADAS. [...] b) **Provas concretas no sentido de que ambos os réus estavam portando armas de fogo, de forma autônoma, em momento anterior ao delito de tentativa de homicídio, o que foi devidamente descrito na denúncia, bem como que haviam recebido a arma em momento anterior, demonstrando de forma clara a distinção dos momentos consumativos, sendo inviável a absorção das condutas.**[...]
>
> (TJ-RS - ACR: 70079370409 RS, Relator: Rinez da Trindade, Data de Julgamento: 23/05/2019, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/06/2019)

Outrossim não viola o princípio da soberania dos veredictos e muito menos a soberania do Tribunal do Júri, o recurso interposto pela vítima ou sua família frente a absolvição do réu em plenário contrariamente a provas dos autos, para que seja submetido a novo julgamento.

Nesta hipótese, o acertado é que a apelação seja interposta pelo assistente de acusação já habilitado nos autos, para que se possa buscar a aplicação da sanção penal ao réu que praticou determinado crime contra a vida da vítima.

Entende-se que o direito e garantia a liberdade do réu previsto constitucionalmente, não deve prevalecer frente ao direito da vítima de ter a legislação penal devidamente observada e aplicada em seu caso, para que não surja o sentimento de que a impunidade prevaleça no nosso ordenamento jurídico, bem como tratar-se de medida de justiça.

Além disso, comprovado nos autos a prática delituosa realizada pelo réu, deve ser ele condenado a pagar, dentro das possíveis penas aplicadas pelo Código Penal, pelo mau que causou a outrem. Claro que garantido a plenitude de defesa em seu julgamento, como também previsto na Constituição Brasileira de 1988.

O mesmo não ocorre, quando o Ministério Público recorre da absolvição do acusado em plenário utilizando o fundamento do artigo 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal.

Apesar do Ministério Público atuar como parte do processo e fiscal da ordem jurídica, no momento em que ele em que interpõe apelação em face da sentença

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de absolvição ele não está em prol somente da vítima e sim, principalmente em prol da sociedade, devendo a apelação interposta ser considerada inconstitucional.

Os doutores, Lia Felberg e Rodrigo Felberg, em artigo publicado na revista jurídica online do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, desenvolvem igual posicionamento sob a argumentação de ser o referido recurso exclusivo da defesa e por estar ali previsto em benefício do réu e não contra si. Em suas palavras:

> Doutrina e jurisprudência majoritárias, no entanto, convergem no sentido de que, apesar de soberano**, o veredito dos jurados não é absoluto**. É certo que as decisões dos jurados não podem ser alteradas em relação ao mérito, todavia, se anulada a decisão, outra deve ser proferida, também pelo Tribunal do Júri, o único competente para reavaliar o mérito do caso.Todavia, sustentamos que essa possibilidade admitida pelos Tribunais somente teria fundamento, desde que a inconformidade partisse da defesa. Isto é, se condenado pelo Tribunal do Júri, caberia ao réu, exclusivamente, apelar da decisão com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal**. A apelação pelo Ministério Público com fundamento "na decisão manifestamente contrária à prova dos autos", é inadmissível em face dos princípios constitucionais, eis que se trata de incontestável violação à norma garantidora**.A possibilidade do recurso com esse fundamento é, sem dúvida, exclusiva da defesa, porquanto a soberania da decisão do Conselho de Sentença encontra-se no capítulo "dos direitos e garantias fundamentais", não podendo, evidentemente, militar contra o réu. (2013, p. 7)

Ressalta-se nos casos de revisão criminal, abordado acima como uma exceção ao princípio da soberania dos veredictos, não ferir a soberania do Tribunal do Júri em razão de que a competência do Júri já fora exaurida por ter a sentença transitada em julgado.

Ante o exposto, depreende-se haver nos casos apontados a presença da relatividade da soberania do Tribunal do Júri e dos veredictos emanados pelos jurados que compõe o Conselho de Sentença, e em outros casos a prevalência da soberania constitucional tanto do Tribunal do Júri quanto dos seus veredictos.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por todo o apresentado, conclui-se pela importância ímpar que o instituto do Tribunal do Júri possui, não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas também em todos os outros países que adotam tal procedimento para processar e julgar determinados crimes.

Ressalta-se a peculiaridade do júri ao convocar parcela da sociedade para compor o Conselho de Sentença na sessão de julgamento, materializa e oportuniza aos convocados a exercerem o seu papel de cidadão também no âmbito do judiciário e não só no período de eleições a cada quatro anos.

Ademais, a sentença proferida por sete jurados que estão ali somente com as suas convicções, entende-se ser mais justa do que aquela proferida por um juiz togado que está atrelado e limitado aos ditames legais e com o dever de fundamentar corretamente cada decisão ou sentença que profere.

Com o presente estudo, buscou-se trazer a compreensão mais facilitada do Tribunal do Júri, dos seus princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, bem como acerca do seu bifásico procedimento.

Concluiu-se pela presença da relatividade da soberania do Tribunal do Júri nos casos de absolvição sumária pelo juiz na fase de instrução, o qual ao analisar a matéria fática não o é competente fazer.

E para que a relatividade neste caso deixe de existir, a possível exclusão da primeira fase passando o procedimento ter somente uma fase, onde aos jurados fosse oportunizado participar de todo processo, para que analisando todas as provas, seja, documentais, periciais ou testemunhais desde o início do processo, para que a sua decisão seja formada ao longo do período de instrução até o momento do julgamento, acredita-se que os veredictos emanados pelo Conselho de Sentença seriam mais justos e coerentes com a realidade processual do que acontece atualmente.

Fora também delineado com relação a suspensão condicional nos crimes de aborto, onde a proposta que é ofertada no ato do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, sendo que se aceita pelo réu, ele não será levado a julgamento pelo Júri. Entende-se que nestes casos, também há a relativização da competência do Tribunal do Júri, vez que o crime de aborto está dentro do rol taxativo dos crimes dolosos contra a vida, e que eventual suspensão do processo deveria ser oferecida na sessão de julgamento, sob o aval dos jurados que são os competentes para analisar o mérito da causa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De outro giro, concluiu-se pela não existência da relatividade da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, nos casos em que o Ministério Público recorre da absolvição do crime conexo, em razão da decisão ser contrária a prova dos autos, bem como a aplicação errônea por parte dos jurados do princípio da consunção, devido ao fato de restar demonstrado momentos distintos da consumados dos crimes ali postos em julgamento.

Da mesma maneira, não violar a soberania dos veredictos dos jurados nos casos de absolvição do crime doloso contra a vida, contrária a prova dos autos, nos casos de interposição do recurso de apelação pela vítima ou sua família, através do assistente de acusação, por se tratar de medida de justiça a possibilidade do réu ser condenado, se submetido a novo julgamento. O direito da vítima (ou de sua família) de ver a justiça ser aplicada no seu caso deve prevalecer frente ao direito de liberdade do réu.

O mesmo não ocorre caso o Ministério Público recorra da sentença de absolvição em plenário com o fundamento de ser ela contrária a prova dos autos. Nesta hipótese o *Parquet* não está somente em favor dos interesses da vítima, e sim da sociedade como um todo. Indaga-se se a família não configura como sociedade? Sim, é parcela da sociedade que apresenta naquele determinado processo sentimento íntimo e subjetivo que o réu seja condenado, diferente do restante da sociedade que vê com certo repúdio o que aconteceu mas que não possui qualquer envolvimento pessoal.

E é por esse motivo, que o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público frente a uma absolvição em plenário de julgamento violaria a soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, pois ele estará em prol da sociedade.

Portanto, o raciocínio aqui delineado não é pela exclusão do Tribunal do Júri do ordenamento jurídico, mas foi delinear que em algumas situações é possível que haja a relatividade do Tribunal do Júri e de seus veredictos, a qual possui status constitucional, e em outras hipóteses que não há a relativização da soberania mesmo que apontada por muitos.

É deveras importante os tópicos apontados neste artigo, devido ao fato de que os crimes que são submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri são os dolosos contra a vida e em qualquer ramo do direito, seja penal ou civil, todos vão se posicionar a favor da vida e tentar rechaçar, repreender e punir todo aquele que intentar contra a vida de outrem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Devendo então, o Tribunal do Júri ser mantido a sua previsão no ordenamento jurídico e melhorado nos pontos que foram expostos no decorrer deste artigo.

REFERÊNCIAS

BARDARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. Casa Civil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Ed. Administrativa do Senado, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www. planalto.casacivil.gov.br>. Acesso em: 25/10/2019;

BRASIL. Código Penal. **Decreto Lei nº2848 de 07 de dezembro de 1940**. In: Vade Mecum JusPodivm: 2019. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p.471-550;

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1942**. In: Vade Mecum JusPodivm: 2019. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p.551-624;

BRASIL. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. In: Vade Mecum JusPodivm: 2019. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p.1508-1512;

BRASIL. TJ-RS - ACR: 70079370409 RS, Relator: Rinez da Trindade, Data de Julgamento: 23/05/2019, **Terceira Câmara Criminal**, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/06/2019. Disponível em: < https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719060604/apelacao-crime-acr-70079370409-rs?ref=topic_feed>. Acesso em: 28/10/2019;

BRASIL. STJ – AgRg no AREsp: 480148 PE 2014/0040772-2, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 10/06/2014, T-5 – **Quinta Turma**, Data de Publicação: DJe 17/06/2014. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25126379/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-480148-pe-2014-0040772-2-stj/relatorio-e-voto-25126381?ref=serp>. Acesso em: 18/10/2019;

CAMPOS, Walfredo Cunha.**Tribunal do júri: teoria e prática**. 4. ed. Sao Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: Minha Biblioteca Virtual no site do Ministério Público de Rondônia. Acesso em 03/05/2018;

ESTEFAM, André. **O novo júri, lei n. 11.689/2008**. 2ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2008;

FELBEG, Rodrigo e Lia. A soberania dos vereditos e a inconstitucionalidade da apelação pelo Ministério Público com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. **Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/tribunavirtual/artigo/25-A-soberania-dos-vereditos-e-a-inconstitucionalidade-da-apelacao-pelo-Ministerio-Publico-com-fundamento-no-art.-593,-III,-d,-do-Codigo-de-Processo-Penal>. Acesso em: 31/10/2019;**

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAGNA CARTA 1215. Disponível em:<http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em 31/08/2019;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2000. São Paulo: Atlas. 2003;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

PACELLI, Eugênio.**Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018;

REIS, Wanderlei José dos.**O júri no Brasil e nos Estados Unidos. Algumas considerações**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23474>. Acesso em: 26/10/ 2019;

TÁVORA e ALENCAR, Nestor, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado: volume I e II**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

www.conteudojuridico.com.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

CAIO NUNES DE BARROS: Pós-graduado em Direito Constitucional pela universidade Anhanguera-Uniderp.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a ação civil pública, seu objeto, sua função primordial de proteção de direitos metaindividuais e o papel que representa no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Ação civil pública. Tutela coletiva. Direitos Metaindividuais. Direitos difusos. Direitos coletivos. Direitos individuais homogêneos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. 3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL. 4. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS. 4.1 DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. 4.2 DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL. 4.3 DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. 4.4 DA PROTEÇÃO A CATEGORIAS DE PESSOAS ESPECIALMENTE PROTEGIDAS PELA CONSTITUIÇÃO. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O direito privado e o processo civil tradicional adquiriram, com a estruturação do estado burguês e a influência das concepções positivistas, uma matriz marcadamente individualista. O direito pautado pela certeza jurídica e sistematização dos atos, impunha, pois, duas características centrais: a) determinação subjetiva, ou seja, definição precisa dos legitimados ativo e passivo para compor os polos da relação processual; e b) fluidez objetiva, isto é, clareza nos limites de aplicabilidade das normas, para a consecução dos ideais de cientificidade, uniformidade e a máxima da segurança jurídica.

Entretanto, as condições econômicas e sociais que engendraram o direito já não são mais as mesmas. O capitalismo avançado estabeleceu uma nova ordem social baseada na sociedade de massas e na reprodução generalizada de atos e comportamentos, de modo que determinados direitos só podem ser garantidos, efetivamente, de forma difusa, abrindo caminho para a estruturação da tutela coletiva. O direito dos consumidores, ao meio ambiente, à saúde, à educação, enfim, os direitos metaindividuais restaram amparados a partir da introdução dessas novas modalidades de ações na legislação brasileira, somadas a uma profunda alteração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de paradigmas, revolucionando conceitos dentre eles a clássica legitimação ordinária e o efeito *inter partes* da coisa julgada.

Com efeito, a legitimação ordinária, com sua máxima prevista no artigo 18 do Código de Processo Civil, aborda de forma clara a tendência individualista ao estabelecer que "Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio". A própria concepção maculada de que cada um deve postular em juízo em defesa do seu direito teve significativas alterações com a inclusão das ações coletivas, cuja fruição seria totalmente incompatível com tais restrições. Optou o legislador, nesse sentido, pela possibilidade de algumas pessoas, entes públicos ou privados, representarem alguma coletividade. Nessa toada, também não seria compatível com a tutela de tais direitos os limites clássicos conferidos à coisa julgada, restando ampliada a sua fluidez objetiva para aplicar-se a todos os titulares do direito.

Como são muitos os envolvidos e, portanto, legitimamente aptos a entrar em juízo para pleitear os direitos ditos transindividuais, o caminho encontrado pelo ordenamento jurídico brasileiro foi conceber a ação civil pública como instrumento para apresentar demandas coletivas em juízo. As ações coletivas permitem não só a tutela adequada desses direitos, como também garantem a higidez do sistema judiciário e a própria celeridade do processo judicial, pois evitam a excessiva multiplicação de ações capazes de sobrecarregar o judiciário. Sobre as vantagens da tutela jurisdicional coletiva assevera Pedro Lenza:

> "Muitas vezes a ação individual mostra-se inapropriada, do ponto de vista econômico, para se pretender uma tutela jurisdicional adequada, bem como o autor individual vê-se intimidado diante da grandeza da parte contrária em contraposição à sua pretensão diminuta"[1]

A ação civil pública, então, em primeiro momento, foi concebida como aquela cujo titular ativo seria uma parte pública, no caso, o Ministério Público, daí, inclusive, acredita-se ter advindo a denominação com o nome "pública" ao final. Contudo, com a edição da lei n. 7.347/85 trazendo a ampliação dos legitimados ativos para além do Ministério Público e dos entes públicos, essa denominação começou a proporcionar problemas de ordem didática.

Alguns autores entendem ser o termo redundante, visto que, em regra, toda ação é pública, outros, como Ada Pelegrini e Jose Marcelo Vigilar consideram o termo impróprio, uma vez que a titularidade da ação não é exclusiva de instituições públicas. Todavia, como bem afirma Geisa de Assis Rodrigues, a ação civil pública, por óbvio, não é mais aquela legitimada exclusivamente por uma parte pública,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"mas aquele instrumento processual idôneo para a tutela de interesses da coletividade, portanto, o que a qualifica como pública é o tipo de interesse em questão"[2].

De inspiração no instituto das *class actions* norte-americanas, a Lei da Ação Civil Pública (LACP) n. 7347/85, embora não tenha inaugurado a tutela coletiva no Brasil, em vista das disposições da Lei de Ação Popular que lhe antecede, certamente foi responsável pelo aprofundamento e sistematização do tema no direito brasileiro. Em 1988, ganhou contornos constitucionais a partir da sua previsão expressa no art. 129, III, no capítulo das 'funções inerentes à justiça', concernente às atribuições institucionais do Ministério Público. Erigida a valor constitucional, a tutela dos direitos transindividuais ganhou dimensões mais relevantes, impondo limites ao legislador infraconstitucional quanto à abordagem da defesa de direitos através da ACP.

2. OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A ação civil pública foi inicialmente concebida para tutela de interesses difusos e coletivos determinados pela LACP, quais sejam, a proteção do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com as inovações trazidas pelo Código de defesa do consumidor de 1990, ampliou-se a sua abrangência para a defesa de qualquer outro interesse difuso e coletivo, além de incluir os interesses individuais homogêneos.

Por **interesses ou direitos difusos** entende-se, a partir de sua conceituação presente no CDC: "os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Mauro Cappeletti os define como "interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor". De fato, direitos difusos são aqueles de difícil efetivação quando tomados sob uma perspectiva individualista, são direitos metaindividuais em essência, pois somente quando vistos a partir do aspecto da coletividade são passíveis de produzir efeitos favoráveis a todos.

Segundo Pedro Lenza, os interesses difusos são marcados essencialmente pela difícil determinação dos sujeitos afetados e indivisibilidade do objeto[3]. O que une os sujeitos afetados, nesse caso, são circunstâncias de fato conexas e não um vinculo fático-jurídico preciso, a lesão ao grupo não decorrerá da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante.[4]

Já os **interesses coletivos**, de acordo com o art. 81, II do CDC, são "os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em outras palavras, eles vão além dos interesses pessoais dos integrantes de um grupo, classe ou categoria de pessoas, advêm, outrossim, de um vínculo jurídico base, comum a todos os participantes, representando o grupo de forma coesa e específica. Pressupõe, portanto, a possibilidade de identificação dos sujeitos interessados e indivisibilidade interna de forma a assegurar a consecução do interesse coletivo.

Por outro lado, tem-se a última das categorias de interesses tutelados em sede de ação civil pública, os **interesses individuais homogêneos.** Essa novidade trazida pela edição da lei 8.078/90, entendida como os decorrente de origem comum, não são interesses coletivos em si, como os dois primeiros, são coletivos apenas em relação à sua forma, e não em essência. Sobre esse aspecto, Carlos Henrique B. Leite ministra:

> "os interesses do grupo, da classe ou da categoria são transindividuais e indivisíveis por natureza. Já os interesses individuais homogêneos não são materialmente transindividuais, embora processualmente o sejam, isto é, os interesses individuais homogêneos são metaindividuais apenas na forma empregada para a sua defesa em juízo. [5]

Apesar da semelhança, a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos jamais pode ser confundida com o litisconsórcio ativo posto que na primeira a legitimidade ad causam é de instituições ou entes juridicamente coletivos como o Ministério Público e as associações civis, ao passo que no litisconsórcio ativo a ação é proposta pelos próprios titulares do direito. Também de forma diferente, tem-se a extensão da coisa julgada, enquanto na primeira a procedência do pedido trará efeito *erga omnes*, na segunda será coisa julgada *inter partes*.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Além de constar expressamente na Constituição Federal como instrumento de competência do Ministério Público, para muitos constitucionalistas como Celso Ribeiro Bastos[6] a ACP encontra-se implicitamente prevista no Titulo II da Constituição, dos Direitos e Garantias Fundamentais. Sua previsão, tanto constitucional como infraconstitucional, ampliada a partir das suas últimas modificações para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de qualquer espécie, salvo algumas exceções previstas em lei, conferem-lhe a garantia fundamental de defesa dos direitos metaindividuais, análoga ao da ação popular (art. 5, LXXIII da CF).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sobre esse tema, Carlos Henrique B. Leite ensina:

> "Com a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a ação civil pública foi guindada à categoria de garantia instrumental fundamental, ampliando-se consideravelmente o seu objeto não apenas para a reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens referidos no parágrafo anterior, mas também para 'a proteção do patrimônio público e social' e 'de outros interesses difusos e coletivos'(CF, art. 129, III). "[7]

Nesse sentido, a tutela de direitos transindividuais através da ação civil pública ganhou contornos mais relevantes a partir da sua constitucionalização, representando a um só tempo uma garantia constitucional e uma forma de tutelar direitos constitucionais.

4. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

4.1 Da Proteção ao Meio Ambiente

> Constituição Federal, art. 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

A Carta Magna, ao proteger o bem relativo ao meio ambiente no título da Constituição que trata da Ordem Social, demonstrou a preocupação do legislador em definir o meio ambiente como um bem comum do povo, que assim deve ser protegido, já que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição de 1988 ao reconhecer a importância das questões ambientais para o equilíbrio da vida em sociedade, insere-as no sistema global dos direitos humanos, embora não esteja prevista no título 'dos direitos e garantias fundamentais'. A partir de 1988, com a elevação do bem relativo ao meio ambiente à categoria de direito constitucional, foi garantida a utilização de meios mais severos e amplos para sua proteção.

Uma dessas formas de tutelar o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é exatamente a ação civil pública, desde a sua configuração inicial no ordenamento jurídico brasileiro através da lei 7.347/85. Com relação aos danos causados ao meio ambiente, o objeto da ação pode, ainda, se desdobrar em dois efeitos, o primeiro seria a condenação pela reparação do dano,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e o outro seria o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer, dependendo do caso em concreto, associado à possibilidade de concessão das tutelas de emergência.

> EMENTA: ACAO CIVIL PUBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE CAUSADOS PELO DEPOSITO DE LIXO EM LOCAL INAPROPRIADO. PREJUIZOS COMPROVADOS, ACAO PROCEDENTE. Constatada a existência de prejuízos ao meio ambiente causados pelo deposito irregular de lixo em local inapropriado, sem que para tanto providenciasse o município responsável autorização pelas autoridades ambientais competentes, agindo contrariamente às orientações por elas determinadas, plenamente admissível, alem de inevitável, a sua condenação como agente poluidor, a reparação da área degradada e pagamento de indenização dos danos já causados, a serem apurados em liquidação. Redução, porem, da multa cominada. APELACAO IMPROVIDA. SENTENCA PARCIALMENTE REFORMADA. (APC Nº 70000026625, Terceira Câmara Cível , TJRS, Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 14/10/1999)

4.2 Da Proteção ao Patrimônio Cultural

> Constituição Federal, art. 216: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.
>
> (...)
>
> § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.
>
> (...)
>
> § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme já explicitado, a Lei de Ação Civil Pública tem por finalidade a tutela de alguns direitos difusos e coletivos como a proteção do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, esses últimos configurando, por certo, o patrimônio publico cultural brasileiro. A proteção do Patrimônio Cultural, portanto, pode ser buscada via ACP, por intermédio dos legitimados enumerados no art. 5º da Lei nº 7.347/85, com a posterior inclusão da Defensoria Pública (Lei nº 11.448/2007).

A preservação do patrimônio cultural brasileiro, a teor do parágrafo 1º do art. 216 da CF/88, é responsabilidade não só do Poder Público mas também de toda a sociedade. Sobre esse aspecto, julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO CULTURAL. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PELA VIA JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 216, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural - artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico - ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa **é possível também pela via judicial, através de ação popular e ação civil pública**, uma vez que a Constituição estabelece que "o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação." (art. 216, § 1º). (TJSC - Apelação cível n. 97.001063-0, de Criciúma. Relator: Des. Silveira Lenzi. J. 24/08/1999)

4.3 Da proteção do patrimônio Público

Muitos autores consideram interesse difuso da sociedade a boa gestão do erário público, podendo, pois, ser tutelada através de ACP. Consta, inclusive, tal disposição no rol de funções institucionais do Ministério Público:

> Art. 129, III, da CF: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do **patrimônio público e social**, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Em acepção ampla, o patrimônio público engloba o conjunto de bens e direitos que pertencem a todos e não a um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, de modo que é papel da coletividade defendê-lo e preservá-lo, em toda sua amplitude.

A defesa do patrimônio público e da probidade administrativa são, nesse contexto, passíveis de tutela por ações civis públicas. Os pedidos de anulação de atos lesivos ao erário e de ressarcimento realmente são objetos da ação popular, contudo, não há incompatibilidade entre ela e a ACP, ambas podem conviver na proteção do patrimônio público.

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Arresto de bens – **O Ministério Público tem legitimidade para o exercício da ação civil pública (Lei 7.347/85), visando reparação de danos ao erário causados por atos de improbidade administrativa** tipificados na Lei 8.429/92. A teor da Lei 7.347/85 (artigo 12), o arresto de bens pertencentes a pessoas acusadas de improbidade pode ser ordenado nos autos do processo principal. (STJ – Ac. Unân. da 1ª Turma, publicado em 8-5-2000 – Resp. 199.478-MG – Rel. Des. Gomes de Barros – Ministério Público do Estado de Minas Gerais x Wanilza das Dores Antunes Specht – Adv. Karl Siegfried Valentin Specht).

4.4 Da proteção a categorias de pessoas especialmente protegidas pela constituição

Além do meio ambiente e do patrimônio cultural, a ação civil pública pode tutelar vários direitos amparados pela Constituição, além de garantir a categorias de pessoas proteção específica. Por categorias de pessoas especialmente protegidas pela Constituição, tem-se, dentre outros, os consumidores, as crianças, adolescentes e idosos.

O Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso todos compõem o microssistema das tutelas coletivas, com previsões expressas no sentindo da proteção de direitos metaindividuais.

São muitos os direitos constitucionais que podem ser amparados pela ACP. O requisito, portanto, para a sua tutela, não encontra-se na origem legislativa dos direitos, seja ele Constitucional ou infraconstitucional, o que é realmente levado em consideração, nesse caso, é a presença de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

5. CONCLUSÃO

No Brasil, não é rara a violação a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive pelo Poder Público. As características desses direitos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interesses tornam impraticável a tutela individual, sob pena de por em risco até mesmo a efetividade das prestações jurisdicionais pela sobrecarga do Poder Judiciário. As ações coletivas, incluindo as ações civis públicas, advêm exatamente dessa necessidade institucional de ampliar a abrangência das decisões judiciais para solucionar as chamadas lides multitudinárias.

Na defesa judicial desses direitos, além das hipóteses expressamente previstas e lei, qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo pode ser tutelado pela ACP, advindos de preceitos constitucionais ou presente nas demais legislações. Sobre a ação civil pública, conclui Rodolfo de Camargo Mancuso:

> "A rigor, a ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela de interesses difusos que se não confundem com os "coletivos" nem com o "interesse público", de outra parte, ela não é "pública" porque o MP seja a "parte pública" que pode promovê-la a par de outros co-legitimados, mas sim porque apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo "limbo jurídico".[8]

Dada a importância social e jurídica, as referidas modalidades de ações coletivas foram erigidas a valores constitucionais. Não é possível pensar o direito contemporâneo sem a adequada previsão de mecanismos processuais para solução de problemas típicos das sociedades de massa.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legislação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROCHA, João Carlos de Carvalho; FILHO, Tarcisio Humberto Parreiras Henriques; CAZETTA, Ubiratan (coordenadores). **Ação Civil Publica.** Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores.** 2 ed. São Paulo: RT, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

---

[1] LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2003, p. 24-25.

[2] ROCHA, João Carlos de Carvalho; FILHO, Tarcisio Humberto Parreiras Henriques; CAZETTA, Ubiratan (coordenadores). **Ação Civil Publica.** Del Rey: Belo Horizonte, 2006. p. 38

[3] "[...] transindividualidade real ou essencial ampla; indeterminação dos seus sujeitos; indivisibilidade ampla e indisponibilidade; vínculo meramente de fato a unir os sujeitos; ausência de unanimidade social; organização possível, mas sempre subotimal reparabilidade indireta."

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p 69-70.

[4] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 51

[5] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legislação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p. 60

[6] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

[7] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legislação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p. 91

[8] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores.** 2 ed. São Paulo: RT, 1992. p. 20.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 938 de 28/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POSTGRADO DE INVESTIGACIÓN

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Doctorando: **EDISIO DE SOUSA LIMA**

N° de legajo:

TÍTULO DE TESIS: ***"EDUCACIÓN FISCAL TRIBUTÁRIA, POLITIZACIÓN Y CONTROL DEL FISCO: UNA NUEVA PERSPECTIVA DE PROMOCIÓN SOCIAL Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN"***

DIRECTOR DE TESIS: PROFESOR DR. JORGE H. SCHIJMAN

A R G E N T I N A

B U E N O S A I R E S

2 0 1 6

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

“La responsabilidad por los hechos, ideas o doctrinas en esta tesis, corresponde exclusivamente a su autor”

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

HOJA DE APROBACIÓN

Autor:

Edisio de Sousa Lima

Banca Examinadora

Prof(a) Dr(a) Balestra, Ricardo

Prof(a) Dr(a) Fernandez, Emilio

Prof(a) Dr(a)Maida, María

Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires/Argentina,

_____de_____de 2017.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

AGRADECIMENTOS

A Dios, credor de la vida, responsable por mi existencia, y por darme entusiasmo y ánimo para realizar ésta obra.

A mi esposa María Lucía de Sousa Lima y a mis hijos, Joana Emille de Sousa Lima, Leandro de Sousa lima y Joao Emanuel de Sousa Lima por todos los momentos esenciales que pasamos unidos y fuertes, y por tener propiciado una vida abundantemente feliz.

A mi querida hermana, María da Penha de Sousa Lima que me alento a seguir em este camino, con emocionante final, final que se convierte em nuevos caminos a recorrer.

A mi querida e inolvidable maestra, María Oli de Lima, *in memoriam*.

Al profesor Doctor Schijman, por aceptar la árdua tarea de orientación, por su inmenso apoyo, dedicación y paciencia celosa, prestada en la realización de la pesquisa desarrollada.

A la UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAl ARGENTINO (UMSA), que me recibió como un hijo, proporcionando momentos inolvidables en mi vida.

I N D I C E

PALABRAS CLAVES

RESUMEN. RESUMO.

ABSTRACT.

CAPÍTULO 1°: NOCIONES GENERALES DEL TRIBUTO. CAPÍTULO 2°:

CIUDADANÍA FISCAL.

CAPÍTULOS 3°: EDUCACIÓN FISCAL: UN DESAFÍO SOCIAL. CAPÍTULO 4°:

RETENCIÓN FISCAL Y CORRUPCIÓN.

CAPÍTULO 5°: DEBATES CONTEMPORÁNEOS SOBRE EL

MUNDO FISCAL.

CAPÍTULO 6°: TRIBUTACIÓN EN ARGENTINA.

CAPÍTULO 7°: CONSIDERACIONES FINALES.

BIBLIOGRAFÍA.

DICCIONARIOS. REVISTAS

JURÍDICAS.

PALABRAS CLAVES

Entre las palabras claves que debemos señalar, ubicamos: Administración, compromiso, contribuyente, corrupción, cultura, desigualdad, dignidad, economía, educación, eficacia, equidad, equilibrio, estrategias, fisco, gestión, imposición, impuestos, intereses, investigación, insurrección, necesidades, planificación, presión, progresivos, proporcionalidad, política, recaudación, recursos, responsabilidad, soberano, sociedad, solidaridad, tributación, valores.

R E S U M E N

Los tiempos actuales nos muestra que la Administración Pública de los Estados, necesitan de más y mejores fórmulas y sistemas en el campo tributário, a fin de cumplir con las necesidades de un Estado que se considere moderno, republicano y democrático, a saber: desde lo social, lo educacional, la salud, la justicia, la seguridad, etc.

La educación fiscal, es una relevante herramienta para mejorar y superar el cumplimiento de las demandas de sus necesidades.

En la República Federativa de Brasil, a los efectos de mejorar y ampliar el valor y la repercusión social de la aplicación tributaria, y su impacto en la vida de la comunidad, se crea el Programa Nacional de Educación Fiscal (PNEF).

La concientización de la cuantía de la educación fiscal, es un aspecto de suma importancia ante los avatares e insuficiencias sociales de hoy en día.

Resido en el Municipio de Crato, en el interior del Estado de Ceará, en la República Federativa de Brasil, encontrándose próxima de Araripe, en el extremo sur del territorio, y de la micro-región de Cariri, donde cada vez se necesita una mayor eficacia impositiva.

Crato es una ciudad situada en el Cariri Cearense, conocido en el espectro territorial como el "Oasis of the Wild" por las condiciones climáticas, que de acuerdo a datos del IBGE – 2015 tiene una población de 128.680 habitantes, donde la principal actividad económica es la comercial con una industria de cerámica y servicios donde se concentra el 68,8 % de su Producto Bruto Interno (PBI – Municipal), el del sector industrial el 27,6 % y el agrícola es del 3,6 % del PIB – Municipal.

Es muy importante una nueva perspectiva de Administración Tributária, contribuyendo a buscar una solvente Administración Pública en mi país, Brasil, más republicano y democrático; con servicios públicos más eficientes, un Estado Social más presente, y una sociedad que acompaña en un contexto de solidaridad fiscal.

La presente investigación transita por éstos campos, donde la educación tributária, el comportamiento fiscal, las actitudes tributárias, especialmente de los jóvenes en las escuelas, en las actividades educativas, y en la ciudadanía en general, valora el compromiso de asumir nuestras responsabilidades impositivas.

R E S U M O

Os tempos atuais mostra que a Administração Pública dos Estados, precisamos de mais e melhores fórmulas e sistemas no domínio fiscal, a fim de atender às necessidades de um estado que é considerado moderno, republicano e democrático, ou seja, a partir da sociais, educacionais, saúde, justiça, segurança, etc.

Educação tributária é uma ferramenta importante para melhorar

e superar a conformidade com as exigências de suas necessidades.

Na República Federal do Brasil, com a finalidade de melhorar e expandir o valor eo impacto social da aplicação de impostos, e seu impacto sobre a vida da comunidade, o Programa de Educação Fiscal Nacional (PNEF) é criado.

A consciência da quantidade de educação fiscal é um aspecto muito importante para os avatares e inadequações sociais de hoje.

Eu vivo no município de Crato, no interior do Estado do Ceará, na República Federativa do Brasil, estar ao lado Araripe, no extremo sul do território, e micro-região do Cariri, que cada vez precisa de mais do eficiência fiscal.

Crato é uma cidade localizada no Cariri Cearense, conhecido no espectro territorial como o "Oasis of the Wild" pelas condições climáticas, de acordo com dados do IBGE - 2015 tem uma população de 128,680 habitantes, onde a principal atividade econômica é comércio com a indústria cerâmica e serviços, onde 68,8% de seu Produto Interno Bruto (PIB - Municipal) está concentrada, o setor industrial 27,6% ea agricultura 3,6% do PIB - Municipal .

É muito importante uma nova perspectiva de Administração Tributária, ajudando a procurar uma Administração Pública solvente no meu país, o Brasil, mais republicana e democrática; serviços mais eficientes públicos, a mais presente Estado social, e uma sociedade que vem em um contexto de solidariedade fiscal.

Esta pesquisa passa por esses campos onde a educação fiscal, o comportamento fiscal, atitudes fiscais, especialmente os jovens nas escolas, em atividades educacionais, e do público em geral aprecia o compromisso de assumir as nossas obrigações fiscais.

A B S T R A C T

The present times shows that the Public Administration of States, need more and better formulas and systems in the tax field, in order to meet the needs of a state that is considered modern, republican and democratic, namely

from the social, educational, health, justice, security, etc.

Tax education is an important tool to improve and overcome compliance with the demands of their needs.

In the Federal Republic of Brazil, for the purpose of improving and expanding the value and social impact of the tax application, and its impact on the life of the community, the National Tax Education Program (PNEF) is created.

Awareness of the amount of tax education is a very important aspect to the avatars and social inadequacies of today.

I live in the municipality of Crato, within the State of Ceará, in the Federative Republic of Brazil, being next Araripe, at the southern end of the territory, and the micro-region of Cariri, which increasingly needs more tax efficiency.

Crato is a town located in the Cariri Cearense, known in the territorial spectrum as the "Oasis of the Wild" by weather conditions, according to IBGE data - 2015 has a population of 128,680 inhabitants, where the main economic activity is trade with ceramic industry and services where 68.8% of its Gross Domestic Product (GDP - Municipal) is concentrated, the industrial sector 27.6% and agriculture 3.6% of GDP - Municipal .

It is very important a new perspective of Tax Administration, helping to seek a solvent Public Administration in my country, Brazil, more republican and democratic; more efficient public services, a more present social state, and a society that comes in a context of fiscal solidarity.

This research goes through these fields where tax education, tax behavior, tax attitudes, especially young people in schools, in educational activities, and the general public appreciates the commitment to take our tax liabilities.

CAPÍTULO 1°:

NOCIONES GENERALES DEL TRIBUTO

El presente capítulo es la apertura de la presente pesquisa, y se presentan conceptos introductorios que guiarán todo el camino a

seguir a través de la investigación.

Cuestiones tales como los impuestos estatales, la política fiscal y la corrupción, se reflexiona firmemente con el fin de proporcionar un conocimiento mayor sobre el tema a profundizar.

1.1 °: CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DE TRIBUTOS:

La creación tributárea ha estado siempre presente en la historia del mundo. Desde la antigüedad, los egipcios y posteriormente en la civilazación griega y romana. Sin embargo, a pesar de la evolución desarrollada a través de los siglos, hoy los impuestos son motivos de insatisfacción y en determinadas situaciones de insurrección.

Se entiende, y se acepta que entre las actividades del Estado, tiene entre sus fines desarrollar y profundizar el bienestar social, y mantener la paz y su seguridad , en consecuencia, necesitan aprovechar los recursos para el mantenimiento y el desarrollo de sus acciones; y dichos recursos se captan a través de impuestos, o sea a través de la obligación de los ciudadanos a cooperar con la entidad soberana.

Se deduce que la imposición de un impuesto es la transferencia de una parte del patrimonio de los ciudadanos a expensas del Estado. Por lo tanto, el Estado tiene derechos y obligaciones de profundizar y mantener el orden social, es decir, instalar y amparar una diversidad de actividades como es un sistema de salud eficiente, la seguridad social, la educación, la seguridad, la justicia, etc.

Asimismo es responsabilidad del Estado, garantizar la dignidad de la persona humana, como sus necesidades y obligaciones públicas, en consecuencia necesita de fondos procedentes de la recaudación de impuestos.

Sobre la dignidad de la persona humana, enseña Ingo Sarlet (2006, p.60): "*Tenemos a la dignidad humana, es intrínseca en su calidad*

y distintivo en cada ser humano, es digno del mismo respeto y consideración por el Estado y la comunidad, lo que implica en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales para asegurar la persona así como cualquier acto de naturaleza degradante e inhumano, a fin de garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable; así como proporcionar y promover su participación activa, y corresponsable en el destino de la existencia y de la vida en comunión con otros seres humanos".

El presupuesto público es el equilibrio de las cuentas públicas, a través del control de los ingresos y gastos.

La principal fuente de ingresos son los impuestos; y los mismos pueden ser definidos como una imposición financiera del Estado de una parte o extracción ciudadana consistente de sus riquezas, que deben aplicarse en las actividades del Estado; su definición se encuentra ampliamente estudiada y desarrollada en la doctrina y en la legislación.

Para los fines de este estudio, podemos señalar en concepto de impuestos, el texto registrado por Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 19), a saber: "*La palabra tributo experiencia de no menos de seis significados diferentes cuando se utiliza en los textos del derecho positivo, en las enseñanzas de la doctrina y las manifestaciones de la jurisprudencia; y ellos son:*

a) "tributo", como suma de dinero;
b) "tributo", como correspondiente beneficio para el deber legal del contribuyente;
c) "tributo", como derecho subjetivo que tiene el sujeto activo;
d) "tributo", como sinónimo de relación jurídica tributaria;
e) "tributo" a gravar norma legal;
f) "tributo" por regla general, los hechos y relaciones jurídicas".

De manera complementaria, podemos señalar la definición de Geraldo Ataliba (2011, p.34), que señala:

"*Legalmente el Tributo, se define como la obligación pecuniaria ex lege (legal), que no se encuadra en la sanción de responsabilidad civil, cuyo sujeto activo,*

es una persona pública (o delegada por ley), y cuyo sujeto pasivo es una persona en cuya situación deriva por la voluntad de la ley, de acuerdo con los diseños constitucionales (explícitas o implícitas). El concepto formulado, contiene también cláusulas de exclusión de obligaciones que constituyen sanciones, a fin de evitar el alcance por ejemplo de multas".

En la ley brasileña, el concepto de pago aparece en el Artículo N° 3 del Código Nacional Tributario (Ley Nº 5.172, de fecha 25 de octubre de 1966), a saber:

"*tributo es todo beneficio de prestación pecuniaria, en efectivo, o el valor de los cuales se puede expresar, que no constituye sanción de un acto ilegal, establecida por la ley y cobrado por la actividad administrativa plenamenete vinculada*".

De ésta forma, y por lo tanto tenemos que señalar que los impuestos tienen diversos tipos de daños y multas, ya que éstos derivan de actos ilegales.

El concepto del tributo está conectado intrínsecamente con el Principio de Legalidad, y ésta noción implica que el origen legislativo que debe explicitar las razones fundamentales para su creación.

Asimismo, es deber de la Administración Pública crear un nuevo impuesto por razones y motivos que llevan a su imposición, de su nominación, en detalle de la incidencia de casos que el Estado puede exigir su pago.

Con relación al Impuesto sobre Vehículos de Motor-IPVA (propietario de un automóvil), cualquier ciudadano que se ajusta a este perfil, debe pagar el impuesto, y corresponde al Estado el deber de exigirlo.

La Constitución Federal Brasileña del año 1988, señala especies fiscales que competen a la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, como también detalla la posibilidad de la una serie de disposiciones

con fundamentos de principios constitucionales.

Esa línea de actividad del Estado, debe en lo posible tener lugar y manifestarse en forma justa y eficiente.

El requisito de impuestos debe observar cuatro principios:
certeza,
equidad,
economía en su recolección,
y comodidad de pago.

El elemento denominado "certeza", establece las normas que establecen los impuestos, y precisamente debe indicar las normas que deben cumplir los contribuyentes, y se debe observar y verificar la fecha y forma de pago.

En la actualidad, es la ley brasileña, la que proporciona la seguridad jurídica de los contribuyentes.

La "equidad" es el estándar por el cual el Estado requiere que los ciudadanos pagan los impuestos en proporción a su capacidad, es decir, en relación a sus ingresos.

La economía del reconocimiento de gravar lo menos posible al contribuyente, requiriendo sólo el mínimo posible para el mantenimiento del Estado.

Se debe tener en consideración, la conveniencia de que el Estado debe observar la mejor manera de cumplir con la obligación del impuesto por el contribuyente.

Como se ha señalado anteriormente, el Estado con su poder derivado de la legalidad y legitimidad, tiene como objetivo el activismo de satisfacer las demandas de la sociedad.

Este poder se llama soberanía, cuya noción se basa en el Estado de Derecho, donde el poder emana del pueblo, y se ejerce por el mandato de sus agentes.

Frente a esta realidad, es que el contexto del Estado, dentro

de su ámbito territorial, y financiados a través de impuestos, se pone a disposición de la sociedad, con el fin de alcanzar el “bien común”.

Para reflexionar sobre como definir al Estado de Derecho, entiendo que es necesario reflexionar sobre las enseñanzas de Joaquim José Gomes Canotilho (2009, p. 56):

> “*En esta perspectiva, el Estado de Derecho se convirtió en un Estado de los Derechos Personales, Políticos y Sociales. Decir que el Estado de Derecho es que regresan al como dimensión esencial de la comunidad política. No es de extrañar, por tanto, su constitucionalización. Son los derechos que en la Constitución, en primer lugar, reciben una dimensión fundamental de la vida comunitaria, que no pueden dejar de ser consagrados en su globalidad (la ley de leyes, o la ley suprema -la Constitución-). Significa, que vale como Derecho Constitucional Superior, los derechos y las libertades obligan al legislador a respetarlos, y observar su núcleo esencial, bajo pena de nulidad de las mismas leyes*”.

De ésta manera, ésta concepción de la soberanía es lo que proporciona el Estado para crear y exigir los impuestos, apropiándose de parte del patrimonio de los ciudadanos, es lo que se denomina “Poder Fiscal”.

De este modo poder tributario surge de la soberanía, y esto se debe a la voluntad abstracta del pueblo, no hay necesidad de hablar de cobranza arbitraria, injusta e ilegal, con el tributo legalmente regulado por el Estado de Derecho en democrácia.

Los impuestos se originan en la ley, y la misma surge por los representantes del pueblo, considerados sus representantes fieles.

Lógicamente, a pesar de la teoría y sus nobles propósitos, lo que puede visualizarse que en países como Brasil y también la República Argentina, que a pesar de su legalidad, hay situaciones que se plantean de una elevada carga fiscal, que hunde a determinados ciudadanos,

generalmente más pobres, donde los fondos recaudados en variadas situaciones están mal aplicados y, a veces negligentemente o de características de malversación.

Así, la Hacienda Fiscal del Estado, utiliza a menudo el aumento de la presión fiscal, con el fin de equilibrar las "cuentas públicas", repercutiendo en un alto costo social, y minando la productividad económica.

Esto no solo sucede países como Argentina o Brasil, podemos también agregar como ejemplo a Portugal.

Veamos lo que añade José Casalta Nabais (2008, p 219.):

"*No se debe abandonar a los contribuyentes a la ferocidad de las autoridades fiscales, lo que ocurrirá seguramente son impuestos que alcanzan un nivel tal que se aproxima a la llamada ley de hierro de impuestos, según la cual el particular debe dejarse a cualquier poder económico potencial* ".

Por otro lado, situaciones como la desigualdad, o la injusticia son cobrados y manifestados en los tributos, es más, ponen al ciudadano en una situación de sumisión al Estado. Teniendo en cuenta ésta realidad, nace la idea de que el mejor impuesto es siempre el más bajo , y que dichas cantidades recaudadas en concepto fiscal, no regresan en forma de servicios públicos de calidad.

Siguiendo ésta línea de pensamiento, es natural para los contribuyentes, que en el momento en que se efectiviza el importe del impuesto, ese dinero se pierde en él, y en el momento en que es utilizado por el aparato estatal, no se advierte su utilidad.

Visualizo que la situación actual de Brasil, la tributación existente perjudica a la sociedad, y que en el Estado se fomenta la corrupción.

En particular, la idea de la recaudación de impuestos es muy poco popular entre los ciudadanos brasileños, y las prácticas evasivas fiscales son muy frecuentes.

Se establece una cultura evasiva de nuestras obligaciones con los fondos públicos, lejos de ser repudiado por la sociedad brasileña. Para alterar esta realidad, hay que cambiar la relación entre los ciudadanos y la Administración Pública, se debe cambiar la conciencia colectiva y en especial modificar la apreciación del concepto de la contribución fiscal.

Este cambio de visión tiene que apuntar al tributo como un elemento fundamental del activismo del Estado como medio de intervención en la economía y la herramienta fundamental de la redistribución de los ingresos entre los gobernados; es decir, el impuesto no debe ser visto como un sacrificio perdido, sino como un deber cívico, y de fines eficientes.

Desde ésta perspectiva, podemos señalar las lecciones de José Casalta Nabais (2008, P.679), a saber:

> "*Como un deber fundamental, el impuesto no puede considerarse como un simple poder al Estado, no sólo como un sacrificio de los ciudadanos, sino que son la contribución indispensable a una comunidad organizada en el estado fiscal. Una clase de de Estado que tiene la subsidiariedad de su propia acción (económica y social), y la primacía de la auto-responsabilidad de los ciudadanos su verdadero apoyo. Por lo tanto no se puede hablar de una (supuesta) derecho fundamental de no pagar impuestos*".

En muchos países desarrollados, la evasión impositica y la práctica de corrupción, son repudiados y cada vez menos tolerados por la población en general, pero estimo que en Brasil los evasores continúan operando casi con total libertad.

En ésta área tenemos que mostrar una más elevada educación tributaria, mayor compromiso de las autoridades fiscales y del contribuyente, mayor transparencia en el sistema fiscal, y que respete la cosa pública.

Hay que aceptar contribuir con el fisco, sin temor a represalias y al castigo por la entidad estatal, y mayor claridad de la Administración Pública, y el respeto de la cosa pública.

Se entiende que los propios ciudadanos, fundamentado en el propio contrato social, el Estado crea y establece su fuente de ingresos, por lo que la negación de impuestos es una negación del funcionamiento del propio Estado.

En esta línea se observa lo que enseña Paulo Bonavides (2006, p.166):

> "*De hecho, para Rousseau, las contribuciones individuales son voluntarios y libres, porque se basa en el pacto social establecido originalmente, y no la voluntad del individuo al margen del Pacto de Estabilidad. El ciudadano debe someterse a la voluntad de la mayoría, incluso con respecto a los impuestos* [...]"

Concluye Ricardo Lobo Torres (1991, p 109.):

> "*En el Estado Fiscal se afirma la libertad individual: se reserva el contrato social un mínimo de libertad intocable por el impuesto, garantizada a través de los mecanismos de las inmunidades y privilegios, que son transferidos desde el clero y la nobleza a los ciudadanos; permite que el Estado tenga el poder de imponer impuestos… como característica y valor de la libertad*".

1.2 SISTEMAS TRIBUTÁRIOS. POLÍTICA FISCAL Y MÍNIMO EXISTENCIAL.

El Sistema Tributario Brasileño sigue el modelo impositivo regresivo, es decir, los impuestos en mayor proporción de los ciudadanos de menor capacidad de pago, ya sea por impuestos directos o indirectos, más o menos implica decir que el que paga más impuestos es el que gana menos.

A diferencia del modelo de regresión, el modelo progresivo es un impuesto de más altos ingresos o pagar más de los que ganan más.

Estos sistemas en la realidad son contrarrestados por su

naturaleza misma.

En la actualidad, los impuestos progresivos se aplican en la mayoría de los países desarrollados de l mundo como herramienta de redistribución de la renta y la riqueza, podemos ejemplificar citando a los Estados Unidos y a Inglaterra.

Esta línea aborda la cuestión Roque Antonio Carraza (2005, p 83.):

> "*La naturaleza progresiva de las tasas de impuestos, lejos de causar la fricción con el sistema legal, es el mejor medio de alejarse en el ámbito fiscal, las injusticias fiscales, prohibido por la Constitución. Lograr impuestos progresivos habrá igualdad tributaria. Por lo tanto, el sistema de impuestos en Brasil, debe ser informado al el principio de progresividad. Impuestos con tasas crecientes debido al aumento de su valor fiscal (en la base de cálculo en concreto) tienen debidamente en cuenta que el sacrificio transmitidos por el contribuyente para contribuir a los gastos públicos es mayor cuanto menor es la riqueza que tiene (y viceversa). Además, permite al Estado eliminar, al menos en parte, las desigualdades económicas existentes entre las personas*".

Dentro de este contexto es que debemos entender lo que es la Política Fiscal, un instituto relevante, consistente de tres funciones:

1) La función de asignación de recursos, sería la asignación de recursos del gobierno con el propósito de ofrecer bienes públicos.

2) La función distributiva, que se enfrenta a la incapacidad del mercado, y antes de que se aplice políticas económicas con el fin de promover el empleo y el desarrollo.

3) La función distributiva, es la transferencia de recursos a través de impuestos de los más ricos a los más pobres, es decir la reducción de las desigualdades sociales.

En esta línea, se puede señalar a Alfredo Augusto Becker (2002, p. 503):

> "*Política fiscal discrimina diferentes tipos económicos de ingresos, y el capital sufre diferentes efectos económicos, con el fin de alcanzar sus objetivos económicos y sociales. Para estas diferentes especies de importancia económica de los ingresos y el capital pueden ser afectados por los impuestos; el legislador desarrolla su actividad creativa del mundo jurídico, la creación de las normas jurídicas que forman el Derecho Tributário*".

Como se expuso anteriormente, el Sistema Tributario Brasileño es regresivo, a pesar de la existencia de algunos impuestos de naturaleza progresiva.

Esta regresividad impide el desarrollo de la función de distribución. A pesar de que el texto Constitucional Brasileño protege algunos principios de la política fiscal; el legislador ordinario brasileño sigue ampliando la presión fiscal, principalmente sacrificando a los contribuyentes de menores ingresos.

El impuesto progresivo es visto como una alternativa a la concentración del ingreso, y la riqueza.

Desde el discurso, éste sistema es promocionado como eficiente, capaz de equilibrar las finanzas públicas y redistribuir el ingreso de una manera equitativa.

Cuando se habla de la carga tributaria, es necesario tener en cuenta el Producto Bruto Interno -PBI- y el total de impuestos recaudados por todas las entidades, a saber:

Brasil: Unión, Estados, Distrito Federal y los Municipios; y

Argentina: Nación, Provincias, y los Municipios.

Teóricamente esta suma debe ser suficiente para el

funcionamiento y mantenimiento del aparato estatal, y cubrir todos sus gastos, de acuerdo con el presupuesto público.

En ésta línea es que el Estado gobernado, trata de minimizar las funciones públicas (no se profundiza la economía de desarrollo social), implicando una posible reducción de la carga tributária.

La presión tributaria en Brasil es una de las más altas del mundo, lo que hace un gran sacrificio de gran parte de la población.

Esta presión está en discrepancia con los principios tributarios protegidos por la Constitución Federal de Brasil de 1988.

Esta situación implica una intervención directa en el campo económico, ya que sobrecargar tributariamente los productos está aumentando los precios, lo que produce una disminución en la demanda, y en consecuencia los ingresos son menores.

Por lo tanto, se entiende que cuando la carga tributaria es muy alta, los precios finales se incrementan, lo que direcciona directamente a la reducción de las ventas, y claramente a los beneficios.

Esta situación fiscal puede servir como el fomento de la evasión de impuestos; los productores que ven una posible pérdida de ingresos y ventas por elevados impuestos.

Una arista relevante, es obtener ventajas fiscales, y obtener a partir de la misma, que los productos sean más competitivos, generando menor evasión tributária.

Es necesario evitar la competencia de manera desleal con los productores que contribuyen con las autoridades fiscales respectivas; a fin de evitar que se disipe el respeto de los valores éticos, la política y la justicia.

En la República Federativa de Brasil sólo hay dos grupos que se encuentran bajo la incidencia del impuesto:

a) El mercado (presentado a los impuestos sobre la producción y el consumo), y

b) Los particulares / clase asalariada (sujeto a los impuestos sobre la propiedad, el ingreso y la nómina).

Para un mercado con altos impuestos, es una situación realmente desalentadora, sostenida en una competencia desleal, y con gran evasión fiscal en la economía.

En esta línea, podemos señalar la posición de Flavio Riani (2012, p 107.):

"*Dependiendo de las proporciones relativas de los impuestos directos e indirectos en los ingresos fiscales totales, el sistema de impuestos podría penalizar más a cierta capa de la población. Si los impuestos directos han aumentado la participación relativa, significa que el sistema fiscal consigue un mayor volumen de ingresos de las secciones más ricas de la población. De lo contrario, los más pobres estarían dando una mayor contribución a los fondos fiscales*".

En los últimos años, en Brasil fueron marcados por las bajas tasas de crecimiento económico, el estancamiento de la economía, y la reducción del número de puestos de trabajo formales, son a mi entender el resultado de una política fiscal regresiva obsoleta, restrictiva.

La carga tributaria de un país debe compararse también con el ingreso per cápita de la población.

Esto es debido al hecho de que cuando el ciudadano es el titular de una renta más alta, la incidencia del impuesto no pesa mucho en su vida financiera, sin poner en peligro el mantenimiento básico de la vida.

Al contrario de lo que ocurre con el ciudadano que tiene un ingreso muy bajo, sufre de la incidencia tributaria que afecta a su calidad de vida, afectando su mínimo de subsistencia.

En este sentido podemos señalar a Ingo Sarlet (2009, p.130), a saber:

"*Cuando la gran mayoría de la población se encuentra en el llamado mínimo existencial o incluso por debajo de ese nivel, se necesita una mayor vigilancia en relación con cualquier medida potencialmente restrictivas o la protección social*".

Podemos señalar a Fernando Aurélio Zilveti (2004, p.219), que marca:

"*Vamos a ver: una pareja con dos niños económicamente inactivas, que tiene un único ingreso mensual d e R $ 2.500,00 (US $ 1,000 aproximadamente), debe solventar su existencia menos permitirse el gasto en salud y educación (desde el Estado no se cumple esta función en su totalidad), y también pagar el impuesto sobre la renta, ya que tiene ingresos por encima de la exención (sólo a uno de los consortes). El resultado de esta cuenta, es negativo, ya que lo que quedaría si se sujeta al mínimo existencial, social y fiscal, está consumido en su totalidad. Por lo tanto, en los países pobres, no sólo la clase baja, sino también la llamada clase media, no es capaz de participar en la movilidad social de acuerdo con sus propias habilidades, lo que va en contra de los principios de la democracia*".

El plazo mínimo existencial tiene muchas expresiones y sinónimos sobre la misma realidad jurídica; asimismo podemos mencionar más puntualmente como el lado mínimo esencial, el mínimo requerido, entre otras referencias.

El concepto de éste término es prohibir que el Estado parte de la equidad tributaria del ciudadano, que debe ser dirigida en cumplir las necesidades básicas de su persona y de la familia.

Por las necesidades básicas se puede entender como salario mínimo, o la salud, o la alimentación, como también la vivienda.

Ese es el mínimo existencial, que puede entenderse como la cantidad mínima de riqueza necesaria para la subsistencia de los ciudadanos y su familia, que no pueden y deben ser gravados por los impuestos.

Por lo que el mínimo existencial está directamente vinculado con el *principio de capacidad contributiva*;

puntualizando la delgada línea del mínimo existencial como la exención de impuestos, y solo puede haber impuestos sólo por encima de dicho nivel.

Con relación a éste punto, se destaca Roque Antonio Carrazza (2005, p 99.), que señala:

"*[...] Los recursos económicos necesarios para satisfacer las necesidades básicas de subsistencia de las personas (mínimo), que garantiza la Constitución, especialmente en sus artículos n° 6 y 7 (alimentos, ropa, ocio, cultura, salud, educación, transporte, etc.), no pueden ser alcanzados por la tributación. Tales recursos deben ser protegidos mediante la creación de situaciones de cuidado, sin ningún efecto o por deducciones apropiadas legislativamente autorizadas*".

En Brasil, cuando se aborda la cuestión del mínimo existencial puede ser identificado de forma explícita en la Carta Magna.

Vamos a ver lo que afirma la técnica, los arts.6 y 7, IV de la Constitución Federal de 1988:

Art. 6 son los derechos sociales a la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección de la maternidad y la infancia, como se establece en la forma de ésta Constitución.

Art. 7 son los derechos de los trabajadores urbanos y rurales, entre otros que buscan mejorar su condición social:

IV - salario mínimo, establecido por la ley, a nivel nacional unificado, capaz de satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia como vivienda, alimentación, educación, salud, ocio, ropa, higiene, transporte y providencias sociales, con ajustes periódicos a preservar el poder de compra, se les prohíbe a la unión para cualquier

propósito; En macroeconómica la más alta esfera, es la riqueza producida por un país, es mayor es el ingreso a las arcas públicas.

Incuestionable es la necesidad de reducir la carga tributaria en Brasil, también es incuestionable que las demandas sociales de los servicios públicos tienen que ser eficientes con el fin de cumplir con la sociedad.

Los fondos recaudados son razonablementes suficientes para mantener el aparato del Estado, cualquier reclamo en sentido contrario no se corresponden con la realidad.

Si los recursos financieros se desperdician en la corrupción, la sociedad no puede ser penalizada con una mayor carga fiscal, es la incompetencia de algunos directivos para gestionar los fondos públicos, que virtuosamente que están dirigidos. Una colección superior no implica aumento de los impuestos, pero la expansión de la base tributaria, con la participación de la inclusión de la población que vive en la economía informal y por supuesto la puesta en práctica de mecanismos contra la corrupción.

En el nivel de Brasil, la Constitución Federal de 1988 estableció un modelo de descentralización fiscal en combate al modelo anterior, que concentra el control impuesto a la altura de la dictadura militar.

Las competencias en materia fiscal se dividieron entre el Estatal, Distrito Federal y los municipios Federal, todos con poderes para imponer impuestos y las formas de las transferencias legales.

En este mismo sentido, indica el artículo 145 de la Constitución de 1988:

Art. 145. La Unión, los estados, el Distrito Federal y los Municipios podrán establecer los siguientes tributos:

I - impuestos;

II - las tasas, debido al ejercicio del poder de policía o para el uso efectivo o

potencial de servicios públicos específicos y divisibles prestados a los contribuyentes o puestos a su disposición;

III - beneficiar a los cargos, como consecuencia de las obras públicas.

§ 1. Siempre que sea posible, los impuestos tendrán un carácter individual y serán clasificados de acuerdo a la capacidad económica del contribuyente y la administración tributaria, en particular para poner en práctica estos objetivos, identificar, respetar los derechos individuales y en virtud de la ley, el patrimonio, la ingresos y actividades económicas del contribuyente.

§ 2 Las tasas no podrán tener impuestos de base de cálculo.

La razón por la cual implica transferencias de impuestos radica, en el hecho de que el régimen fiscal establecido por la Constitución del año 1988 se concentró en cifras brutas por la Unión, mientras que los Estados y Municipios no cobran lo suficiente para mantener su estructura y función de un rendimiento perfecto, como también llevan a cabo sus políticas públicas.

La Constitución fue elaborada correctamente, ya que el enfoque de mayor capacidad fiscal en la Unión, ha permitido que un mayor número de políticas nacionales podrían desarrollarse.

Descargas legales son las que han pronosticado por la ley o en la Constitución, y tiene como objetivo equilibrar la distribución de los recursos entre todas las entidades federales.

Esta división de la competencia es la necesidad de fortalecer la Federación, y proporcionar unas obligaciones de descentralización.

Del mismo modo Municipios se han fortalecido con la participación de los ingresos fiscales, especialmente cuando se combina con colecciones, son las transferencias estatales y federales.

Por otro lado, el aumento de las transferencias de recursos a los Estados y Municipios, erosionan los ingresos federales, el gobierno nacional comenzó a delimitar las transferencias y reducir de forma estratégica.

Con el fin de cubrir las pérdidas fiscales de la Unión, logró crear competencia exclusiva de los impuestos, que no debe ser compartida con los Municipios y Estados, logrando incrementar los ingresos.

Para los fines de este estudio, es cabe aclarar que en la situación actual experimentada por Brasil, a la partición de la recaudación de impuestos se presenta en la siguiente plantilla: los municipios el dinero en efectivo del 16% (dieciséis por ciento), establece para cobrar el 24% (veinte y cuatro por ciento) mientras que la Unión la cantidad llega a 60 (sesenta por ciento) de los impuestos recaudados.

1.3 TEORIA DE TRIBUTACIÓN, TRANSPARENCIA Y CORRUPCIÓN:

La existencia del Estado tiene la intención de gestionar, organizar y regular las relaciones en la sociedad.

Por lo tanto, el gobierno está apoyado por los fondos recogidos a través de los impuestos recaudados de la población, para ser utilizados en las funciones típicas de gobierno, a saber: los bienes y servicios públicos.

Independientemente del modelo de Estado adoptada, se sabe que los gobiernos son cada vez más importantes en la vida económica de los países desarrollados.

De modo que la teoría de la imposición se centra en algunas definiciones básicas.

Idealmente, el Sistema Fiscal se compone de progresividad / patrimonio que afirma que el impuesto debe recaer en aquellos con mayores ingresos, la neutralidad que deja claro que el sistema debe interferir lo menos posible en la economía y acabar con la simplicidad que implica que el sistema debe ser de fácil comprensión para cualquier ciudadano.

La Teoría del Equilibrio General sugiere que los mercados pueden ser eficientes, en función de su relación con otras personas o países,

siempre y cuando la relación es beneficiosa para todos.

Dicha teoría se basa en la libre competencia, y por supuesto de la afirmación de que cualquier productor o vendedor puede cambiar los precios y cantidades en el ámbito económico, es la relación entre los distintos mercados.

Es la teoría sobre la que cambiar un precio, crea un efecto dominó en el precio de otros productos de la cadena de producción y de forma consecutiva de todos los activos de una economía.

Esta vez para hacer una modificación en el impuesto, se requiere un producto que no es un análisis de equilibrio general, con el fin de entender el efecto sobre la actividad económica en su conjunto los efectos de este cambio.

En consecuencia, cuando el Estado interfiere en la economía a través de impuestos, tasas o contribuciones se crea un denominado efecto de peso muerto.

Este fenómeno es una distorsión, y una pérdida de eficiencia de la economía causado por el cambio de este impuesto.

En pocas palabras es un excedente perdido por el Estado, debido a la recaudación de impuestos. Este es el hecho de que el productor no se recomienda para producir como consecuencia de la obligación tributaria.

En esta área son las lecciones Jefferey Sachs y Felipe Larraín B. (2000, p.226):

"*[...] Las tasas imponen costos a la economía. En esencia, los impuestos causan una mala asignación de recursos, lo que distorsiona los precios relativos que los hogares y las empresas se enfrentan al tomar decisiones económicas. Como resultado de los impuestos sobre determinados bienes y actividades, la gente trabaja muy poco, o ahorran muy poco o muy poco compran productos muy gravados y los más poco gravados. Estas acciones resultantes de las distorsiones provocadas por los impuestos sobre los precios relativos hacen que el bienestar económico disminuye. Estos costos de impuestos, hasta cierto punto es inevitable, porque los impuestos son necesarios para pagar los gastos de governantes. Mas un gran sistema reducirá al mínimo estas pérdidas a cualquier nivel de ingresos*

obtenidos por el gobierno ".

Cuando se habla de Estado, se debe prestar atención a las funciones básicas de gobierno, como la seguridad nacional, la preservación del orden y la justicia.

Como complemento de las funciones tenemos los fines sociales, como la educación y la salud. Todavía podemos incluir entre las funciones del Estado la gestión de los bienes públicos.

La teoría moderna de los impuestos se rige por tres principios: equidad, neutralidad y simplicidad.

Vamos a ver cómo abordan el tema Giambiagi Fabio y Ana Claudia en (2011, p. 37), a saber:

"*Con el fin de acercarse a un sistema fiscal ideal, es importante que se tomen en cuenta algunos aspectos fundamentales:*

a) el concepto de equidad, es decir, la idea de que la distribución de la carga tributaria debe ser equitativa entre los diferentes individuos una sociedad;

b) el concepto de progresividad, es decir, el principio que debe ser más gravado, que tener un ingreso más alto;

c) el concepto de neutralidad, por lo que los impuestos deben ser tales que reduzcan al mínimo los posibles efectos negativos de los impuestos sobre la eficiencia económica;

d) el concepto de simplicidad, según la cual el sistema tributario debe ser fácil de entender para los contribuyentes y fácil ingresos para el gobierno ".

Para la equidad sigue la afirmación de que cada contribuyente tiene que pagar una cantidad justa de impuestos.

Sin embargo, la dificultad radica en la tarea de estimar lo que

sería justo.

La equidad está formada por el principio del beneficio y el principio de capacidad de pago.

El Principio del Beneficio establece que todos los ciudadanos deben contribuir con una cantidad proporcional a la ventaja generada por el uso de bienes públicos.

En vista del obstáculo en la definición de cómo un ciudadano utiliza un bien público en particular, no se puede crear una regla para este principio.

Pero el Principio de Capacidad de Pago crea una regla general que permita el establecimiento de un impuesto que también cubre todo.

La neutralidad implica una interferencia mínima de los impuestos en el ámbito económico.

Los impuestos son susceptibles de provocar distorsiones en el sistema económico, el cambio del equilibrio general.

Ya la simple cuestión de hacer que el Sistema Fiscal es comprensible para toda la sociedad, sino también que este sistema es de menor coste posible para el Estado, por lo que el costo de la aplicación de un impuesto determinado es siempre inferior a su colección.

De hecho lo que vemos en la práctica es que los recursos asignados a través de impuestos en muchos casos se convierten en moneda de cambio político, donde los agentes negocian el dinero a cambio de votos, bienes o incluso comisiones.

Esta es la fragmentación del Estado democrático de derecho, y la corrupción institucionalizada en las raíces del Estado.

En esta línea el presupuesto público estará sujeta a negociaciones fuera de los supuestos constitucionales.

Para el presupuesto público señalemos a Régis Fernandes de

Oliveira (2006, p.305):

"*[...] El presupuesto constituye una parte importante en el mundo jurídico actual, y en la vida de las naciones. Deja de ser un mero documento financiero o contribuye a convertirse en el instrumento del Estado de la acción. A través de ella es que se establece los objetivos que deben alcanzarse. A través de ella es que el Estado asume funciones reales de la intervención en el dominio económico. En suma, ya no es un simple documento de privación estática de la voluntad ingresos y los gastos permitidos para estar en el Estado del Documento Legal, dinámica solemne en la sociedad, que intervino y dirige su curso*".

Por un lado, la Unión Europea ha aumentado la recaudación de impuestos centralizada con el fin de poner en práctica políticas nacionales, por otra parte, los Municipios tienen un papel clave en la descentralización de los recursos y el desarrollo social, al igual que la vida de los ciudadanos es el municipio.

El poder es cada vez más visible cuando se está más cerca de la población.

Esta aproximación a la esfera del poder permite a los ciudadanos realizar el seguimiento de un uso más transparente de los recursos y la eficiencia de los servicios públicos.

De esta manera es que mediante el fortalecimiento del Poder Municipal, pueda surgir mecanismos de participación popular como guía para las políticas del gobierno.

Es innegable que la mayor participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones de la vida pública, es la democracia más fuerte.

La participación popular es especialmente vinculado con la transparencia, que ambos se derivan de bases del Estado de Derecho Democrático.

Transparencia, es buscar legitimar las acciones del Estado a través de la aproximación entre gobernantes y gobernados.

Es imprescindible que la empresa es plenamente consciente de

las acciones del gobierno.

Es de destacar que en el caso de Brasil la Administración Pública es guiada por el Principio de Publicidad.

Este principio garantiza que las personas son conscientes de las acciones de sus agentes; en la práctica esto significa la transparencia de las actividades públicas.

Observese lo que a la final del artículo 37 de la Constitución Federal de 1988, a saber:

Art 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los poderes de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios deberán obedecer a los Principios de Legalidad, Impersonalidad, Moralidad, Publicidad y Eficiencia, y también a lo siguiente:. [...]

Este principio es la afirmación de que el Estado debe actuar en función del interés público, por lo que el secreto es siempre una medida excepcional, y debe ser observado sólo en los casos estrictamente previstos por la ley.

Para dar un ejemplo, el mero hecho de un acto administrativo que se lleva a cabo en secreto y sin disposición legal implica su nulidad absoluta.

La transparencia administrativa consta de tres elementos básicos:

a) la publicidad de los actos del Estado en un lenguaje claro y accesible,

b) las acciones de motivación basada en el interés público, y

c) la participación pública en las decisiones del gobierno.

De hecho, implica la llamada de la sociedad a participar directamente en la dirección estatal.

Señala Evandro Guerra Martins (2003, p.91):

"*Es importante señalar que la transparencia aparece en la ley como un mecanismo más amplio que ya preveía el Principio de Publicidad, ya que se prevé la necesidad de la divulgación de las acciones del gobierno, mientras que determina, además de la divulgación, la capacidad de comprender el contenido, es decir, la sociedad debe conocer y entender lo que se informa* ".

Actualmente, en la lucha contra la transparencia administrativa intuitiva, la mayoría de los ciudadanos en nuestro caso argentinos y brasileños, tienen poco conocimiento de los impuestos que se recogen, cómo va a ser aplicado, cuando son los valores que fueron recogidos o cómo su Sistema Fiscal .

La complejidad del sistema tributario se originó en una serie de leyes dispersas, extensas y confusas; sino también en un número excesivo de impuestos y una gestión marcada por la burocracia y el formalismo.

Idealmente, el Sistema Fiscal se compone de una base legislativa ordenada y coherente, con un marco jurídico simplificado para facilitar y controlar la recolección, la aplicación y las transferencias entre las entidades federales.

En el sistema tributario complejo, tenemos una pérdida de ingresos, ya que la excesiva carga fiscal que enfrenta resistencia por parte de los contribuyentes, identificadas por evasión de impuestos, así como la pérdida de la no aplicación de los recursos. Mientras que el Sistema Fiscal Simplificado tienen una mayor recolección proporcional teniendo en cuenta que las tasas de impuestos es menor, permitiendo una mayor base de contribuyentes, incluidos los de la economía informal, así como se gestionan los recursos de manera más eficaz debido al aumento de la participación, la legislación popular, y adecuado para el espacio y el tiempo.

En Brasil, en la actualidad, todavía son incipientes las medidas para reformar drásticamente el Sistema Tributario Nacional, en la mayoría de los casos se identifican los cambios específicos que hacen poco para crear un nuevo

sistema.

Por otro lado, estas nuevas leyes confunden, y sólo contribuyen a la organización de impuestos por lo que es más complejo, causando un esfuerzo excesivo por parte del Estado para obtener ingresos fiscales, una carga para los costos de la Administración Pública.

Cabe destacar que si el gobierno supone al defraudador contribuyente brasileña, a saber, que todos los contribuyentes tratarán de defraudar al pago de impuestos.

En esta situación el legislador crea normas fiscales represivas, y confusas, en la idea ilusoria de la lucha contra los defraudadores fiscales, y aumentar la colección.

Se trata de una política legislativa que trata a los contribuyentes como ímprobos.

Ahora, un Sistema Fiscal puede ser más eficaz cuando se basa en la credibilidad de los contribuyentes, iniciar una concepción que el contribuyente está dañado y es ilegal, es inmoral.

De hecho, para el contribuyente y defraudador corrupto existen mecanismos de aplicación de la pena y la educación, todas las herramientas de las prácticas fraudatórias disuasivas.

De lo contrario, sólo queda bonificar los contribuyentes que pagan sus obligaciones adecuadamente, lo que garantiza una sociedad más justa y pacífica.

Simplificar el Sistema Tributario es una herramienta de optimización de la Política Fiscal, permitir que los impuestos vuelven transparentes y conocidas por la sociedad.

Este hecho se traduce en una mayor participación de los intereses privados de hacer consistentes con el interés público.

Es evidente que la complejidad del Sistema Fiscal y la pequeña transparencia administrativa a pie de una dirección, de modo que el ciudadano desconoce cómo funciona la recopilación, gestión y el uso de los recursos públicos.

Por supuesto, el acto de los ciudadanos para liberar parte de sus ingresos o riqueza para el Estado es una obligación moral y no simplemente una obligación legal, es la base misma del Estado, como si el ciudadano niega el tributo, niega la existencia misma del Estado , evitando su gestión.

Una vez más, señalando el caso de Brasil, está experimentando una crisis de legitimación de las instituciones sin precedentes, nunca vistos en la historia.

El gobierno nacional está marcada por el autoritarismo, el clientelismo y la corrupción generalizada.

La corrupción generalizada aceptada por el inconsciente colectivo de la población brasileña permite que la mala conducta en la administración pública se justifica, pero esta realidad necesita cambios urgentes para combatir la deconstrucción del aparato estatal.

Es inaceptable que un segmento de la población es extraña a la gestión pública, sus problemas y el descuido de los bienes públicos.

En materia tributaria dicha conducta tiene consecuencias graves, por lo que la conciencia de los ciudadanos, como empleado y agente participativo en la lucha contra la evasión fiscal y la corrupción.

Es importante señalar a Aliomar Whaler (2006, p.3-4):

"*[...] Si, en la antigüedad, era habitual, y hoy, excepcionalmente, todavía existe la simple solicitud de esas cosas y servicios de los sujetos, o la cooperación libre y honorable de estos en las funciones de gobierno, de hecho, en la etapa contemporánea, el estado general paga con los activos en efectivo y el trabajo*

necesario para el desempeño de su misión. Es el proceso del gasto público, que sustituye ventajosamente la solicitud, la gratuidad de las posiciones, la incautación de las partes superiores de los enemigos vencidos, pero todo lo que aún perduran restos, especialmente en tiempos de guerra. La norma actual es la moneda de pago y, por lo tanto, constituye la actividad financiera para el Estado, las provincias y los municipios llevan por dinero y lo aplican al pago de las personas y las cosas que se utiliza en la creación y mantenimiento de diversos servicios públicos ".

Sería falso y de mala educación decir que parte de la población brasileña convenientemente acepta la corrupción.

Para obtener más respaldo a la corrupción, lo tratamos como algo excepcional, una relación simbiótica entre el corruptor y corrupto, es falsa la premisa de que la depravación de las costumbres es inherente al ciudadano brasileño, y que entallada culturalmente de la época colonial.

El respeto por el pueblo brasileño es siempre apropiada y oportuna.

De hecho, sólo capaces de resultados satisfactorios con la participación de los ciudadanos en la lucha contra la evasión de impuestos, entre muchos otros males.

Consideremos señalamientos de Rogerio Pacheco Jordan (2002, p.10):

"*Hay autores que entienden la corrupción como los actos que perjudican a las normas de funcionamiento de la administración pública y favorecen fines privados. Otros creen que la corrupción es algo más amplio: se refiere a las acciones que van en contra del interés público de una manera más general [...]* "

Por evasión de impuestos puede entender el desvío de

dinero público antes de entrar en las arcas del Estado.

Ya la percepción o la aplicación indebida ocurre después de la entrada de dinero público en las arcas del Estado.

La evasión es un tipo de corrupción grave, ya que impide al Estado obtener los recursos necesarios para la implementación de políticas sociales.

Las personas son consideradas como parte del Estado, una minoría lo utiliza para fines ilegales.

Cuando el Estado tiene segmentos en su organización afectada por la corrupción, la administración está comprometida de manera que no alcanza plenamente los fines estatales.

De manera que se puede mencionar que el fraude es una reacción triste contra un Estado que ha perdido eficacia.

La corrupción está estrechamente vinculada a la forma en que el Estado está estructurado y administrado.

Un Estado que no se preocupa por el "*Bien Común*" ,y que se administra en base a los intereses de élite de gran parte de la gente de relaciones públicas, poniendo en un Estado de indiferencia con pocos privilegiados.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la corrupción no sucede sólo en el ámbito público, sino que también se degenera el sector privado.

Frente a los hechos presentados es que necesitamos cambios en el Sistema Tributario, incluyendo reducir la evasión fiscal.

Podemos mencionar la necesidad de aumentar la probabilidad de identificar los contribuyentes.

A pesar de un aumento en el gasto público, es ideal que un nuevo foco del sistema de impuestos sobre las auditorías más frecuentes, ya que la detección de acciones ilícitas desalienta la voluntad de evadir.

Cabe destacar que es necesario para la formación de fiscales-auditores debidamente preparados técnicamente, morales y legales, y que actúan

de forma sistemática y regular.

Otra medida es aumentar las penas por el contribuyente que retiene.

Tenemos que asumir que cualquier persona que retiene fondos sustanciales, ya que es una práctica duradera y rentable, por lo que es justo que la sanción económica sea alta, con el único propósito de combatir la evasión de impuestos.

Como la amnistía de intereses y multas, pagos a plazos son una ventaja para los que no pudieron con las autoridades fiscales, mientras que la colaboración habitual sólo es compatible con las obligaciones.

También es imprescindible la inversión directa de la Administración Pública en la educación fiscal de los ciudadanos.

Esta inversión se basa en la necesidad de que la sociedad tenga acceso, y entender el impuesto, la recopilación, gestión y uso de los recursos públicos.

De modo que sea más claro para los contribuyentes lo mucho que paga impuestos.

Después de todo, es el derecho del ciudadano a saber cuánto pagar impuestos en un producto que adquiere, sino también si la compañía está haciendo la compra recoge adecuadamente los impuestos y cumplir con las obligaciones tributarias.

Del mismo modo que se necesita una mayor integración entre las agencias de impuestos, especialmente los que tienen la tarea de supervisar la corrupción, el lavado de dinero y evasión de impuestos, entre otros.

CAPÍTULO 2°

CIUDADANÍA FISCAL

El capítulo actual, es un segundo paso en la construcción de esta investigación.

Profundizado conceptos generales de impuestos, comienza el análisis de la historia de la ciudadanía, presentamos a continuación su evolución a lo largo de la historia de la humanidad, pasando por la actual normativa de conformidad con la Constitución de 1988 de la República Federativa de Brasil, y finalmente el debate sobre el papel de la ciudadanía fiscal actual.

2.1 El concepto de ciudadanía en el contexto brasileño, se establece en la Constitución Federal de 1988, que es un derecho fundamental derivado de las ideas liberales y sociales.

En este diseño, la figura del ciudadano no es meramente el votante simple, y titular de los derechos y deberes fundamentales para el Estado.

Una fracción del Estado se caracteriza por el grupo de convivencia de los ciudadanos, que son los encargados de elaborar las metas y los objetivos perseguidos por el Estado, sino también la fuente de fondos para impulsar la acción del Estado.

Debido a los numerosos colapsos económicos que enfrenta la participación de la ciudadanía Brasileña, se ha convertido cada vez más importante. Es necesario que la empresa entienda que el deber está por encima de la ley, y la ciudadanía debe entenderse como un derecho, y presentar conjuntamente la noción del deber en su formación.

En este sentido señala Ana María Dávila Lopes (2006, p.25.):

"*La ciudadanía debe ser concebida como un derecho, y, simultáneamente y en paralelo, la noción del deber se debe introducir en su contenido, ya que no hay derechos sin deberes de sus asociados. [...] La visión estática e individualista de la ciudadanía debe ser superadora, ya que la experiencia histórica mundial de la violencia, la injusticia y la desigualdad ha demostrado la necesidad de una participación más activa de los ciudadanos en la construcción de una sociedad justa basada en el valor de la solidaridad, esenciales para la supervivencia de cualquier*

comunidad ".

Históricamente ya identificados es el deber del ciudadano, en el que podemos mostrar que en los artículos 13 y 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto 1789 la necesidad de una contribución conjunta e igual comunes a todos los ciudadanos con el fin de que el estado alcanzado sus objetivos.

Veamos:

Artículo 13º- "*Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos administrativos, una contribución común es indispensable, para ser distribuidos entre los ciudadanos en función de sus posibilidades*."

Artículo 14º- "*Todos los ciudadanos tienen el derecho de verificar por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de una contribución pública, de aceptarla libremente, para observar su trabajo y para establecer la distribución, su recolección y su duración*".

La Constitución Brasileña salvaguardada numerosos mecanismos de acción de los ciudadanos en la sociedad.

Instrumentos como el hábeas corpus, recursos de orden judicial, la consulta popular, la acción popular. y plebiscitos son medios para que la persona pueda disfrutar de su ciudadanía, entre otras numerosas herramientas que permitan su presencia en el centro de las decisiones políticas.

Con respecto al derecho constitucional de los ciudadanos para supervisar el destino de los impuestos, su seguridad está garantizada en el artículo 31, § 3 de la Constitución Federal Brasileña, a saber:

Art. 31. "*Supervisión del municipio será ejercida por la legislatura municipal, a través de un control externo, y por 3 sistemas de control interno del Poder Ejecutivo Municipal, de acuerdo con la ley.*

§ 3. Las cuentas de los municipios seguirán siendo, durante sesenta días al año, a disposición de cualquier contribuyente, para su examen y consideración, que puede cuestionar su legitimidad, en virtud de la ley ".

De manera que no se puede decir que la ciudadanía sólo protege los derechos, una vez que la ley más grande de Brasil enumera una serie de derechos a la comunidad, se puede hacer referencia al derecho a la vida, a la educación, a la protección del medio ambiente, entre muchos otros.

La definición actual de la ciudadanía se dará de acuerdo con el Principio de la Dignidad Humana; sobre todo cuando no se respeta este principio, no hay necesidad de hablar de la ciudadanía.

No se puede considerar a un individuo un ciudadano, si son vilipendiados sus derechos fundamentales.

A medida que el sistema legal brasileño salvaguarda una serie de garantías a los ciudadanos, la mayoría de ellos son minorizados a un segundo nivel, donde el Estado deja a los ciudadanos a sus propios dispositivos; en esta realidad, el ser humano no es más que tratado como un objeto, como una cosa, tan grande es la exclusión social que niega la ciudadanía a un grupo significativo de brasileños.

En esta línea, señalemos enseñanzas de Gladston Mamede (1997, p 224.), a saber:

"*El tema de la ciudadanía no sólo es normativo y doctrinario, sino sociológico: se aclara también en cuanto a los hechos que componen (y afectan) la vida de los seres humanos. Por lo tanto, también se verifica la ciudadanía de manera efectiva experimentada por la sociedad, porque más allá de las teorías y normas, es la vida de cada ser humano que es la sociedad. Poca diferencia de puntos, cada uno es un agente de sus destinos políticos, sociales, económicos, legales (el mito de la ciudadanía) si no hay condiciones legales e incluso personales para que esto*

ocurra. Este ser humano que cree que el agente es ante todo un objeto de la cultura: precede y forma. Pensado para actuar libremente, sino que actúan dentro de los parámetros de "normalidad" del tiempo histórico (la repetición de acciones y pensamientos que anteriores, y puede influir en la historia sólo dentro de ciertos límites -si las variables del caso-, pero por regla general, muy baja)".

Para la efectividad de la ciudadanía es necesaria la existencia de una ley del Estado democrático, porque en ese modo de Estado es posible la movilidad de clase, a pesar de todos los obstáculos; y respetar los derechos de las minorías.

Así que la democracia o el sistema democrático es que permite el equilibrio y la correspondencia entre deberes y derechos de los ciudadanos.

Como se mencionó anteriormente, es el deber de los ciudadanos a pagar impuestos y consecutivamente permite al Estado alcanzar las demandas de los intereses públicos.

Por otro lado, es que el deber mencionado garantiza a los ciudadanos el derecho a participar en la vida política de su país para supervisar la aplicación de los tributos, para buscar la justicia social, entre otros derechos.

Veamos el concepto de ciudadanía presentada por Uadi Lammêgo Bulos (2014, P.511):

"*[...] La situación de las personas que están en plena posesión de sus derechos políticos activos (capacidad de votar) y pasiva (capacidad de ser votada, y también para ser elegido). El principio de la ciudadanía da derecho a los ciudadanos a ejercer prerrogativas y garantías constitucionales, como una clase de acciones propuestas (CF, art. 5, LXXIII), participar en el proceso de las leyes, iniciativas complementarias, y las leyes ordinarias (CF, art. 61, la partida) . También ofrece a los ciudadanos a participar en la vida democrática brasileña (activae status civitatis). Por lo tanto dignifica la persona humana (art. 1, III), con la soberanía popular (CF, art. 1, párrafo único), con las libertades civiles (art. 5), derechos políticos (art. 14)*

tales como el derecho a la educación (CF, art. 205), etc. ".

Por lo tanto la ciudadanía puede ser entendida como la situación de los ciudadanos y como un derecho fundamental de forma simultánea.

Por lo que el ciudadano debe desempeñar su papel en el Estado de Derecho democrático a la noción de ciudadanía a surtir efecto, y se transforma en la realidad, y deja de ser un único valor o ideal normativo, esto quiere decir, que implica la ciudadanía activa y busca promover la reducción de las desigualdades sociales, y mantener el orden y la paz social.

A decir verdad, respetando la doctrina del mínimo existencial, el salario más bajo de un individuo debe proporcionar las necesidades básicas a él y su familia, como el acceso a la alimentación, la vivienda, la higiene, ropa, transporte, educación, recreación y salud; sin embargo, la realidad brasileña muestra total incompetencia e ineficacia del Estado en los aspectos vitales.

Esta es la pérdida de transparencia del concepto de ciudadanía, lo que hace que una buena parte de la población, la ubican al margen de la dirección política del país.

Es interesante lo que enseña Norberto Bobbio (2009, p.417):

"El derecho a la educación históricamente juega un papel de puente entre los derechos políticos y los derechos sociales: la consecución de un nivel mínimo de educación se convierte en un estrecha relacion con el ejercicio del derecho y el deber de la ciudadanía política."

Está claro que el nivel de demanda y la satisfacción de los ciudadanos está vinculada a su nivel de instrucción educativa.

Señalemos que la forma en que cuanto mayor es el nivel de la escuela, es más consciente la población.

Con la creciente toma de conciencia por parte de la población, serán las acciones para combatir el desvío de fondos públicos y la corrupción.

La concepción contemporánea de la ciudadanía, no permite la existencia paradójica de ciudadanos que reclaman para sí muchos derechos y, por otra parte, se niegan a cumplir con sus obligaciones con el Estado y la sociedad.

Sobre el tema, señalemos a José Casalta Nabais (2005, p 48):

"*La ciudadanía se puede definir como la calidad de los individuos como miembros activos y pasivos de un Estado-nación, sean titulares o beneficiarios de una serie de derechos y deberes universales y, por tanto, los titulares de un nivel específico de la igualdad. Un sentido de la ciudadanía, en el que, como es fácil de ver, hay tres componentes, a saber:*

1) la propiedad de una serie de derechos y deberes en una sociedad en particular;

2) que pertenecen a una determinada comunidad política (por lo general el Estado), por lo general vinculada a la idea de la nacionalidad; y

3) la capacidad de contribuir a la vida pública de la comunidad a través de su participación de la ciudadanía, esto que hoy en día, existen aquellos que quieren añadir una cuarta ciudadanía traducido en un conjunto de derechos y deberes de la solidaridad (la ciudadanía conjunta)" .

La realización de los derechos económicos, sociales y culturales está vinculada a la actividad estatal, que requiere de los recursos de los impuestos.

Por lo que la obligación de pagar impuestos es uno de los deberes fundamentales, siendo inseparable de la ciudadanía, y orgullo para los ciudadanos.

Así, la ciudadanía fiscal es el deber de pagar impuestos,

además se requiere este deber dentro de los dictados legales, en particular con respecto a la Constitución y a los principios del liberalismo clásico.

Otra situación que resulta de la ciudadanía fiscal y la obligación de pagar impuestos, versa sobre el derecho a participar en la distribución de los impuestos.

Se puede marcar que la democracia representativa brasileña sigue fragmentada, ya que una pequeña porción de la población está en el vértice de la pirámide social y controla la dirección del país, ya que la mayoría de la población sigue lejana a temas políticos, y son quienes más sufren las decisiones políticas equivocadas, apoyando todo el peso social del mal gobierno, como la exclusión social y la marginación.

En este sentido, marquemos el pensamiento de Paul Hamilton Smith, hijo (2006, p 249.):

"*[...] La ciudadanía, como se ha dicho, significa la participación del individuo en los asuntos del Estado. Ciudadano es aquel que participa en el Estado Dinámico. En el Estado Democrático y Social de Derecho, ésta acción se ejerce no sólo por medio del voto, sino también en la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones sobre asuntos de interés público. En el estado actual, este interés está en manos de las políticas públicas. La democracia participativa se lleva a cabo para la ciudadanía plena, que no se limita a la votación, pero la participación efectiva en destinos y en las Políticas Públicas del Estado*".

La población brasileña, ajena a los mecanismos de ciudadanía, se mantuvo de asistir cada dos años para el evento político, y en las elecciones se entregan a sus representantes en el sendero de la vida del país.

A menudo eligen y no están en sintonía con los principios republicanos, y en el fondo terminan dejando los intereses nacionales.

Así que la democracia representativa se falsifica y se utiliza con fines cuestionables para mantener a unos pocos en el poder.

Esta crisis de la democracia representativa, implica la necesidad de un nuevo modelo de ciudadanía y de la democracia misma, centrada en actividades de servicio a sectores con intereses particulares de la población, en las discusiones acerca de las formas de los impuestos y el Estado mismo; y el tema de los impuestos alcanza un alto grado de complejidad.

Para aliviar esta situación, es necesario crear herramientas de visibilidad del Estado; y en una orientación de participación popular satisfactoria en la dirección del país, que sigue siendo incomprensible, por ejemplo, cómo la participación en cuestiones técnicas tratar con los impuestos.

Otro matiz de la ciudadanía fiscal da a los miembros de la sociedad, el derecho a reclamar que todos cooperan para la comunidad, de acuerdo con su capacidad económica.

Consecutivamente, no se pone en duda la posibilidad de unirse a demandar a la entidad estatal en la no justificación de la falta de pago de impuestos.

Por lo tanto, el individuo carece de legitimación para interponer un recurso contra otra en tales situaciones; por lo tanto una construcción adecuada de la Ciudadanía Fiscal tiene fuerza como un mecanismo para la consecución de los derechos constitucionales fundamentales que hasta ahora no han sido satisfechas por el gobierno.

Se mantiene la necesidad de que el Estado debe participar más activamente en la vida social, ya que la percepción de la acción del Estado por la población se considera mínimo.

Sin duda, hay que determinar cómo los impuestos van a cambiar la triste realidad brasileña, y no hay necesidad de mencionar el destino de los impuestos ya que se sabe que son de la mejor forma posible, pero el control de

estos gastos se debe producir con un estricto cumplimiento de legalidad y en las directrices constitucionales.

2.2 CIUDADANÍA EN LA ANTIGÜEDAD:

El término ciudadanía se originó en edad avanzada, especialmente vinculada a la aparición de las primeras ciudades- estado griegas y romana.

Esta afirmación se deriva de la idea de que los griegos, el primero en discutir el concepto de ciudadanía, como también por el hecho de que la concepción ciudadanía en el transcurso del tiempo haya establecido un vínculo entre la ciudad y el hombre, que los puso en situaciones diferentes.

En este sentido es interesante lo que señala Liszt Vieira (2002, p. 27):

"*La República moderna no inventó el concepto de ciudadanía, que en realidad tiene su origen en la Antigua República. La ciudadanía en Roma, por ejemplo, es un estado unitario, por el cual todos los ciudadanos son iguales en derechos. los derechos civiles nacionales, la residencia, el sufragio, el matrimonio, la herencia, el acceso a la justicia, en fin, todos los derechos individuales que permiten el acceso a la ley civil. Ser ciudadano es, por lo tanto, ser un miembro de pleno derecho de la ciudad, sus derechos civiles son derechos individuales totalmente. Pero ser un ciudadano es también el acceso a la decisión política, que puede ser una regla, un hombre político. Este tiene el derecho no sólo a elegir a los representantes, sino para participar directamente en la dirección de los negocios de la ciudad*".

De este modo, los antiguos griegos se establecieron como el núcleo de la ciudadanía, espacio territorial en el que la persona que participa en la sociedad, siendo considerado este lugar como beneficioso para la transformación del ser humano, con el fin de participar en un todo social.

En este período histórico que sólo eran considerados ciudadanos los hombres que tuvieron una participación activa en la vida de la ciudad-estado, en consecuencia de manera consecutiva los titulares de derechos

políticos.

La participación se produjo en forma directa, sin la mediación de los partidos, y se agota en el ejercicio de las funciones públicas, y las leyes de voto.

La prerrogativa principal en la democracia ateniense era isegoría, o igual libertad de expresión en las asambleas de ciudadanos (Ecclesiae).

El isegoría fue mucho más allá de la igualdad o de otras prerrogativas importantes.

La vida en las ciudades griegas exigió del ciudadano un conjunto de actividades que le consumieron gran parte del tiempo, lo que significaba que su vida se dedicaba casi por completo a la comunidad.

El griego antiguo, tiene una como base importante para la definición de la ciudadanía.

Debemos tener en cuenta lo puntualizado por Fábio Konder Comparato (1993, p 85.):

"*En la democracia ateniense, la prerrogativa esencial del ciudadano era isegoría, es decir, la igualdad de la libertad de expresión en las asambleas del pueblo, mucho más que la igualdad o la sumisión a las mismas leyes, independientemente de la división de las personas en demoi y fratrías.*

Sin lugar a dudas, el grado de participación del pueblo romano en la actividad política era muy inferior a la de los atenienses; pero aún así, ya no es importante cuando se consideran los estándares modernos. En el ámbito legislativo, la rogatae leges, votado por la gente reunida en las reuniones (una para cada curia) la propuesta de un juez, parece haber sido más importante que las leges datae del período republicano; 286 A.C, la lex Hortensia extendió la fuerza vinculante de los plebiscitos también a los patricios. En el ámbito jurídico, también en toda la república, los jueces eran personas, y el instituto de la populumpermitia anuncio provocaban al condenado a penas tan severas y recurrir directamente al juicio popular.

Tenga en cuenta que esta característica activus calidad del ciudadano grecorromana, compuesta de poderes y no un mero derecho legal, llevaron a la creación de su propio sistema de responsabilidades de derecho público. Para la curiosa institución del Grafe paranomón, por ejemplo, introdujo en Atenas en el curso de 5º siglo antes de Cristo, y de allí extenderse a otras polis griegas como Agrigento, donde cualquier ciudadano podría citar otro ante un tribunal, porque no propuso la ecclesia, una ley que demostró lo inconveniente o inútil. La comisión de ciertos delitos políticos fue castigado con atimia, la degradación cívica, es decir total o parcial, incluso si el criminal no era un funcionario público o un juez".

Así, el ciudadano de la polis griega exigía una diversidad de acciones públicas que hicieron ese individuo, mutuamente responsable de la vida en la sociedad. La ciudadanía griega era entendida como la participación política de las personas físicas en el cuerpo social, compuesta por sus conciudadanos.

El individuo tenía obligaciones a este grupo, cuando este último salvaguardaban los derechos de todos. Este conjunto de deberes y derechos, no fueron completamente definidos, ya que se modificaron de ciudad en ciudad.

En esta línea ver lo que enseña Sérgio Henrique Abranches (1985: 7):

"*En la política de la Grecia Clásica, ambas demostraciones como Polis tenían un significado colectivo y se organizaron políticamente. El Gobierno y el Estado se posaron en una realidad más amplia de la ciudadanía. La politeia muestras la unidad de los ciudadanos, no sólo la suma del individuo -que es la noción (liberal) de la sociedad civil- sino una comunidad de vida*".

La participación del pueblo romano era tan importante como la de los griegos, pero la civilización romana se desarrolló en diferentes etapas.

En el período republicano, las leyes escritas, conocidos como leges rogatae fueron elegidas por las personas que se reunieron en la curia de cara a la presentación magistrado, y fueron significativas las fechas de las leges.

En este sentido, vemos lo que enseña Aracy Klabin Augusta Leme (1996, p.25):

"*La ley era, por tanto, lo que al pueblo romano le propnía un magistrado senatorial, como era el cónsul. Para una mejor comprensión, es necesario mencionar la división entre leges rogatae y leges datae. Las leges rogatae son leyes aprobadas por el voto de las asambleas populares, a la (rogatio) propuesta de un alto magistrado. Leges datae son leyes dados de baja por el juez superior durante la República, y luego por el Emperador, y eran distinadas a las comunidades extranjeras con motivo de su incorporación en el estado romano. Fueron elegidos por asambleas populares como leges rogatae. La mayoría de ellos dirigidos a la organización de los territorios conquistados, que emana de la victoria general o del magistrado a cargo de la organización de la provincia, o en ella fundar colonias. Se reunieron varias aplicaciones que permiten saber más o menos bamente el contenido de leges datae*".

En el ámbito judicial, en el mismo período republicano, los jueces podría ser cualquiera, y los condenados a penas severas, también podría haber un nuevo juicio popular, el instituto fue nombrado ad populum provocatio.

La ciudadanía grecorromana fue compuesta por el estado activus, o implícita en la concesión de poderes, y no meramente subjetiva derechos, creando un entorno público.

Así que cuanto más fuerte era, también mayor para la ciudadanía eran los obstáculos para su realización en las sociedades políticas.

Se pueden presentar como ejemplo el caso de Atenas en los que no eran considerados como ciudadanos los comerciantes, los artesanos, los extranjeros y las mujeres.

Por lo tanto la ciudadanía estaba libre de los hombres adultos que nacieron dentro del espacio territorial de la ciudad.

La diferencia en la clase nunca fue olvidada, incluso cuando algunos eran de escasos titulos de los derechos políticos.

Así que para la designación de alguna posiciones, la riqueza fue considerada un requisito.

Cabe mencionar que, en el 125 A.C en la Antigua Roma, Cayo Graco trató de ampliar el concepto de ciudadanía romana para incluir a todos los aliados latinos de la península itálica.

La acción se llevó a cabo sobre la actividad legislativa, además los latinos tenían miedo de verse obligados a servir en el ejército romano; la rica latina sintió su derecho de propiedad amenazada ya que ahora debían integrar la colección romana y podría ser sometido a los dictados de la Ley del Suelo; y, finalmente, los plebeyos romanos que no aceptaron compartir en los lugares latinos en eventos públicos.

2.3 ESTADO LIBERAL Y CIUDADANÍA:

Con la caída de la antigua Grecia y el Imperio Romano, el mundo fue testigo de la desaparición de varios siglos de la ciudadanía.

En la sociedad de la Edad Media se estratificó y se divide en tres segmentos:
la nobleza, el
clero, y los
sujetos.

La nobleza estaba compuesta de guerreros, mientras que el clero estaba formado por miembros de la iglesia, y los sujetos eran los trabajadores feudales.

El poder político se dividió entre la nobleza y el clero, mientras que los sujetos están al margen de las decisiones políticas.

El resurgimiento de la vida política centrada en la libertad entre

los hombres sólo tuvo lugar alrededor del siglo XI, casualmente en las ciudades - estados ubicados en la península italiana, con fuertes rasgos, se parecían a la antigua ciudadanía.

El movimiento político centralizado y la gran expansión territorial, fueron la base para el surgimiento de un régimen marcado por el absolutismo monárquico y la supresión de las libertades.

En este punto surge la burguesía como clase social, en la búsqueda de la solidificación del mercantilismo y el desarrollo del sistema capitalista.

Los revolucionarios franceses y británicos buscan restaurar la ciudadanía política que había sido borrada por el absolutismo monárquico; mientras tanto vino la noción de derechos naturales universales vinculados a la persona.

En esta línea son las enseñanzas de Fábio Konder Comparato (1993, p 88.):

"*Los revolucionarios ingleses y franceses al mismo tiempo tratan de restablecer la ciudadanía política abolida por el absolutismo monárquico, reconocido en cada individuo, de cualquier sexo o condición social, la propiedad de los derechos naturales, y el Estado debía respetar en todo momento y lugar.*
La declaración de los Derechos Humanos implica, correlativamente, su universalidad".

Durante este período, se elaboró un importante documento legal como fue la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano en el año 1789.

Este documento es un ejemplo de positivismo jurídico, y presentado al mundo moderno como una nueva ciudadanía, marcada por dos elementos: una universal y otra nacional.

Esta posición implicó la afirmación de que todos los hombres están protegidos en sus derechos naturales, independientemente de su nacionalidad, pero sólo los ciudadanos son titulares de derechos políticos.

Señalemos a Valerio de Oliveira Mazzuoli (2001, p.2):

"*La ciudadanía es un proceso en constante construcción, que se originó históricamente con la aparición de los derechos civiles en el curso del siglo XVIII - llamado Siglo de las Luces - en forma de derechos a la libertad, más precisamente, la libertad de ir y venir, de pensamiento, de religión, de reunión personal, y económica, rompiendo con el feudalismo medieval en busca de la participación en la sociedad. La concepción moderna de la ciudadanía surge, entonces, cuando hay una ruptura con el antiguo régimen absolutista, en virtud de ser incompatible con los privilegios de las clases dominantes, que pasa al ser humano para mantener la condición de "ciudadano", y asegurado por una lista mínima de normas de derecho, de la libertad y la igualdad, contra cualquier acción arbitraria, limitando el estado. [...] Es a partir del siglo XVIII, con el movimiento de la Ilustración, que comienza a definirse los primeros esbozos del concepto de ciudadanía. Como resultado de la revolución francesa, viene entonces la famosa Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789, que, bajo la influencia del discurso jurídico burgués, sentó las primeras bases de la idea de "ciudadano". La revolución burguesa pretende que quede claro - y hecho en el artículo 16 de la Declaración -, que no hay Constitución en la que no se garantice la protección de los derechos individuales, no se da la separación de poderes. Tratamos a continuación, poner en primer plano los derechos de las personas, convirtiendo a los sujetos en los ciudadanos, en repudio a la monarquía absoluta, bajo la apariencia de una república constitucional* ".

Cabe señalar que la ciudadanía moderna tuvo como elemento básico la libertad, que ganó un sentido muy diferente de la protegida en la antigüedad.

En el mundo moderno, la libertad del ciudadano consiste en su vida privada, a no ser objeto de abuso por parte del Estado, y tener la situación en la universalidad de participar o no en la vida pública.

Más tarde, con la Revolución Francesa, es la división entre la ciudadanía política y ciudadanía civil, el primero como un mandato (delegación) de la soberanía política, y la segunda como la soberanía individual.

En éste sendero de los representantes elegidos por las personas, representaban a la nación y no al que eligen el grupo de ciudadanos.

En este sentido ilustrar lo que enseña Dalmo de Abreu Dallari (2000, p 97.):

"*Durante la época del primer estado moderno, y mientras que la monarquía absoluta se imponía, era-generalizar, sobre todo en Francia, la designación nacional, que influiría en el concepto de la gente. Con el ascenso político de la burguesía, a través de las revoluciones del siglo XVIII, que aparece incluso en los textos constitucionales, la idea de la gente, libres de la noción de clase, incluso con la intención de evitar cualquier discriminación entre los componentes de estado, como es bien percibida que consagra el principio de sufragio universal. De hecho, la discriminación no han desaparecido en la práctica, pero la afirmación del principio, se inició un esfuerzo doctrinario con efectos, en términos legales, la extensión de la ciudadanía plena*".

En el siglo XVIII fue la consolidación del Estado liberal de derecho, fundado en los ideales de libertad; momento histórico que refuerza la separación de poderes, por lo que el Estado absolutista queda sujeta a la ley.

La concepción moderna de la ciudadanía se encuentra en este momento histórico, se originó en la Revolución Francesa de 1789, para hacer referencia al grupo de la sociedad de titulares de derechos, y define el camino del Estado.

En esta área es que los individuos son vistos como individuos privados, desconectado del Estado y dotado de capacidad política, por lo que implica un concepto de ciudadanía que se caracteriza por el individualismo y la instrumentalidad al estado liberal.

La doctrina del liberalismo individualista se fundamento en la

aparición de los derechos fundamentales de la primera generación.

Esta doctrina sostiene que el individuo precede al Estado y, por tanto, el gobierno es para las personas y no las personas para el Estado; y hasta que no intervenga en la economía, y que garantice los derechos civiles y políticos.

El Estado liberal se caracteriza por la libertad negativa, es decir, sólo podía hacer lo que la ley no prohíbe, lo que limita la actividad del Estado y la preservación de la libertad de los individuos.

2.4 EL ESTADO SOCIAL Y LA CIUDADANIA:

La presencia de la concepción liberal e individualista de la ciudadanía estaba de vuelta, en relación a los problemas económicos, y la doctrina que una vez predicó la libertad vigilada, y las ideas liberales fue colocada nuevamente por la crisis económica.

A modo de ejemplo se puede citar el caso de la revolución industrial, que la explotación de los trabajadores subempleados en muchos casos podría ser comparada a condiciones de trabajo medievales.

En este vínculo, ilustremos a Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p 50.):

"*Hasta cierto punto de la historia hubo una impresión clara y correcta que los hombres fueron aplastados por los titulares del poder político. A partir de un cierto momento comenzó a darse cuenta de que estaban doblegados, asesinados u obligados no sólo por los titulares del poder político, sino también por los dueños del poder económico. [...]* ".

La ciudadanía liberal centrada en la igualdad formal, y que la protección de la ley no fue suficiente para que los ciudadanos puedan venir a la reunión de las clases desiguales, sólo se refuerzan las diferencias entre los estratos sociales, y la promoción de información de la condición de ciudadano, y que probablemente no estaba disponible para todo el mundo .

El Estado de Bienestar fue creado para ser una alternativa al nuevo modelo capitalistmo, asegurando que se cumplían las demandas sociales, económicos y culturales; por tanto la intervención del Estado para controlar el mercado era imperativo.

En este sentido observamos que Pablo instruye Bonavides (2001, p.13):

"*El Estado de Bienestar nació de un acto de inspiración, la igualdad; es la creación más sugerentes del siglo constitucional, el principio rector más rico en el embarazo en el universo político occidental. Mediante el empleo de medios de intervención para establecer el equilibrio en la distribución de los bienes sociales, instituído en la misma etapa de un sistema de objetivo concreto, y garantiza que tienden a ganar a una concepción democrática del poder, que conduce al disfrute de los derechos fundamentales, ahora diseñada sin el feroz individualismo de las tesis liberales y subjetivista del pasado* ".

En la doctrina de vanguardia que fueron diseñados numerosos textos constitucionales que mostraban la responsabilidad del Estado de garantizar la igualdad social, la justicia social y una vida próspera para la población, se puede citar la Constitución Mexicana de 1917, la Constitución Rusa de 1918, y la Constitución Weimar 1919.

Esta unión de las garantías sociales y garantías liberales, dio lugar a la aparición del Estado Social de Derecho, e inauguró el Constitucionalismo Social.

En este punto también viene el término Ciudadanía Social relacionado con la aparición en el de la Constitución de la Cláusula Social; este texto normativo aseguraba nuevas formas de participación ciudadana en el estado.

En esta línea señalemos a João Carlos Loureiro (2010, p.74):

"*Estado de Bienestar es aquella en la que, sin perjuicio del reconocimiento del papel esencial de la economía de mercado, asume la tarea de garantizar las condiciones materiales para una existencia humana digna, afirmar un conjunto de servicios, producidos o no por el Estado, con la marca de la ley, pero no exclusivamente, en la prenda de los derechos fundamentales, que representan de mecanismos de solidaridad, débiles o fuertes, de las necesidades que conexionan con bienes básicos o fundamentales (por ejemplo, la seguridad social); y que el acceso no debe ser dependiente de la capacidad de ser capaz de pagar o no un precio*".

En este punto, el concepto de ciudadano para crear una nueva caracterización, y se puede definir como el individuo que vive un grupo en particular, y que es titular de los derechos civiles, políticos y sociales.

Los derechos civiles deben entenderse las libertades individuales, los derechos políticos de una amplia participación política y los derechos sociales tienen en la salud, la vivienda, la educación, el trabajo, entre otros.

La Ciudadanía Social tiene carácter activo, público, que deberá superar los problemas generados por el liberalismo; para finalmente crear condiciones positivas en los ámbitos económicos, sociales y culturales.

2.5 EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE 1988 Y LA CIUDADANIA:

La Constitución Federal de 1988 adoptó el instituto de la ciudadanía como fundamento de un Estado Democrático de derecho, a fin de fortalecer las instituciones y llevar la vida pública brasileña del país.

La evolución de los Derechos Políticos se producen en paralelo con el desarrollo constitucional, lo que aumenta el campo de protección de los ciudadanos; de este modo aumenta la participación ciudadana en el esquema de

poder del Estado, consolidando el concepto de democracia.

Se entendería la Constitución de 1988 fue capaz de acumular un conjunto de derechos que se habían acumulado desde el Imperio de Brasil.

La "Constitución Ciudadana", fue la legislación formal y la materialización de los derechos necesarios para los ciudadanos.

De manera que el año 1988 estuvo marcado por una transformación enome en la escena política nacional brasileña.

Una serie de cuestiones, tales como la imposición de un nuevo acuerdo federal, el municipio alcanza la condición de entidad federativa, la participación popular gana nuevos institutos, como el referéndum y el plebiscito, y el alcance de la ciudadanía para la población en general con las innovaciones legislativas, se trata de la ley del bienestar de los consumidores.

En este sendero nos enseña Fábio Konder Comparato (1993, p.103):

"*Bajo esta expresión, se incluyeron tres poderes:*

la toma de decisiones políticas claves,

la corrección de los abusos de representación política, y la censura

de las autoridades públicas.

Las decisiones políticas fundamentales (politische Grundentscheidung o determinación política, como lo llama su autor) son los relacionados con la estructura del sistema de gobierno, o el desarrollo de las políticas públicas; por lo tanto, la participación en este tipo de decisiones se debe atribuir al cuerpo de los ciudadanos considerados en conjunto, es decir, las personas.

Los instrumentos de participación de la gente clásicos, son característicos de la Democracia Semi.directa como las decisiones del referéndum, el plebiscito y la iniciativa legislativa popular.

La Constitución de 1988 les dio la bienvenida, sin distinción; definidos como un criterio de distinción aceptable parece estar bordeando el referéndum para la aprobación o derogación de los textos legislativos, la presentación de todas las demás cuestiones sería el plebiscito.

El Congreso aún no ha votado como complemento a la ley que rige estos institutos; esto significa que los brasileños se encuentran temporalmente privados de la utilización de tales instrumentos de participación política? Pienso que no. El rigor del razonamiento, tendiendo a las prerrogativas inherentes a la ciudadanía y a la soberanía popular, si el legislador se niega a cumplir con una solicitud de cualquiera de estas medidas se muestra para su crítica".

La democracia brasileña esta marcada por tres signifativos momentos:

en 1985 con el inicio de la "Nueva República",

en 1988 con la promulgación de la Constitución, y

en 1989 con la restauración de las elecciones presidenciales.

Este grupo de acontecimientos llevó a un enorme aumento de los derechos y garantías, en particular, se puede observar que el principal cambio en este período fue la adopción de un Estado democrático, que sirvió como un nuevo modelo de organización en Brasil.

Posteriormente, el 15 de noviembre de 1989, con la primera elección presidencial en 30 (treinta) años fue un hito de esperanza para los brasileños, y se consagra el voto libre y universal.

El reto de la sociedad brasileña es la lucha contra las prácticas políticas adoptadas por los regímenes anteriores que estaban basados en el autoritarismo, el clientelismo y la corrupción.

Otra dificultad es tratar con la materialización de los derechos protegidos por la legislación nacional; así que si se consagró una serie de garantías y libertades a los ciudadanos, es necesario que las personas en general sean

conscientes de y la participación y en la dirección del país.

La participación popular en los debates políticos y sociales es aún mínima, lejos de ser deseable, y está íntimamente ligada a la exclusión social, dentro de este contexto, es que la democracia requiere que las medidas estatales para la inclusión de la sociedad civil en los procesos de transformación, se profundice con la gestión de los órganos del Estado.

En este camino señalemos a Gladston Mamede (1997, p.222):

"*El ejercicio de la ciudadanía en Brasil tiene tres obstáculos principales:*

1) el sistema jurídico brasileño no tiene una definición amplia de posibilidades de consciencia de participación popular efectiva;

2) la postura Judicial excesivamente conservadoras, aferrándose a interpretaciones que absurdamente limitan el alcance de las disposiciones legales que permitan una efectiva democratización de la energía; por último,

3) una profunda ignorancia de la ley: la inmensa mayoría de los brasileños no tienen suficiente conocimiento acerca de cuáles son sus derechos y cómo defenderlos. Por lo tanto, la potencia es como conservar el continuar los beneficios de que gozan los que pueden determinar (o influenciar), de hecho, los planes estatales".

En Brasil hay una gran dificuldadad en la materialización de los derechos formales establecidos por la Constitución, la violación de estos derechos es todavía un lugar común, y en algunos casos son punibles.

Dada la impunidad de aquellos que no respetan la ley, sólo demuestra la debilidad de las instituciones, como una frágil democracia, y cómo distante, figura de la ciudadanía.

El alcance de la plena ciudadina se deriva de una evolución

histórica de siglos de acuerdo con la ruptura de las estructuras autoritarias y clientelares de edad.

Cabe señalar que, en ausencia de la ciudadanía, las instituciones democráticas no sobreviven.

Frente a esta realidad, es que la sociedad brasileña sigue siendo en gran medida, de las decisiones de políticas indiferentes, que mantienen una red de estancamiento.

Así que pasamos más de dos décadas de promulgación de la Constitución, a una mera figuración, no cumpliendo con su principal objetivo, la consolidación constante de la ciudadanía.

No se puede negar que la Constitución ha contribuido al avance de zonas dirvesas, con todo aún carece de los avances en el campo teórico y constitucional, que permita la realización de sus reglas de carácter completo.

Cabe destacar que en el concepto de la ciudadanía el legislador constitucional guardaba el Principio de la Dignidad de la Persona Humana como uno de los vectores del sistema jurídico brasileño, de acuerdo con el tenor del artículo 1, III, de la Ley Superior.

En este sendero vemos, que:

Art. 1 La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y el Distrito Federal, se constituye en un Estado democrático y se basa en:

III - la dignidad de la persona humana;

Enseña Flademir Jerome Belinati Martins (2003, p 52.):

"*Además, la Constitución de 1988, para establecer un sistema integral de derechos y garantías, tanto individuales como colectivas, que es el núcleo básico del orden constitucional brasileña, no sólo buscó preservar, pero, sobre todo, promover la dignidad la persona humana, de tal manera que - ya se ha dicho en otro lugar -*

siempre sea capaz de extraer el principio de esta función protectora amplia. En efecto, la Carta se ocupa no sólo de la institución, sino también con la realización de estos derechos, dando un papel activo a los ciudadanos y el poder judicial. También buscó superar la concepción de los derechos subjetivos, para dar lugar a las libertades positivas, mejorando el aspecto de promoción de la acción del Estado ".

Otro punto crucial para ser reconocido, es que la Constitución de 1988 entró en el país en el escenario de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, ya que permitió la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, incluyendo la comparación de la norma constitucional, situación que permitió una mayor protección, garantía y promoción de la ciudadanía.

En este sentido, vemos la redacción del artículo 5 § 2 y 3 de la Constitución Federal de 1988:

Arte 5: *Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo, lo que garantiza a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país, el derecho inviolable a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, de la siguiente manera.:*
§ 2. Los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y los principios adoptados por la misma, o de los Tratados Internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte.
§ 3. Los Tratados Internacionales y Convenciones sobre Derechos Humanos que han sido aprobados en cada cámara del Congreso, en dos rondas, por tres quintos de los votos de sus miembros, será equivalente a las enmiendas constitucionales.

En este camino instruye Valerio de Oliveira Mazzuoli (2001, p.17):

"*Por lo tanto, si el proceso de Internacionalización de los Derechos Humanos es fundamental para la apertura democrática del Estado brasileño, que ahora en sintonía con el nuevo orden mundial establecido a partir de entonces, esta apertura, a su vez, ha contribuido en gran medida a la solidificación en nuestro país, un nuevo*

concepto de ciudadanía forma a las nuevas exigencias de la democracia y de los Derechos de la Persona Humana. La Constitución de 1988, con la transición a la democracia y la consiguiente apertura a la normatividad Internacional de los Derechos Humanos, consagrado, de manera explícita, esta nueva concepción de la ciudadanía, como se desprende de la lectura de varios de sus dispositivos, pero ahora está superada la doctrina de edad, imperio del constitucionalismo, la ciudadanía activa y pasiva, lo que significaba que la prerrogativa de que pudiera participar en la vida política del Estado, es decir, que se llevó a cabo los llamados derechos políticos, y aquellos que carecían de este atributo. [...] Es evidente, por tanto, que la Carta de 1988 aprueba este nuevo concepto de ciudadanía, que tiene la dignidad de la persona humana a su mayor racionalidad, principios, y su dirección. Se dedica a la legislación brasileña, de una vez por todas, pilares universales de los derechos humanos contemporáneos sobre la base de su universalidad, indivisibilidad e interdependencia ".

De todos modos la Carta Magna fue un hito divisor que puso fin a un régimen de excepción que aniquiló a los ciudadanos y sus derechos fundamentales, dar a luz a un nuevo período caracterizado por la búsqueda de la plena ciudadanía.

Se observa que la Protección de los Derechos Humanos en la aplicación universal e inmediata de los derechos sociales eran innovaciones legislativas de importancia fundamental para la paz y el orden del Estado brasileño.

Por otro lado la no materialización de los derechos básicos, como la salud, la seguridad, la vivienda, la educación, implica un marco de desigualdad enorme, donde los trabajadores de clase y desanlentados, viven al margen de la sociedad, olvidado por la Constitución tan sublime y despreciado por sus representantes competentes.

2.6 CIUDADANIA FISCAL:

Inicialmente se debe aclarar que el Sistema Tributario

Brasileño es entendido por el artículo 145-162 de la Constitución de 1988, añadido a que una cantidad enorme y complejo de leyes complementarias, de leyes ordinarias, decretos, resoluciones y otras especies legislativas que rigen la financiación y la aplicación de impuestos por el Estado brasileño.

Señala el artículo 150, § 5 de la Constitución de la República 1988, es un dispositivo fuerte para la materialización de la ciudadanía fiscal.

Veamos:

Art. 150 "*Sin perjuicio de cualesquiera otras garantías asegurada para el contribuyente, que está prohibido por la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios:*

§ 5. La ley determinará las medidas para los consumidores a ser informados acerca de los impuestos sobre bienes y servicios".

Como se desarrolló en el Capítulo 1° de ésta investigación, el Sistema Fiscal consiste en dos temas:

el Estado tiene la obligación de respetar la legislación fiscal nacional, para llevar a cabo el reparto de los fondos recogidos con otras entidades federales, y el cumplimiento de aplicar los recursos, son competentes de conformidad con el interés público; en el otro extremo están las personas (individuos o seres humanos), las empresas y otras personas jurídicas que tienen la obligación legal de pagar impuestos.

En este sentido, señala Ricardo Lobo Torres (1999, p.460):

"*La ciudadanía en su expresión moderna, tiene entre sus consecuencias, la ciudadanía fiscal. El deber / derecho de pagar impuestos se sitúa en el vértice de la multiplicidad de enfoques a la idea de la lectura de ciudadanía. Ciudadano y contribuyente coexisten conceptos desde el principio del liberalismo.*

[...]

la ciudadanía fiscal en su sentido más amplio, incluye además de la cuestión del estatuto del contribuyente, los aspectos más amplios de la ciudadanía financiera,

que incluyendo el aspecto del gasto público, implica los beneficios positivos de la protección de los derechos fundamentales y los derechos sociales y las cuestiones presupuestarias, problemas que tienen el mayor déficit de reflexión teórica en el ámbito de la ciudadanía ".

Un buen sistema tributario se compone de herramientas sólidas que observan la redistribución del ingreso, la moral en el gasto público, el federalismo fiscal y la justicia fiscal.

Por lo tanto, en una sociedad democrática, para discutir si la justicia tributaria es necesario que esta tenga en cuenta algunas particularidades: la salvaguardia de la empresa, la regulación de la distribución de los bienes; y que los contribuyentes recogen los impuestos adeudados que permiten la acción del Estado para proporcionar los bienes y de los servicios merecidos.

Señalan que estos bienes y servicios básicos son los impuestos impasibles, ya que están respaldados por la teoría del mínimo existencial, ampliamente discutido en el capítulo anterior.

Cuando estos derechos básicos se niega a una parte de la sociedad (hay que señalar millones de brasileños), es la destrucción de la justicia fiscal.

En consecuencia, instruye Alice Mouzinho Barbosa (2005, p.127):

"*Cuando se trata de los ciudadanos, la referencia no es el hombre educado, cortés, ni saber leer y escribir, el comerciante, el industrial o universitario. La idea es lograr, con la ciudadanía fiscal, toda la población de los contribuyentes, es decir, los contribuyentes, los consumidores o no, privados del mínimo existencial. Este último, por supuesto, a través de una acción positiva del Estado que incluye social, y minimiza las muchas diferencias de que son víctimas*".

Amplía Alice Mouzinho Barbosa (2005, p.65):

"*Ciudadanía fiscal es la ciudadanía que se ve desde la perspectiva de los contribuyentes de impuestos. Asegurado por la Constitución, la eficacia de la ciudadanía fiscal se alcanzará en el momento en que el Estado está sujeto a la ley, y respete a los ciudadanos y contribuyentes para sentirse como insertado en la actividad tributaria, y como responsable de la viabilidad del presupuesto, en el que también debe ejercer el control* ".

La relación jurídica tributaria que se celebra entre el ciudadano y el recaudador de impuestos tiene dos características básica, tener en cuenta que con respecto a los efectos de esta relación es estrictamente unilateral, como el ciudadano pone sobre la condición de Estado protegido a la espera de su solidaridad eterna, lo que apunta a una ciudadanía fiscal unilateral.

En otro matiz, la ciudadanía fiscal bilateral demuestra que no es responsabilidad de ambas partes, ya que hay derechos y obligaciones tanto para las autoridades fiscales para los contribuyentes y, aunque no son una mera situación pasiva, por el contrario, son el suministro de los recursos obtenidos por trabajar grandes arcas públicas.

Señala Ricardo Lobo Torres (2001, p. 57):

"*Que el contribuyente sea un mero sujeto pasivo para convertirse en un participante de la actividad tributaria, en la medida en que supervisa las normas en materia de impuestos a través del proceso.*

Una comparación razonable, se puede decir que las autoridades fiscales y los contribuyentes se involucran en una relación similar a lo que se ve en condominios residenciales, convirtiéndose en el primer lugar con el papel de Fiduciario y el último con el copropietario (contribuyente) La constitución, en este caso, sería como el 'Reglamento de Condominio ", que une todo el conjunto de los residentes".

Tenga en cuenta que la figura de ciudadanía fiscal unilateral como la protección de impuestos para los ciudadanos necesitados, tanto para un conjunto de medidas por parte de las autoridades fiscales para implicar sería necesaria la reubicación social de estas personas.

De manera que la ciudadanía fiscal consiste en aportar al Estado de una manera clara y objetiva, la observación de los dictados legales, por lo que la sociedad también puede cambiar las reglas fiscales, supervisar la aplicación legal para todos los contribuyentes, con una asociación entre el contribuyente ciudadano y el Estado, todos conectados en la imparcialidad, la neutralidad, la probidad y eficiencia.

En esta línea se ilustra lo que la doctrina de Denise Lucena Cavalcante (2004, p.29), a saber:

"*En este contexto, el papel del contribuyente ciudadano tiene atributos no sólo el deber, sino también de energía. [...] De energía y el deber de proporcionar el crédito fiscal; el poder y el deber de depositar en el juzgado los valores que desea interrogar; el poder y el deber de supervisar la administración de Finanzas; el poder y el deber de exigir transparencia fiscal; para requerir certificados de cumplimiento tributario - en pocas palabras, el poder y el deber de actuar como colaborador en las actividades de impuestos*".

Actualmente se aplica el nuevo papel del ciudadano-contribuyente como sujeto activo de la relación jurídica tributaria, lo que demuestra que el contribuyente ya no tolera la obligación de pagar únicamente los impuestos; a continuación, transcurre de este deber el derecho de interferir en la ejecución y la gestión del gasto público, sujeto a las políticas presupuestarias y financieras.

Es de destacar que los bonos del Tesoro de los Estados, han creado una serie de programas con el fin de transmitir a la sociedad el conocimiento básico de los impuestos, en vista de la ignorancia masiva sobre el tema a un gran número de la población.

Los planes de estudio están luchando por una mayor participación y monitoreo del gasto público por la sociedad; además se llevan a cabo numerosos seminarios y campañas con el fin de informar a la población.

En este contexto surge la Educación Tributaria, cuestión

que se aborda en el Capítulo 3° de esta investigación.

CAPÍTULO 3°

EDUCACIÓN FISCAL: UN DESAFÍO SOCIAL

3.1 DEFINICIÓN DE EDUCACIÓN FISCAL:

Los recientes debates sobre Educación Tributaria no permite la construcción de una teoría sobre el tema; en la República Federativa de Brasil este tema ganó notoriedad en los últimos años, pero va a necesitar más tiempo para que este problema pueda llegar a más personas.

Así que la Educación Tributaria sigue en pie como un nuevo estado de la política pública que tiende a consolidarse con el paso del tiempo.

La Educación Fiscal es establecer un orden de respeto a la democracia, y el principio de la dignidad humana a través de una práctica educativa aplicada a todas las clases sociales.

Así como se discuten puntos como la ética, la ciudadanía, el presupuesto y los impuestos, por lo tanto, el proceso de aprendizaje fomenta la conciencia individual y colectiva para impulsar una cultura de la ciudadanía.

En este sentido nos instruye Marlene Ribeiro (2002, p.115), a saber:

"*Hay también, por muchos filósofos que reflexionan sobre la constitución del Estado-nación, que enlaza con la noción moderna de ciudadanía, un reconocimiento de que la educación y un bien que debe ser accesible a todas las personas, con el fin de hacer posible las condiciones para el ejercicio de una ciudadanía efectiva*".

Antes de la Constitución Brasileña de 1988, se carecía de material de efectivo que permite una plena ciudadanía, y la Educación Tributaria emerge como un modelo de enseñanza que busca fortalecer los derechos humanos

y la democracia.

Este modelo se basa en un proceso de preparación para el ejercicio de la ciudadanía.

En este sendero tomamos nota de la redacción del artículo 205 de la Constitución Federal de 1988 (2016, en línea), a saber:

Art. 205. "*La educación, el derecho de todos y deber del Estado y de la familia, será promovido y alentado con la cooperación de la sociedad, teniendo como objetivo el pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su calificación para el trabajo*" .

En consecuencia podemos afirmar que el impuesto de educación tiene su fundamento en la Constitución Federal de 1988.

En éste contexto brasileño, la Educación Tributaria fue un logro consagrado en el texto constitucional, y se convierte en política pública; sin embargo, el concepto aún está sujeto a diferentes interpretaciones.

Por ejemplo en palabras de Rildo Cosson (2008, p 192.), a saber:

"*[...] La educación cívica, educación política, la educación para la democracia, la educación para la ciudadanía democrática, la educación para la ciudadanía activa, la educación para la ciudadanía responsable, socialización política, la participación ciudadana, la educación democrática, el desarrollo cívico, la competencia cívica, el conocimiento político, la educación cívica de deliberación, la educación cívica democrática, etc.*".

Veamos la definición proporcionada por Albertina Silva Santos de Lima (2008, p.72 :), a saber

"*[...] Educación Tributaria es el proceso de activación de la capacidad intelectual de los seres humanos, para saber de las finanzas públicas que le proporciona*

capacidad de entender, analizar y reflexionar sobre la financiación y aplicación de los recursos públicos, y por lo tanto, en el ejercicio de los derechos y obligaciones derivadas de este conocimiento".

En cuanto a las personas, el proceso educativo propone informarles que tengan una mayor conciencia acerca de los impuestos, la política, el presupuesto y la ética.

Esta es una necesidad del Estado para formar ciudadanos, y situaciones creativas capaces de enfrentarse a la realidad, rompiendo con los paradigmas políticos, y construir una sociedad justa, libre y solidaria.

En ésta perspectiva, ilustremos a Claudio Marcelo Fausto de Maio (2016), a saber:

"*El ciudadano, en sentido estricto, es un miembro de la sociedad, dotado con el pleno ejercicio de los derechos políticos, son conscientes de sus derechos y cumplir con las leyes, que, entre otras cosas, implica el cumplimiento espontáneo de las obligaciones tributarias. Y la voluntad, y el acto de expresión de la libertad humana, requiere para su regular manifestación, razones establecidas. Y los motivadores del cumplimiento de una obligación tributaria son la educación tributaria; el temor del impacto de las sanciones para el cumplimiento voluntario de la obligación; la expectativa de obtener beneficios personales directos e indirectos por el debido cumplimiento de la obligación; y la percepción por parte del contribuyente de la justa tributación. Es a través de impuestos, que la educación en la sociedad se vuelve consciente, y un agradecido homenaje de la función socioeconómica. El punto de vista económico, el impuesto da a la Colección Estatal de dinero en efectivo, y el punto de vista social de este dinero recaudado por el Estado se deriva en forma de ingresos para conseguir el logro de los fines públicos para beneficio de la población*".

Como sustenta la Constitución Federal Brasileña de 1988, el Impuesto de Educación es enfrentarse contra las más diversas formas de corrupción.

Es claro que es un proceso de deconstrucción y enfrentamiento al autoritarismo, o al clientelismo, entre otros males.

En esta línea señala Cesar Marcelo Baquero Jácome (2003, p.84), a saber:

"*Así que, aunque los conceptos tales como retardo, la miseria, el hambre, el clientelismo, el personalismo, el paternalismo no pueden ser considerados como valores culturales, que son asimilados en la cultura y naturalizados, de producción, en la política, una cultura de la participación pasiva, y silenciosa. Es lo que se llama factores históricos y estructurales* ".

El Brasil, se enfrenta a una violación de los principios constitucionales de soberanía, es decir, una incongruencia entre lo que prescribe el texto más grande, y lo que la experiencia las personas y la sociedad brasileña.

Recordemos que miles de brasileños viven en un estado vulnerable, un hecho que en sí mismo condena la clase política (representantes del pueblo) y debilitan el aparato del Estado.

Parece, por lo tanto, dos realidades: una basada en la utopía legal y otro centrado en la población al día.

En este sentido, vemos lo que enseña Pablo Bonavides (2006, p.347), a saber:

"*[...] La crisis del Estado Social en Brasil no es la crisis de una constitución, pero si en pocas palabras de la sociedad, del Estado y del Gobierno, de las propias instituciones en todos los ángulos posibles. Es el mismo constituyente de la crisis política que se disolvió en 1823, y la última de ciento setenta años después, a su agente generador y la inestabilidad de los más activos desequilibrios y trastornos: lo social, que socava las estructuras de fuerza normativa, proclama la injusticia de las relaciones humanas y subvierte la imagen completa del comportamiento político, debido a la insuficiencia del instrumento constitucional a la realidad circundante*".

Complementamos con los pensamientos sobre el tema de

Maria de Fátima Ribeiro y Natalia Paludetto Gesteiro (2013, p.203), a saber:

"*Es importante tener en cuenta que hay un distanciamiento de la realidad social y las disposiciones de la ley. El impuesto justo es un concepto complejo y subjetivo, sino que debe pasar necesariamente por la cuestión de la justicia social, el contexto constitucional y educación tributaria de la población; así como la participación del pueblo en los asuntos relacionados con el presupuesto público, no puede la Ley del Impuesto limitarse a los actos de recogida de valores para las arcas públicas* ".

Este retroceso en el sistema político brasileño se funda junto con el sistema fiscal nacional que amplía la brecha entre ricos y pobres.

En esta área, es que la Educación Tributaria como mecanismo de la conciencia fiscal y presupuestaria, permitiendo que los ciudadanos comunes tomen conocimientos básicos de la materia, y que permita una nueva cultura educativa que enseñe al individuo la importancia de recoger los impuestos debidos, y en el otro extremo nos cuente de sus derechos a la Administración Tributaria.

Es mi visión en éste campo, donde su desarrollo en Brasil, está estrechamente vinculado a la politización de la sociedad.

En este sentido, traemos las lecciones de Motta Bernardo Moreira (2015, p. 291), a saber:

"*Esto, junto con la educación fiscal son fundamentales para el ejercicio de la ciudadanía y la mejora de nuestro sistema tributario en su conjunto. La relación entre el gobierno y el ciudadano-contribuyente puede ser mejorada, ya que proporcionan oportunidades para que esto sea escuchada y una mayor transparencia en la recopilación y el uso de los recursos públicos, educar a la gente acerca de la responsabilidad social de los impuestos y el cooperar con el proceso impositivo* ".

Esta lógica es que la conciencia y la participación política de la persona física es una herramienta fundamental para la reformulación del Sistema Tributario Nacional Brasileño, por lo que se debe alinear con el contexto Constitucional.

En vista de esto, la Educación Tributaria propone transformar la realidad del mundo impositivo a través de la información, mediante el establecimiento de una cultura de recuperación y seguimiento de la aplicación de impuestos.

En consecuencia, esto implicaría la materialización de los derechos fundamentales establecidos en la Ley Mayor, y un reajuste de la carga fiscal para permitir la redistribución del ingreso.

3.2 PROYECTOS PEDAGOGICOS EN EDUCACIÓN FISCAL:

Los retos de la voluntad de la sociedad civil de enfrentar y superar la realidad fiscal brasileña, es la necesidad de desarrollar políticas públicas orientadas a la salud, educación, asistencia social, entre otros; muchas preguntas surgen principalmente ligados a la necesidad de recursos presupuestarios para la aplicación de estas políticas, que se deben tanto a la solidaridad de impuestos y la riqueza nacional.

llustra su pensamiento de la realidad brasileña Fabricio Augusto de Oliveira (2004, p.954), a saber:

"*[...] En todos estos momentos históricos dominarán la ayuda de la educación de élite y la falta de rumbo con la educación popular universal, y una condición necesaria para la consolidación de la democracia brasileña. Sólo en la década de 1990, durante los dos gobiernos del ex presidente Fernando Henrique Cardoso, se fomentaró el desarrollo de la educación básica para ampliar las oportunidades de acceso de manera efectiva* ".

La sostenibilidad fiscal es que permite la realización de los derechos fundamentales que justifican la existencia de un sistema fiscal fundada en la dignidad de la persona humana y de la ciudadanía; además, el aparato de Estado tiene la función cultural y educativa para construir el ser humano y la sociedad.

Para que la educación fiscal sea un proyecto multifacético

consiste en tres frentes:

político, ético,

y pedagógico.

Este proyecto tiene como objetivo construir la democracia a través de una práctica educativa continua, la creación de un ciudadano en condiciones de cambiar la sociedad a través de su conciencia y de sus acciones; es decir, los ciudadanos con la libertad de sus pensamientos es capaz de superar de manera crítica, y reflexionar sobre la situación social, política, fiscal y cultural en el que está inserto.

Dentro del diseño pedagógico e incluso según los datos oficiales del Ministerio de Hacienda de Brasil (2016), tenemos un concepto de Educación Tributaria de la siguiente manera:

"[...] Enfoque didáctico y pedagógico capaz de interpretar los aspectos financieros de la recaudación, y el gasto público para estimular el contribuyente para garantizar la recolección y el control de la aplicación de los fondos recaudados en beneficio de la sociedad, la justicia, con transparencia, honestidad y eficiencia, minimizando la relación de conflicto entre el contribuyente y el estado del colector de los ciudadanos ".

Por lo tanto, el pensamiento libre puede ser visto como la reordenación de instrumentos de los desequilibrios económicos y sociales a través de la creación de una sociedad politizada, conscientes de sus acciones.

Dentro de esta realidad es que se trata de construir un proyecto éticopolítico, que pretende enseñar y de la realidad de la Ciudadanía Fiscal.

En éste contexto, señala Moacir Gadotti (2005, p.35):

"*[...] La educación y la sociedad tienen una relación dinámica. La educación es dependiente de la sociedad y viceversa. Por lo tanto, se confirma la idea de que la*

educación formal no es un solo factor de cambio en la sociedad, pero si este cambio no puede ocurrir simplemente por la educación, tampoco será posible sin esto. Por lo tanto, está claro que la lucha por la transformación social debe extenderse más allá de las paredes de las escuelas, y no debe limitarse al ámbito escolar ".

En la misma línea son las lecciones de Antonia Solange Pinheiro Xerez (2008, P.450):

"*La escuela es el espacio que tiene que dar lugar, la función social a esta estimulación, la autonomía del mismo, y la conciencia política y social; porque la ciudadanía es algo construido y se logra a través de la plena conciencia de derechos y deberes, y la criticidad del mundo*".

De esta manera es que se utiliza una pedagogía de la emancipación humana, o mejor aún citando una pedagogía del desarrollo; y estas pedagogías dirigen al hombre a una nueva lectura del mundo, una lectura que confirma en línea con el estado de derecho democrático, asumiendo con un ojo crítico sobre los asuntos públicos, rompiendo con la aceptación de la conducta viciosa y crear la base para la implementación de políticas públicas para el desarrollo.

En éste camino señala Celina Souza (2006, p.16), a saber:

"[...] La política pública, hay un intento, en varios países en el mundo en desarrollo, para poner en práctica la naturaleza participativa de políticas públicas. Impulsada, por una parte, las propuestas de las organizaciones multilaterales y, en segundo lugar, por la Constitución y los compromisos adquiridos por algunos partidos mandamientos políticos; varios experimentos han puesto en práctica con miras a la inclusión de los grupos y / o intereses sociales en la formulación y seguimiento de políticas públicas sobre todo en las políticas sociales ".

Dicho esto, este proyecto educativo debe tratar de restablecer el vínculo de confianza entre el ciudadano y el Estado, es decir, entre gobernantes

y gobernados, en el sentido de que esta unión de fuerzas significa construir una justa y pacífica sociedad libre.

Este conjunto de acciones sería, por ejemplo, el estado brasileño de redimir a sus ciudadanos y se convirtiera en un estado con el buen gobierno, ética y conductor del desarrollo humano.

Sin embargo, las dificultades para trabajar el tema, son graves en las palabras de Valcir Alves da Silva (2010, p.36), a saber:

"*[...] Que también evidente que, aunque tal conocimiento se asimila sin mayores obstáculos, podemos ver una gran dificultad por estos educadores que trabajan en todos los ámbitos de la asignatura en el aula. Esta dificultad está relacionada no sólo para la emisión de educación tributaria, pero la dificultad de trabajar en todos los ámbitos "*.

Este proyecto pedagógico, capaz de formar de nuevo el Estado se acaba de construir para la llamada Educación Tributaria que promueve el desarrollo de un ciudadano de pleno derecho.

Un análisis en profundidad sobre el desarrollo, es de destacar que no puede ser fundada exclusivamente del gobierno central o los gobiernos en su conjunto; la participación popular es imprescindible para la idealización de una cultura tributaria.

El ciudadano debe exigir el cumplimiento del gobierno con las directrices de la Constitución Federal de 1988; la ciudadanía brasileña se deriva de este documento legal; esto significa que los gobiernos tienen que adaptarse a la Constitución y no al revés; por lo que el proyecto pedagógico de la educación fiscal apunta a un nuevo modelo ético, político y cultural.

Estas tres puntualizaciones conducen al mantenimiento de un desarrollo social, humanitario pleno, equilibrado y sostenible.

Hay que tenga en cuenta que la inclusión de la población en el mercado económico no debe producirse únicamente por el consumo, sino por el

alcance de la vida material y la dignidad humana.

Para la Educación fiscal es absolutamente necesaria la inclusión popular en el campo político, para la estabilización de la ciudadanía; por lo tanto, la propuesta de Educación Fiscal politizar la sociedad civil a través de la información, en realidad, es el uso de la palabra para educar, y promover el conocimiento en el campo de la democracia.

Tal modo de Educación Tributaria no se plantea como una mera disciplina unido a las normas técnicas.

Este asunto es interdisciplinar y transversal,que permite una mejor comprensión del entorno fiscal entre el individuo y la sociedad.

Se entiende que Brasil está fuera del alcance de la ciudadanía plena, ya que las propuestas económicas, políticas y sociales de la Constitución de la República de 1988, se sitúa en falta de maduración, y un lento estancamiento.

Como en general en América Latina, desprecia la teoría de la redistribución de la política de impuestos, que pretende efectuar la ciudadanía fiscal y promover una sociedad desarrollada.

El impuesto de educación sería el instrumento que facilite la realización de la ciudadanía fiscal, sino también la plena ciudadanía.

Los caminos de politizar la conciencia individual y la conciencia colectiva surgen de la educación y permiten una interferencia efectiva en el ámbito estatal.

Es la lucha legítima que permitirá el alcance de la ciudadanía.

3.3 EDUCACIÓN FISCAL Y CIUDADANIA:

El acontecer cotidiano de la Educación Fiscal, transita con el fin de crear una conciencia crítica en la gente común, de hecho es inscribir en la

comprensión del pensamiento humano de los deberes y derechos atribuidos al individuo.

Implica romper con los paradigmas, estructuras y conceptos cerrados, lo que permite la apertura y la creatividad de la mente humana para comprender mejor la forma de los problemas de información.

Día a día un país tiene una serie de fuerzas que convergen para el mantenimiento del Estado, señalemos la voluntad popular, la información pública de las políticas de constitución, la economía, la educación, todos son actores que impulsan el entorno político de una nación.

La persona mal informada contribuye a la descomposición de estas fuerzas, y por lo tanto para el declive del país; ahora bien, si está mejor informado tiene otra visión del mundo, como también una visión crítica de la realidad en su conjunto.

La Educación Fiscal permite la formación del hombre libre, y emancipado.

El ciudadano cuando se somete a esta forma de aprendizaje, no puede dejar de ser vulnerable, pero reforzado con formación crítica alineado con los principios democráticos.

Señalemos a Thomas H. Marshall (2002, p.20), a saber:

"*La educación de los niños está directamente relacionada con la ciudadanía, y cuando el Estado se asegura de que todos los niños serán educados, esto es mente de un montón de dudas, más los requisitos de la naturaleza de la ciudadanía. Estamos tratando de estimular el desarrollo de los ciudadanos en su formación. El derecho a la educación es un derecho social genuino de la ciudadanía, para el fin de la educación durante la infancia y se perfila a su perspectiva adulta. Básicamente, debe considerarse el derecho de los niños a ir a la escuela, pero como derecho también de los ciudadanos adultos de haber sido educados*".

La educación es el instrumento para lograr la ciudadanía fiscal, para su búsqueda es el desarrollo humano mediante un proceso de aprendizaje que aporta el Estado y la sociedad; y permite un reajuste del tributo, la ética y la ciudadanía.

La ciudadanía es construida por la materialización de los derechos, y el mundo moderno requiere que el hombre sea libre, política, ética y solidaridad.

En este sentido observamos que enseña Edgar Morin (2002, p.39), a saber:

"*En consecuencia, la educación debe promover en general la "inteligencia" apta para referirse al complejo contexto de multidimensional y en el modo de diseño global. Estamos originados en el cosmos, de la naturaleza, de la vida, pero debido a la propia humanidad, nuestra cultura, a nuestra mente, nuestra conciencia, convirtiéndose en extraños a este cosmos, lo que parece en secreto íntimo. Nuestro pensamiento y nuestra conciencia nos hacen conocer el mundo físico y distanciarnos* ".

El reto más grande es el impuesto de educación para ser eficaz como una política pública de un estado, basado en la enseñanza de la ética y la política.

El objetivo es promover una amplia discusión sobre el universo de impuestos, junto con los ciudadanos, tanto dentro como fuera de la academia.

El diálogo en el concepto como sapiencia postmoderna, con todas las formas de conocimiento, y permite a cuestiones tales como los impuestos y el presupuesto público, como materiales que reflejan en la sociedad.

La formación del ciudadano debe ser materia continúa y duradera, que siempre debe ser perfeccionado.

Observemos como instruye Marciano Buffon (2009, p.100), a saber:

"*En un análisis preliminar, parecería extraño examinar la cuestión de la ciudadanía desde el punto de vista de que pretende, ya que su diseño es visible a tener derechos en una sociedad. Sin embargo, la concepción contemporánea de la ciudadanía no puede implicar la existencia de los ciudadanos, un poco altruista, se quejan de que el máximo de derechos y, a su vez, se niegan a contribuir con su parte de los esfuerzos para asegurar que tales derechos para permitir un plan de hecho* ".

En este escenario un jugador importante es el mercado, que coloca a la compañía en condición subordinada y suprime la autonomía del Estado.

Otro actor importante es el capital financiero internacional, que circula libremente en todo el mundo para el desarrollo de algunos países y la destrucción de otros, el fomento de la globalización.

En este escenario el capital especulativo y con distorsiones económicas, la Educación Fiscal busca conectar economía y la ética.

Uno tiene que entender que el mercado está ahí para el hombre y no el hombre para el mercado.

La economía fue creada por el hombre para satisfacer, y no para abrumar.

Pero la experiencia testigo, es que el diario cotidiano brasileño, en la dominación de los ciudadanos por el mercado, su explotación es notable y ataca al hombre que busca su mínimo existencial; por lo tanto la ciudadanía se debilita y se vuelve poco práctica y sin las condiciones mínimas de vida.

Por otro lado la economía puede fomentar el individualismo, una mala competitividad y la división social; y en este sentido le corresponde a los políticos, a la sociedad en su conjunto, para hacer frente a los problemas generados

por las economías distorcionadas.

Se debe trabajar hacia la Educación Tributaria, que entra en la comunidad con principios de ciudadanía fiscal.

Así que tal orden público o la política educativa prepara al hombre por lo que es autónomo, y crítico en última instancia, lo que le permite hacer frente a las adversidades creadas por el sistema capitalista y el desvío de los fines del Estado.

En ciertos momentos de la historia de la política, la economía transita para lograr la ciudadanía, sobre todo cuando se está en fase de consolidación del estado social.

Podemos mencionar el caso de Brasil, a través de la Constitución Federal de 1988, trató de establecer un puente para el logro de la democracia política, el bienestar de la sociedad y el desarrollo económico; que son objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil.

En esta perspectiva, la Educación Tributaria y la ciudadanía tiene el alcance esencial de conocer las acciones del Estado, teniendo en cuenta sus decisiones económicas, y conocer si los caminos estatales transitan el sendero del interés público; estas acciones son cruciales para el mantenimiento de la dignidad humana, la democracia y el desarrollo del país.

Las decisiones políticas equivocadas socavan la vida de los gobernados, y pueden causar problemas sociales aterradores como el desempleo, déficit fiscal, la recesión económica, la inseguridad laboral, y la concentración de la riqueza; en consecuencia, estos problemas sociales degeneración el Estado de Derecho democrático.

Es de destacar que en Brasil, a pesar de todos los avances, los derechos de ciudadanía siguen siendo precarios, y olvidados en muchos sectores sociales.

La Ciudadanía Fiscal es crucial para la construcción del ciudadano brasileño y el desarrollo del país; esta es la necesidad real de relacionar la política, con la economía y la ética.

Queda claro, y como conclusión de que como visión de las soluciones a las dificultades sociales, está en la educación.

3.4 FORMA ESTRUCTURAL DE LA EDUCACIÓN FISCAL:

La Educación Tributaria nació estrechamente ligada al Estado de Bienestar, con la noción de ciudadanía como un instrumento fiscal que permitió la redistribución del ingreso a través de la aplicación de los tributos; por lo tanto, esta política pública tiene una estructura evaluativa e ideológico fundado en la búsqueda de la justicia fiscal y social.

Se entiende que sólo un desarrollo cuando se alcanzan estos principios, garantizada por el Estado y la conciencia colectiva e individual fortalecida por los gobernados.

De modo que las nociones de impuestos de la ciudadanía se convierten en parte del sentido común y por lo tanto se convierten en una práctica social.

Puede ejemplificarse el caso brasileño, que había una construcción inversa, la práctica social brasileña y el sentido común implica la afirmación de que el pago de impuestos es lo equivocado, que el ciudadano estaba siendo herido por el Estado y no a la inversa.

En este sentido vemos lo que señala Celso Furtado (2002, p.22):

"*Con una carga de 31%, Brasil podría hacer mucho. Pero su distribución es tan desigual, y así cae injustamente en los segmentos de bajos ingresos, [...]. Hoy en*

día el impuesto socialmente correcto es indirecto porque se centra exactamente en el acto de consumo, y se puede lograr la mayor pérdida de grupos de coeficientes o más beneficiado por el sistema de precios. [...]. La dificultad es que la opinión pública fue manipulada con el fin de estar en contra del pago de impuestos, lo cual es absurdo, ya que todos los países utilizan el sistema fiscal para corregir las desigualdades sociales ".

Sucede que en Brasil los debates sobre la práctica tributaria siguen siendo insuficientes, y apenas llegado en la agenda de las discusiones políticas.

La población brasileña está muy distanciada y relacionada con las desigualdades sociales tributarias; y que el Sistema Tributario Brasileño es todavía fuertemente regresivo, donde los pobres contribuyen mucho más que los ricos.

Cabe señalar que se hemos mencionado el debate de la población, la idea de que las desigualdades sociales, y sus vinculaciones a los dilemas fiscales.

Profundicemos el debate, y nos preguntamos por qué los pobres pagan el doble de impuestos que los ricos, y la implicancia de abrir una discusión sobre la política, clases dominantes y las aceptaciones sociales impositivas.

Esta es la necesidad de un nuevo pacto social que involucra a los medios de comunicación, la comunidad de negocios, políticos, universidades y ciudadanos, con el fin de construir una nueva estructura social que mantenga la ciudadanía fiscal.

Esta discusión implica necesariamente la universidad, el conocimiento, los impuestos y los medios por los cuales la aplican las garantías constitucionales, los derechos fundamentales, su suficiencia, el daño de la corrupción, que implican la imposibilidad de mantener las estructuras que impregnan las garantías constitucionales.

De manera que una imposición justa permite el desarrollo del Estado y la paz social.

Así que la Educación Tributaria es vista como una teoría de políticas públicas, estructuradas en el Estado de la democracia, con el fin de reemplazar a los paradigmas dominantes; es un medio para obligar al Estado a promover la dignidad y el desarrollo humano.

Señala Fritjof Capra (1996, p.25), a saber:

"*El paradigma que ahora está retrocediendo,a dominado nuestra cultura desde hace varios cientos de años, durante los cuales se ha dado forma a nuestra sociedad occidental moderna y ha influido considerablemente en el resto del mundo. [...] De las ideas y los valores arraigados, incluyendo la visión del universo (vista como una máquina, es como un sistema mecánico compuesto por bloques de construcción elementales del cuerpo humano), una visión de la vida en la sociedad como una lucha competitiva por la existencia, la creencia en el progreso material de límites, que se logra a través del crecimiento económico y tecnológico, [...]*".

Por otro lado, la cuestión del conocimiento es vital para cambiar la mentalidad de los ciudadanos, con la construcción de nuevos hábitos, valores y cultura, para que el estado post-moderno, solidificar el concepto de la dignidad humana; se trata de un Estado, verdadero educador de la sociedad y que domina la economía, en lugar de dejar que se dominan.

En el otro extremo está el ciudadano-contribuyente, que ha dominado el arte de pensar y al mismo tiempo es crítico, ético y creativo.

Por lo tanto, es que la educación se proyecta como un instrumento de transformación social, ya que tiene el objetivo principal de la formación del hombre en un ciudadano por su carácter formador; en segundo lugar el ciudadano ya es un educador y sirve para replicar el conocimiento y crear más numerosos educadores.

En esta línea, son las lecciones de Paulo Freire (1980, p.35):

"*El hombre se convierte en tema de reflexión sobre su situación, sobre su entorno específico. Cuanto más se reflexiona sobre la realidad de su situación, más emergente, plenamente consciente, comprometido, y dispuesto a intervenir en la realidad para cambiarla*".

Así, la Educación Tributaria basa su confianza en el poder transformador de la educación y la construcción de nuevos individuos que pueden cambiar la realidad en la que viven. De este modo se aplica como política pública principal que promueve la emancipación humana.

En éste camino, señalemos la doctrina de Edgar Morin (2002, p.39):

"*La educación debe fomentar la capacidad natural de la mente, para formular y resolver los principales problemas y de forma correlativa, estimular la utilización máxima (requiere el ejercicio de la curiosidad) de la inteligencia general. La misión de promover la inteligencia general de los individuos, y la educación del futuro, debe ser al mismo tiempo el uso de los conocimientos existentes, superando las antinomias resultantes de los avances en la experiencia e identificando una falsa racionalidad*".

Se está señalando de una educación con contenido, que debe seguir las estrictas normas, y no solo se reduce a proporcionar el mismo conocimiento para todos los estudiantes, el conocimiento de que estas son a menudo irrelevante y nunca serán utilizados en la vida de los ciudadanos; en la educación es lo relevante, hecho de que se basa la ciudadanía, desarrolla su arte de pensar, hace que sea crítico, profundo; es la educación la que cambia la realidad del país y permite una nueva forma de ver el mundo.

3.5 EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE 1988 Y LA EDUCACIÓN FISCAL:

La Constitución Federal Brasileña de 1988 terminó con un dramático período de la historia de Brasil; la Carta Magna implíca el final de una época de la tortura y la concentración de poder en manos de los militares, que era el fin de la dictadura militar.

En esta línea observamos la afirmación de Ulysses Guimarães (2016, en línea), a saber:

"*La Constitución ha cambiado en su elaboración, ha cambiado la definición de las competencias, cambió la restauración de la Federación, cambió cuando quieren modificar al ciudadano al hombre, y es el ciudadano que debe ganar salario justo y suficiente, saber leer y escribir, vivir, tener el hospital y la medicina, y ocio en reposo*".

La Constitución de 1988 fue inspirada principalmente por la Constitución Portuguesa de 1976, texto que sirvió como parámetro, y permitió la importación de lo que llamamos estado democrático.

En esta línea, señalemos las lecciones de Uadi Lammêgo Bulos (2007, p.63), a saber:

"*Pero fue el portugués, componente que lleva a la secuencia inicial de la organización sistemática del texto. La comparación de la Supremo Diploma de Portugal del año 1976 con la Ley Mayor Brasileña del año 1988, detectará el mismo orden en la distribución de materiales, a saber preámbulo, los principios y derechos fundamentales. La explicación de esto, se relaciona con las afinidades históricas y culturales tradicionales entre los dos países, sino también por la experiencia contemporánea de procesos de transición democrática, independientemente de sus rasgos distintivos. Se da así un cambio legal que se reunió en intervalos cortos, tales como la eliminación de textos en portugués, poco después de la independencia, que se describe como "freudiana" de Gilberto Freyre, para evocar,*

por ejemplo, el impacto de la Constitución portuguesa de 1820 en la Imperial Brasileña de 1824, en 1826 el portugués; nuestra republicana, 1891, en la nueva Constitución del Estado de Getulio Vargas, 1937 '[...] El constituyente, inspirado en el arte. 2 de la Constitución portuguesa, termina este arte. 1 indicando que la República Federativa del Brasil "constituye un estado democrático." Lo hizo correctamente, porque quería reforzar la idea de que el estado de derecho y la democracia, y la democracia y el estado de derecho, no son nociones tautológicas pleonásticas. Por lo que entrarían juntos, y no separados unos de otros, ya que su objetivo es reforzar el concepto de que la legislación de un Estado democrático surge en oposición a la Policía del Estado/autoritario, que promociona el repudio de las libertades civiles, en el sentido más amplio y más completo esta expresión puede llegar a dar lugar".

En la misma línea son las conferencias de José Afonso da Silva (2007, p.119, a saber):

"*La Constitución portuguesa establece el estado de derecho democrático, con la ley 'democrática' como su calificación y no como regla. Esta es una diferencia formal entre ambas constituciones. La nuestra emplea la expresión más apropiada acuñada por la doctrina, en la que el "democrático" califica el estado, que irradia los valores de la democracia en todos los elementos constitutivos del Estado y, por tanto, también en el ordenamiento jurídico. Luego la ley es magnetizada por estos valores, enriquecida con el sentimiento popular y tendrá que ajustarse al interés colectivo. Sin embargo, el texto de la Constitución portuguesa da el estado de derecho democrático el contenido básico de que la doctrina reconoce el estado de derecho democrático cuando afirma que es 'basado en la soberanía popular, el pluralismo de expresión y organización política democrática, el respeto y garantía efectiva de los derechos y las libertades fundamentales, que está dirigido a la consecución de la democracia económica, social y cultural y la profundización de la democracia participativa (art. 2)*".

Dentro de este contexto, la Asamblea Constituyente en Brasil planteó la noción de ciudadanía; la espiral gira en torno a la ciudadanía fiscal, que

se basa en dos principios, que son:

la participación popular en el presupuesto público, y la

solidaridad impositiva.

Estas dos disposiciones permiten la construcción del ciudadano activo.

Los principios educativos sustentados en la Constitución Federal Brasileña de 1988, que permite el pleno desarrollo de la persona, y que tendrá acceso a la Educación Tributaria; ésta Educación Tributaria busca la eficacia de una ley más grande, de la cual ocupó el centro del proyecto nacional de desarrollo.

Se entiende lógico señalar que el Brasil no tiene todo lo que se predijo, y se comprometió en la Constitución de 1988, donde la mayoría de las personas tienen una privación material de la vida y la distancia que han de experimentar una justa y solidaria sociedad libre, como se esperaba; es una incongruencia entre el texto normativo y la realidad material.

El hecho es que el gobierno de Brasil no cumple con los dictados constitucionales, y subvierte los valores fundamentales de acuerdo con su propia voluntad y en desafío de los organismos internacionales.

En este sentido ilustramos enseñanzas de José Luis Bolzan Morais (2002, p. 6):

"*Tenemos nuevas crisis, proponemos ahora señalar lo significativo del debilitamiento de los instrumentos jurídicos y políticos, de ordenar el poder político, de la organización estructural de la sociedad de la juridicización jerárquica de la política, del estado constitucional intermedio conocido consolidado como el proyecto liberal revolucionaria; de los contornos que estaban siendo ajustados a lo largo de los dos últimos siglos, a partir de las constituciones modernas (americana y francés) de perfil liberal clásico, hasta que surje el constitucionalismo social desde la*

segunda década del siglo XX, para llegar a sus líderes constitucionales y su "flexibilidad" en los momentos neoliberales ".

Es entendible que el drama brasileño perdurable, surge del propio desconocimiento de los principios constitucionales.
Cuando se sabe la hora que se cumple ciertos dispositivos de la Constitución? De hecho, se sabe que gran parte de la población nunca ha oído ni conocer la importancia de la Constitución; pero esto no implica el permiso de omisión o negligencia por parte del aparato del Estado.

Volver al dilema de Educación Fiscal, y capacitar a los hombres a ser consciente de la cultura constitucional, y servir como multiplicación de sectores entre iguales.

En éste camino encontramos las lecciones de José Souto Maior Borges (1980, 39), a saber:

"*Establecido en la Constitución el Principio de Igualdad, se deduce que, sin distinción, están prohibidos los privilegios de raza, clase y religión. Todo el mundo debe contribuir en la medida de sus posibilidades, a la satisfacción de las cargas públicas. Necesariamente la tributación debe obedecer a una relación directa o indirecta con los beneficios sociales conmutativos. La discriminación fiscal, implica un tratamiento privilegiado o favorecido de ciertas personas, que no debería tolerar el sistema constitucional brasileño; la ley puede establecer únicas excepciones de conformidad con el sistema constitucional de los impuestos, es decir, no violar el principio de igualdad o la igualdad de todos ante las autoridades fiscales. Pueden concederse excepciones que no contravenga el principio de imposición general, pero son sólo excepciones*".

En esta coyuntura es que tres elementos siempre deben estar alineados:

la conciencia, la

cultura, y el

sentimiento.

La cultura, es experimentar la vida cotidiana de la conciencia y el sentimiento, ya que enmarcan una cultura constitucional.

Desde la Teoría de la Constitución se predica que la propia Constitución transita a resolver los problemas del país, por otra parte, los puntos de experiencia real en un conjunto de problemas, que dificultan la transformación de la sociedad.

En este sentido Gilberto Bercovici (2003, p.179) enseña que:

"*Además, tal vez el mayor defecto, en nuestra opinión, la Teoría de la Constitución es una teoría constitucional de auto-centrado en sí mismo. Es decir, se creó una teoría constitución tan poderoso que la constitución resuelve todos los problemas, lo que favorece el instrumentalismo: se cree que es posible cambiar nuestra sociedad sólo con las disposiciones constitucionales. Por lo tanto, ignorado el estado y la política*".

Por lo tanto los derechos de ciudadanía que figuran en la Constitución, dependen de una organización de la sociedad que permite la construcción de una cultura política por parte del individuo, tan difícil como la aparente dificultad de organizar políticamente al pueblo.

Se sabe que es más fácil movilizar a la gente cuando están involucrados o relacionados con los programas de asistencia de intereses económicos.

Así que la Educación Tributaria debe ser empleada de forma permanente, a fin de crear nuevas generaciones titulares de una mayor conciencia.

En una simple comparación de la Constitución sería la mente, mientras que la acción sería el ser humano.

En este sentido, Jeferson Dytz Marín (2011, p.124), señala:

"*Esta actitud, por supuesto, presupone una conducta, incluso para asimilar las diferencias que dan lugar a la aparición de paradojas, las cuales serán el combustible del pensamiento auténtico, el pensamiento reflexivo. Se trata de la constitución de la igualdad, desde el reconocimiento de las diferencias, la apreciación de las culturas planetarias, regionales, los individuos y la comunidad, en definitiva, es la formación de un agregante a la educación dialogista que rompe con las prácticas de enseñanza ortodoxa*".

El marco constitucional brasileño requiere que el ciudadano politizado, participe de forma continua en el proceso democrático.

Puede ser que la fragmentación de la democracia en Brasil, se basa en la falta de conciencia de superar la desigualdad social en el país.

En el caso brasileño se acentúa que es una sociedad marcada por el poder oligárquico, la existencia de élites económicas y una burocracia estatal compleja; estos factores contribuyen a la deficiencia democrática.

El camino a la ciudadanía, radica en la conciencia, y en el sentimiento y la cultura democrática; en este sentido es que las discusiones sobre el orden constitucional deben llevarse a cabo de acuerdo con la política y el Estado; así que la Educación Tributaria analiza temas tales como impuestos, presupuesto público, Teoría General del Estado, la ética, con el objetivo de fortalecer la vida republicana y la defensa del Estado de Derecho democrático.

Así que para la realización de los principios fundamentales de la Constitución de 1988, que establece que los ciudadanos deben tener un amplio conocimiento de los retos que representa para la sociedad, y que están dispuestos

a hacer frente a los graves problemas que destruyen la vida social brasileña.

A su debido tiempo, la Educación Tributaria ofrece un cambio de valores que fomenta el desarrollo político, ético del hombre, y la sociedad; este es un nuevo instrumento que permite a una nueva percepción de la vida y el Estado, y que está previsto legalmente en la Ley Mayor.

Nace en éste contexto, una simbiosis entre el ciudadano y la democracia; y para que ésta se mantenga estable es imperativo que los ciudadanos tengan una mayor conciencia hasta el punto de que pueden entenderlo, la ausencia de tal ciudadano implicaría el colapso de la democracia.

La democracia es el modelo político que permite la interacción entre la ciudadanía y la libertad, a través de la creación y el cambio; ésta ciudadanía es un logro histórico (siglos) de hombres libres que se mantiene cor el orden constitucional y el conocimiento.

Por lo tanto, la ciudadanía dispensa una politización del ser humano a través de la absorción de conocimiento intuitivo y racional, por una formación individual y colectiva.

La realidad Constitucional de 1988 no difiere mucho de la presentada en los tiempos actuales,en este sentido, vemos lo señalado por Ulysses Guimarães (2016), a saber:

"*El hombre es un problema de la sociedad brasileña: sin salario, analfabeto, sin salud, sin hogar, por lo que no tiene la nacionalidad.*
La Constitución da la lucha contra las bolsas de pobreza que avergüenzan al país.
A diferencia de siete Constituciones anteriores, comienza con el hombre.
Gráficamente,atestigua de la primacía del hombre, que fue escrito por un hombre, que el hombre es un fin y la esperanza. Se trata de la constitución de los ciudadanos.
Ciudadana es lo que gana, come, usted sabe, vive, puede curar.
La Constitución nace de la profunda crisis de la mano de obra que socava las instituciones y la sociedad convulsionada.

Por lo que moviliza, entre otros, nuevas fuerzas para ejercer el gobierno y la administración de callejones sin salida.

El gobierno se ha comprometido por el ejecutivo y el legislativo.

Aquí está la innovación de la Constitución de 1988: dividir las habilidades para superar las dificultades contra la ingobernabilidad, se concentró en uno, permite la gobernabilidad de muchos. Es el valor Constitucional.

Se acercó, innovando, se atrevió, oído, visto, rompió tabúes, se aprovechó de que sólo puede ser salvado por la ley.

La Constitución va a durar a través de la democracia, y la única democracia, con gente con dignidad, con la libertad y con justicia".

Por lo tanto se necesita un reajuste entre el Estado y las personas (gobernantes y gobernados) con la creación de nuevos conocimientos, paradigmas y valores.

Si por un lado la Constitución se fundamenta en los valores de la solidaridad, la igualdad, la dignidad humana y la justicia, por el otro lado la sociedad es cada vez más desigual y víctimas de la injusticia social, sería el momento de soñar con el futuro.

En esta pista observamos como lo señala Paulo Freire (1979, p. 27), a saber:

"*[...] El hombre puede reflexionar sobre sí mismo, ponerse en un momento determinado, una cierta realidad: es un ser en constante búsqueda de ser más, y cómo puede esta auto-reflexión, que puede encontrarse un ser inacabado, que está en constante búsqueda. Aquí está la raíz de la educación. [...] La educación, por tanto, implica una búsqueda llevada a cabo por un tipo que es el hombre, la búsqueda permanente de "yo" con otras personas que tratan de 'ser más' y en comunión con el otro*".

La Constitución Federal Brasileña de 1988 tropieza con una tarea difícil, que es enfrenta a los dueños de grupos de poder, las élites gobernantes, de manera que finalmente busca su eficacia.

La situación económica y social es una barrera que debe ser derribada o transformada por la sociedad, es con toda la organización activa, es un primer imperativo de la misma.

3.6 La EMANCIPACIÓN HUMANA Y EDUCACIÓN TRIBUTÁRIA:

Por cuestiones tales como el presupuesto, el impuesto se trata en el nivel de paridad población, es necesario que el individuo se modifica en lo ideológico, por lo que se le enseña las premisas básicas de la ciudadanía y la ética.

Se trata de la construcción del individuo perennemente con la construcción de un proceso de reflexión y toma de conciencia; se trata de imponer a la responsabilidad ciudadana para luchar por un país justo y desarrollado.

De todos modos, el objetivo es buscar el pleno desarrollo de la capacidad humana y la construcción de un orden social dirigido por la cultura moral y de la ciudadanía.

Cabe señalar que sectores comprendidos por el grupo de edad más joven de la sociedad brasileña ha crecido, y participativo en los debates sociales más importantes para el Brasil, con recopilación de la información difundida por los medios de comunicación con un pensamiento reflexivo y crítico.

La mejora no se limita a esto, los jóvenes escuchan, y es totalmente plausible dar la bienvenida a la sorpresa que se presentan en respuestas a las preguntas que nuestra realidad económica sugiere; esencialmente están pensando en el contexto político del país, que no es suficiente, pero que seguro que es un buen comienzo.

Pero volviendo a reflexionar sobre la sociedad brasileña, es el hecho de quea pesar de estar fundada en excelentes leyes, vive una realidad decadente donde la mayoría de la población es extremadamente pobre, y no tienen acceso a la instrucción educativa.

Esta mayor situación experimentando problemas sociales, pero son discusiones no relacionadas, que en el fondo proponen una solución guiada a una mejor distribución del ingreso y la riqueza.

En este sentido, la Educación Tributaria propone una ruptura de

las viejas ideologías y prejuicios elitistas, instruyendo a la persona con una visión general de toda la estructura social y el Estado democrático.

Se identifica que uno de los retos que hay que superar por la Educación Tributaria, es la necesidad de realizar profundos conocimientos científicos, por lo tanto accesible a la sociedad, implicando proporcionar el contenido de la enseñanza y comprensible para todos.

De hecho, la Constitución Federal de 1988 garantiza a los ciudadanos el derecho a discutir y participar en las leyes fiscales del país; y por otra parte, impone al Estado el deber de hacer que el individuo utilice su poder político, y una conciencia social para hacerlo.

CAPÍTULO 4°

RETENCIÓN FISCAL Y CORRUPCIÓN

4.1 Retención de impuestos:

Históricamente en Brasil la evasión de impuestos está ligada a la época colonial, cuando Portugal otorgó poderes a un número de jueces y fiscales para trabajar, que se hayan enriquecido ilícitamente cuando comenzaron a explorar el pueblo brasileño.

Vale la pena señalar que en el período colonial hubo un intenso contrabando de oro, madera y piedras preciosas; como también podemos mencionar los diamantes, los cuales fueron retirados del Brasil sin ningún tipo de control estatal, y sin el pago de los impuestos correspondientes.

A través de los siglos, la cultura de la evasión de impuestos estaba siendo absorbido por cierta parte de la población, incluyendo la connivencia de los segmentos del sector público y el sector privado.

Es de destacar que a pesar de la prensa, que dan la idea

de que la corrupción (en sentido amplio) está vinculado al sector público, el sector privado encontró mayores tasas de evasión de impuestos, lo que resulta de gran volumen financiero formado por la falta de pago de impuesto.

La idea de que la evasión fiscal es un delito en el universo jurídico brasileño, se inició con la Ley Nº 4.729 de 14 de julio de 1965.

En este sentido vemos lo que expone el artículo 1 de la Ley Nº 4.729 / 65:

"*Artículo 1 constituye el delito de evasión de impuestos:*

I - proporcionar declaración falsa u omitir, en su totalidad o en parte, la información que se debe producir agentes de entidades jurídicas de derecho público, con la intención de eximir, total o parcialmente, el pago de impuestos, tasas y cualquier adicional debido por la ley;

II - insertar elementos inexactos u omisión de ingresos, u operaciones de ningún tipo en los documentos requeridos, o libros de las leyes fiscales con la intención de exonerar del pago de impuestos debido a la Tesorería;

III - facturas de cambio y en los documentos relativos a las transacciones comerciales con el fin de defraudar al fisco;

IV - proporcionar o expedir documentos agraciado o cambiar los gastos, posteriormente la adición de ellos con el fin de obtener la deducción de impuestos adeudados al Estado, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes.

V - Exigir, pagar o recibir, por usted o el destinatario del contribuyente pago cualquier porción de la parte deducible o se deducirá de impuesto sobre la renta como un incentivo fiscal.

Pena: prisión de seis meses a dos años, y multa de dos a cinco veces el valor del impuesto.

§ 1 En el caso del delincuente primario, la pena se reducirá a una multa de diez (10) veces el importe del impuesto.

§ 2. Si el autor se compromete el ejercicio de funciones públicas de crimen prevaleciente, la pena se aumentará en la sexta parte.

§ 3. El funcionario público para comprobar las asignaciones, la liberación o la supervisión de los impuestos, que contribuyen a la práctica del delito la evasión de impuestos, será castigado con la pena que aumentó este artículo tercero, con la apertura obligatoria del proceso administrativo competente".

En este sentido tenemos que señalar a Heleno Claudio Fragoso (2016):

"Antes de la aparición de la ley 4.729, del 14 de junio de 1965, el único fraude fiscal penalmente sancionado en el derecho brasileño fueron el contrabando y la malversación, previsto en el art. 334 del Código. Penal.

El contrabando y la malversación que no se costan aquí, aunque hay, en relación con estas figuras del crimen, los principales problemas técnicos quedan abiertos.

Vamos a examinar, aunque sea brevemente las nuevas disposiciones de nuestra legislación incriminatorias ampliamente, fraude relacionado con el pago de impuestos.

Estamos convencidos de que la persecución del fraude fiscal es en un país como el nuestro, un elemento importante de una política tributaria grave.

Este tipo de ilícitos entre nosotros no ofende el mínimo ético y el ciudadano no es consciente de que el cumplimiento de la obligación tributaria es un deber ciudadano, cuya transgresión ofende gravemente a la economía pública, y por lo tanto los intereses fundamentales de la comunidad.

El incumplimiento de este deber, puede presentar tan simple incumplimiento pasivo de la obligación tributaria, un hecho debidamente sancionado a través de medidas

administrativas (multas).

Sin embargo, puede ser más grave, cuando el fracaso de la obligación tributaria se realiza a través del engaño y el fraude con el uso de medios destinados a engañar a la autoridad, eludir el pago del impuesto.

En tales casos, es imperativo sanción penal, que existe en muchos países de larga data.

La ley de 4729, por tanto, llegó tarde, y es lamentable que es defectuosa y mal hecho".

Así que la idea de la corrupción no sólo está vinculado al sector público, sino también al sector privado en proporciones considerables.

Cultural, se ha convertido en la sociedad brasileña, en criticar a la clase política en su conjunto, llamándolos corruptos, deshonestos, entre otros; por el contrario es poco la población por criticar los impuestos que deben los empresarios, en la práctica son dos temas y dos medidas totalmente diferentes.

En Brasil, la evasión de impuestos debe ser visto tan mal, como la corrupción política, constituyendo ambos vergüenza nacional.

Registrar el impuesto evadido, ya no es una serie de servicios públicos que benefician a la sociedad.

Así, la población todavía no ha alcanzado un nivel de inteligencia que permite ver al empresario deudor como un evasor de lo que realmente es: un criminal, como cualquier otro.

Un delito contra la propiedad o contra la vida, es un crimen tanto como un delito fiscal, mientras que el tratamiento de los diferentes bienes jurídicos, el simple acto de transgredir la norma tiene implicaciones legales graves.

Nos ilustra Antonio Claudio Mariz de Oliveira (1995, p.155), a saber:

"La evasión de impuestos, otro crimen único de las capas más privilegiadas, se ha

convertido en un comportamiento habitual, normal, podríamos decir que, aculturados por dichas capas. Sin embargo, es notoria por su nocividad como desfalco al erario, los segmentos más necesitados se ven privados de los recursos invaluables que se aplican correctamente, suministraría sus necesidades. Sin embargo, son manifestaciones raras de la sociedad, exigen una aplicación más rigurosa de estos ataques como los valores relevantes ".

Es de destacar que el aumento incontrolado de la evasión de impuestos, implica directamente en el aumento de la carga fiscal, ya que el Estado debe compensar las pérdidas debidas a los valores que ya no se recogen.

Por lo que, el Estado sobrecarga a contribuyentes honestos, y de alguna recompensa a los evasores.

El delincuente fiscal para evadir, tiene una serie de ventajas en relación a otros competidores, especialmente la oportunidad de presentar al mercado un precio muy competitivo, ya que no cobra los impuestos adeudados.

Por lo tanto, el impuesto puede ser utilizado como una actividad lícita instrumento obstáculo o fomenta las actividades lícitas para el bienestar de la comunidad. Volviendo a las disposiciones de la Ley Nº 4.729 / 65 cabe señalar que antes de la edición en el Sistema Jurídico Brasileño el único impuesto previsto penal ilícito, cuando el contrabando y la desobediencia que todavía estén previstos en el Código Penal.

Veamos lo que establece el artículo 334 del Código Penal:

"*Art. 334. Evasión, en su totalidad o en parte, el pago de derechos o impuestos debido a la entrada, la salida o por los bienes de consumo (redacción modificada por la Ley N ° 13.008, de 26.06.2014)*

Pena - reclusión de uno (1) a cuatro (4) años. (Redacción modificada por la Ley N ° 13.008, de 06.26.2014)

§ 1 En la misma pena que: (Redacción modificada por la Ley N ° 13.008, de

26.06.2014)

I - la práctica de cabotaje, excepto en los casos permitidos por la ley; (Redacción modificada por la Ley N ° 13.008, de 06.26.2014)

II - la práctica de hecho asimilable, especialmente la ley, la malversación; (Redacción modificada por la Ley N ° 13.008, de 06.26.2014)

III - venda, ofrezca en venta, mantiene en depósito o en cualquier manera el uso en sí mismo o para otros, en el ejercicio de la actividad comercial o industrial de origen extranjero mercancía introducida clandestinamente en el país o importados de manera fraudulenta o que conozca el producto de el contrabando en el territorio nacional o de importación fraudulenta de otro; (Redacción modificada por la Ley N ° 13.008, de 06.26.2014)

IV - adquiera, reciba o se oculta en sí mismo oa otros, en el ejercicio de la actividad comercial o industrial de bienes de origen extranjero, acompañado o no acompañado documentación documentos legales se sabe que son falsas. (Redacción modificada por la Ley N ° 13.008, de 06.26.2014)

§ 2 se asimila a las actividades comerciales a los efectos de este artículo, cualquier forma de comercio irregular o ilegal de mercancías extranjeras, incluyendo ejerce en los hogares. (Redacción modificada por la Ley N ° 13.008, de 06.26.2014)

§ 3 - La pena se aplicará el doble si el delito de tráfico ilícito o la malversación se practica en el transporte aéreo. (Incluido por la Ley Nº 4.729, de 14.07.1965)

§ 3 La sanción se aplica el doble si el delito de malversación se practica en el aire, el mar o por vías navegables interiores. (Redacción modificada por la Ley N ° 13.008, de 06.26.2014).

Contrabando Art. 334-

"*La Importación o exportación de mercancías prohibidas: (Incluido por la Ley N ° 13.008, de 26.06.2014)*

Pena - reclusión de dos (2) a cinco (5) años. (Incluido por la Ley N ° 13.008, de 26.06.2014) § 1 En la misma pena que: (Incluido por la Ley Nº 13.008, de 26.06.2014)

I - la práctica de hecho asimilable, especialmente la ley, el contrabando; (Incluido por la Ley N ° 13.008, de 26.06.2014)

II - importaciones o exportaciones de contrabando bienes sujetos a registro, revisión o autorización de organismo público competente; (Incluido por la Ley N ° 13.008, de 26.06.2014)

III - reinserta la mercancía territorio nacional de Brasil para la exportación; (Incluido por la Ley N ° 13.008, de 26.06.2014)

IV - venda, ofrezca en venta, mantiene en depósito o en cualquier manera el uso en sí mismo o para otros, en el ejercicio de la actividad comercial o industrial, mercancías prohibidas por la ley brasileña; (Incluido por la Ley N ° 13.008, de 26.06.2014)

V - adquiera, reciba o escondido en sí mismo oa otros, en el ejercicio de la actividad comercial o industrial, mercancías prohibidas por la ley brasileña. (Incluido por la Ley N ° 13.008, de 26.06.2014)

§ 2 - equivale a las actividades comerciales para los efectos de este artículo, cualquier forma de comercio irregular o ilegal de mercancías extranjeras, incluyendo ejerce en los hogares. (Incluido por la Ley Nº 4.729, de 14.07.1965)

§ 3 La sanción se aplica el doble si el delito de contrabando se ha comprometido en el aire, el mar o por vías navegables interiores. (Incluido por la Ley N ° 13.008, de 26.06.2014)".

De hecho la evasión de impuestos se ha convertido en un crimen con la promulgación de la Ley Nº 4.729 / 65, que establece conductas reprobables.

Hay que recordar que este momento histórico marcado por la

entonces reciente Revolución de 1964, rompió con todo el sistema legal existente, marcando el comienzo de un nuevo orden político y jurídico.

Brasil fue controlado por un gobierno militar, que permaneció en el poder hasta el año 1985, cuando se puso de manifiesto el proceso de democratización.

Inmerso en el contexto de la crisis política que había una necesidad de controlar la creciente evasión de impuestos, lo que resulta en la figura jurídica de la evasión de impuestos, con la promulgación de la Ley Nº 4.729 / 65.

En este sentido, observamos que enseña Claudio Costa (2005, p. 21):

"*La Ley 4.729 de 14.jul.65, publicado durante el gobierno de Castello Branco, bajo los auspicios del golpe militar en 1964, fue la primera a la atención específicamente, bajo el punto de vista penal, la evasión de impuestos*".

Registrar esa disposición legal, implícita una alusión a la reducción o supresión, practicada por los agentes económicos contra la hacienda Pública.

En el momento de la promulgación de la ley, significó el fin de una serie discusiones y debates doctrinales y jurisprudenciales en torno al tema.

Podemos ilustrar las cuestiones relativas a la adulteración de notas, el principio de reserva legal, entre otros.

Sin embargo, en la práctica, esta ley no fue suficiente para frenar la práctica de la retención de impuestos.

En esta línea, se expone la enseñanza de Edmar Oliveira Andrade Filho (2004, p.35):

"*La Ley n. 4.729 / 65 nunca llegó a cumplir su deseo de luchar contra la evasión de impuestos, tal vez por la negligencia del sistema de impuestos estatales, que, al parecer, no estaba convencido de lo que es la mejor política: dependen de los*

ingresos que es la multa o gastar los fondos recursos financieros para perseguir y encarcelar a los evasores. Cobramos bien, reconocemos, es mucho más fácil de identificar, en la gran masa de contribuyentes, las personas jurídicas, la mente criminal que ingeniado evasión. Por otra parte, no cabe duda de que los activos de la empresa funciona como un elemento que ofrece mayores garantías de que el Tesoro va a recibir el importe del impuesto o contribución".

La apertura democrática que se produjo en la segunda mitad de la década de 1980 hizo posible convocar a una Asamblea Nacional Constituyente que dio lugar a la promulgación de la Constitución de 1988, popularmente conocida como "Constitución Ciudadana".

Esta Carta Magna se enfrenta a una realidad nacional, que se caracteriza por un pequeño número de contribuyentes, y los ingresos en fuerte caída.

Junto a esto, se suma una inflación galopante, que empobreció a grandes segmentos de la sociedad, como la clase media, llevándolos a un estado de miseria y la pobreza.

En medio de la reapertura democrática y los problemas económicos tradicionales en el país, que fué sofocante durante el gobierno de Fernando Collor, se promulga la Ley Nº 8.137, del 27 de diciembre, de 1990.

Mencionado texto normativo, se intenta para hacer frente a cuestiones tales como delitos contra el sistema de impuestos, entre otros.

A modo de ilustración veamos las disposiciones del artículo 1 de la Ley Nº 8.137 / 90:

"*Art. 1 Se trata de un delito contra el orden impuesto sobre la eliminación o reducción de impuestos o contribución social y cualquier accesorio a través de las siguientes medidas*

I - Omito proporciono información o declaración falsa a las autoridades fiscales;

II - defraudar a la inspección tributaria mediante la introducción de elementos

inexactos u omisión de operaciones de cualquier naturaleza en un documento o un libro requerido por la ley de impuestos;

III - falsificar o alterar la factura, factura, por duplicado, contrato de venta o cualquier otro documento relacionado con la operación gravada;

IV - preparar, distribuir, ofrecer, emisión o uso de documentos que sabe o debería saber falsa o inexacta;

V - negar o dejar de proporcionar, cuando sea necesario, factura o documento equivalente en la venta de bienes o prestación de servicios, llevan a cabo de manera efectiva, o proporcionarla en conflicto con la ley.

Pena - reclusión de dos (2) a cinco (5) años y multa.

Párrafo unico. El no cumplir con el requisito de la autoridad, dentro de los diez (10) días, que pueden ser convertidos en horas debido a la mayor o menor complejidad de la materia o de la dificultad que se cumplan los requisitos, caracteriza a la infracción prevista en la sección V".

En este vínculo, vemos que enseña Claudio Costa (2005, p 26.), a saber:

"*[...] La promulgación de la Ley 8.137 / 90, se llevó a cabo durante el gobierno de Fernando de color, en el curso de un movimiento creciente de la legislación penal y la intensificación de las sanciones penales explícitamente contemporáneas para la ejecución del proyecto neoliberal en América Latina. Esta política criminal de circulación del Estado neoliberal tenía el hito cronológico, sólo el comienzo de los años 90 este movimiento, con una mano alcanzó el delito, reemplazando el tratamiento social de la pobreza mediante el tratamiento penal, dada la necesidad de reducir el estado, por el contrario, trajo el uso simbólico del derecho penal en la cara de los llamados delitos de cuello blanco, trabajando como legitimar el sistema, que enmascara su rostro perverso de la pequeña exclusión de los inversores,*

microcapitalista, y la garantía de los intereses de la protección de los grandes conglomerados financieros supranacionales ".

Por lo tanto, se entiende que la Ley Nº 8.137 / 90, llegó a disciplinar a toda la materia creada por la Ley Nº 4.729 / 65, de manera que convierte los crímenes formalmente, y la aplicación de una sanción más elevada en relación con las disposiciones de la legislación existente.

En este sentido observamos que instruye Hugo de Brito Machado (2016), a saber:

"*El estudio de los delitos contra el sistema de impuestos se vuelve más importante que el aumento de los segmentos de las autoridades fiscales y fiscales que creen que es posible aumentar la recaudación de impuestos por la intimidación, y esta encargado de hacer efectiva la aplicación de sanciones penales*."

Es de destacar que la Ley Nº 8.137 / 90, se dividió en dos partes, el primer capítulo trata de los delitos contra el sistema fiscal, y el segundo capítulo se refiere a los delitos contra el orden económico y las relaciones de consumo.

Por último hay todavía un tercer capítulo, que vuelve a referirse a los delitos contra el orden impuesto, y un cuarto capítulo se presentan las disposiciones generales de la ley.

Es importante tener en cuenta que el texto normativo aludido no prevé ningún modo de fallo por delitos contra el orden impuesto, dejando objetivamente transparentar que todos esos crímenes son intencionales, requieren una intención específica, es decir, la libre expresión de la voluntad por parte del sujeto activo.

4.1.1 Raíces de la Evasión Fiscal:

En Brasil son notorios y numerosos los escándalos relacionados con la evasión de impuestos, sin embargo a pesar de la legislación es moderadamente fuerte, pocos criminales son llevados a la corte y luego a la cárcel.

Debe tenerse en cuenta, como se ha mencionado anteriormente, la cultura del evasor no es un criminal, sino un hombre de negocios con capacidad para reducir los costos sigue siendo muy fuerte en el Brasil. Junto a esto, en defensa del delincuente, todavía hay una serie de mecanismos legales, establecidos que permiten la extensión del proceso durante muchos años.

En esta coyuntura, los delincuentes buscan una serie de razones para apoyar sus actos criminales. La primera se basa en una racionalidad económica que busca la recesión económica, la competencia desleal, y el crecimiento de las razones de la economía informal que dan lugar a la falta de pago de los impuestos correspondientes. En segundo lugar, podemos citar una serie de naturaleza socio-cultural de las raíces, entre ellos la falta de interés político en la lucha contra la evasión de impuestos, así como la falta de instrucción educativa y de sensibilización tributaria de los contribuyentes. Acompañado a esto, es la falta de confianza de los contribuyentes en el gobierno y la incredibilidad en el buen uso de los recursos. Un punto a destacar es que los impuestos no recaudados, dejan de ser invertidos en bienes y servicios públicos. Ya por tercera vez evasores justifican las razones por las causas legítimas. En una cuarta vez pueden identificar las causas de gobierno, en los que hay acciones u omisiones del gobierno para crear un entorno propicio para la evasión como la deficiencia en la supervisión, la aplicación y cobro de las sanciones, la inseguridad de los agentes del Estado, y la corrupción, un asunto que será tratado con tema específico en este capítulo. En una quinta vez que identificamos uno de los mayores incentivos para la evasión de impuestos es competencia desleal, ya que el evasor no recoge los impuestos que afectan el precio final del producto, el aumento de las ventas en competencia desleal con sus competidores que aboban adecuadamente sus impuestos. Finalmente señalemos como ilícito, causas que son la corrupción y la malversación de los agentes de hacienda.

Por más que el evasor busca numerosas causas o justificación moral o cultural de sus actos criminales, legalmente no hay perdón, como crimen

deberían ser perjudicados por su respectivo castigo. El Estado de omitir el castigo de los delincuentes fiscales, crea un círculo vicioso que estimula aún más la evasión fiscal y otros delitos fiscales. Además, genera un ambiente de descrédito en la actividad del Estado que está vinculado a la falta de castigo de los delincuentes y la falta de supervisión.

Así como se ha mencionado anteriormente, hay muchas razones para la evasión de impuestos, sino también muchas son las formas utilizadas por los contribuyentes a la realización de la evasión de impuestos. Esa ilegalidad es demostrable en el comercio, la industria y los servicios.

Podemos citar ejemplos de cómo se produce en el fraude fiscal, como rutina en brasileños: facturas de compra; facturas adulteradas clonados; venta sin previo aviso; venta con las notas con precio nominal; falta de pago de los impuestos recaudados por terceros; distribución encubierta de beneficios; el balance de caja alta; saldo de caja negativo; hay registro de los empleados, manipulación de guías de recopilación, creación de empresas ficticias, donaciones irregulares, entre otros.

Se encontró que la evasión de impuestos está vinculada a diversos segmentos de la sociedad y no es algo único para todo la industria.

Se identificó que la premisa de que la evasión de impuestos está vinculada a la alta carga tributaria brasileña, es falso, ya que en muchos países con cargas similares y un fuerte mecanismo de lucha es el control de la evasión de impuestos. Por lo tanto no se puede imponer altos impuestos sobre la responsabilidad, en relación con el cambio en el pago de impuestos, a diferencia de lo que sucede en Alemania, Canadá, Dinamarca y Suecia, entre otros.

Por otro lado a pesar de la fuerte presencia de la evasión de impuestos en Brasil, la mencionada ilegalidad está presente en todos los países del planeta, ya sea en micro o macro escala.

Nuestro debate todavía gira en torno a la mala aplicación de los fondos públicos. Esta no es la cantidad, se estima que el tesoro nacional

brasileño es bien proporcionado, es de buen uso la forma de utilización, la calidad de uso, probidad.

La carga tributaria brasileña es compatible con muchos países ricos, sin embargo, las inversiones del Estado no se producen en la proporción correcta, dejando áreas claves sin la financiación y las inversiones, con pago de servicios públicos abismales. Corresponde afirmar que el contribuyente paga caro, pero no tiene el rendimiento adecuado para el Estado.

De hecho, se sabe que la evasión fiscal es el resultado de la voluntad del contribuyente. Ellos, de libre albedrío, que dará lugar a una cadena de acciones ilícitas y eventos con el fin de minimizar el gasto para el pago de impuestos. si el contacto que es exclusivamente la decisión de los contribuyentes para pagar el deber o la evasión de impuestos.

En este sentido observamos que enseña Marcelo Lettieri Siqueira y Francisco S. Ramos (2005, p 571.), a saber:

"*El primer modelo de decisión de la evasión de los contribuyentes fue desarrollado por Allingham y Sandmo (1972), complementado por Srinivasan (1973) y revisado por Yitzhaki (1974). En ella, la evasión es visto como un problema de asignación de cartera: el contribuyente debe decidir qué parte de sus ingresos y (postulado como un factor exógeno) quiere invertir en esta actividad de riesgo. Si usted no quiere correr ningún riesgo, declarar totalmente sus ingresos; de lo contrario se declara sólo una fracción de la misma y acepta el riesgo de ser detectado y multado.*

El problema es elegir la declaración de impuestos óptima cuando los ingresos declarados se grava a una tasa fija T y la evasión es multado a una velocidad proporcional al impuesto evadido. La probabilidad de una auditoría, es decir, la probabilidad de que se detecta el verdadero nivel de ingresos, es fijo y exógeno dado por p ".

[...]

Este modelo básico da una buena idea de las decisiones de evasión de impuestos de los contribuyentes en una estructura muy simple: los impuestos y las sanciones son proporcionales, la probabilidad de auditoría es constante y sólo una forma de evasión de impuestos está disponible (la subdeclaración de ingresos gravados). Por otra parte, se supone que el contribuyente sigue la teoría de la utilidad esperada y es perfectamente amoral, es decir, toma decisiones sobre la obediencia exclusiva a las consecuencias de sus ingresos netos".

Esto implica que cualquier persona que retiene, también tiene una probabilidad de sufrir una auditoría sea desenmascarado y castigados. Cuanto mayor sea el poder de fiscalización de Finanzas, mayor es el poder de inhibición a lo largo de los contribuyentes evasores.

Dos razones conducen al contribuyente por evasión de impuestos, uno está dentro, el otro fuera. El interior viene de la propia persona, su formación, moral y conducta personal. Pero la razón exterior es la que surge de los beneficios derivados de la práctica ilícita.

Existe una fuerte percepción de que el contribuyente brasileño que el Estado no es eficaz en el control de los casos de fraude fiscal. Un ciudadano frente a la discapacidad de dicho Estado, se siente el derecho de obtener beneficios financieros, aprovechando su propia bajeza, para dañar a la comunidad. Si el Estado es ineficiente, que esta situación no la corrige, y el contribuyente a su vez es un transgresor de la ley. En cierto es que el error, el mal carácter ya estaba allí en el individuo a la espera del momento para emerger.

Otro punto crucial en esta discusión es la complejidad del sistema tributario. Es indiscutible que el Sistema Brasileño se compone de un gran número de leyes y de normas dispersas, acompañado por el exceso de burocracia, que obstaculizan el buen funcionamiento, y la supervisión de la vida fiscal de una empresa.

Señalemos lo que expone Hugo de Brito Machado (1994, p.28), a saber:

"*[...] Estoy convencido de que la resistencia de los contribuyentes a la demanda de impuestos, no es más que un aspecto de la cuestión de la eficacia de la ley. En efecto, en la medida en la relación impuestos es una relación jurídica, no sólo una relación de poder, el cumplimiento de la obligación de pagar el tributo no es nada más que la observancia del estado de derecho*".

Pero esta realidad no es y no puede ser estímulo para la evasión de impuestos. El mercado ofrece una gran variedad de profesionales competentes capaces de gestionar los asuntos fiscales de una empresa, incluyendo la posibilidad de realizar los numerosos beneficios.

En este sentido observamos que instruye Ubaldo César Balthazar (1999, p 205.):

"*La madurez que debe guiar la discusión sobre la reforma tributaria resultará en un juicio igualmente maduras acerca de las necesidades reales y los cambios que necesita el sistema. El debate debe atacar a afrontar la cuestión del uso indiscriminado de medidas anecdóticas utilizados sólo para resolver problemas a corto plazo se encuentran en el sistema. El uso (y abuso) de estas medidas resulta inevitablemente en la lucha contra los efectos de los problemas fiscales y de impuestos, y no las causas de éstas. La maraña de reglas antes mencionado causada por el uso excesivo de mecanismos legales de los objetivos inmediatos termina provocando la aparición de fiscal.O verdadera evasión nacional flagelo en esta área está hecho conocido, se llama evasión de impuestos. Para combatirlo, estrictamente hablando, no necesitamos la reforma constitucional* ".

Sabemos que necesitamos un Estado fuerte y eficiente, capaz de promover el desarrollo de políticas públicas en varias áreas, para ello, el primer paso consiste en la aplicación de políticas fiscales que restringen la evasión de los mismos, con reducción de las pérdidas en los ingresos y por lo tanto el aumento de la colección, sin aumentar la presión fiscal.

4.1.2 Las Discusiones Sobre la Evasión de Impuestos:

Un sistema fiscal se mantiene en base a la idea de que todo el mundo paga sus impuestos, por la cantidad recolección de las personas como los bienes y servicios públicos. Se sabe que la evasión fiscal es importante y provoca una enorme pérdida de ingresos.

Observamos que enseña Deoni Pellizzari (1990, p. 15): "*[...] las pocas piezas que se encuentran en la evasión de impuestos traer una interpretación legal hacia atrás y conservador. Retrasado porque se refieren a los textos legales, muchos de ellos lejos de la realidad, ya que debe ser tratado y castigado. Conservadora porque atenúa demasiado este tipo de acción, teniendo en cuenta que casi como una práctica normal. Pocos se centra en el daño social que sufre la población Las pocas obras están desprovistos de una reflexión más profunda sobre la imposición, la evasión de impuestos y sus efectos económicos y sociales.*

La impresión es que la literatura limitado no es debido a la falta de conocimiento sobre el tema, pero, debido a los intereses extranjeros no divulgar este tipo de problemas sólo conocido por unos pocos (que ven más) y completamente desconocido por la mayoría de la población que no saben cómo funciona la tributación, cuánto es,
¿quién paga, quién recoge, quién se beneficia, que eludió, etc. [...]
La ignorancia combinada con una gran cantidad de mentiras, tabúes, mistificación, el fraude y otras distorsiones del sistema, la creación de esta farsa que es la evasión de impuestos y el actual. Exacerbando, en definitiva, la crisis moral, ético y legal que estamos viviendo".

Se planteó que si bien Brasil ha buscado la modernización de poner freno a la práctica de la evasión de impuestos, los estafadores también han buscado medios alternativos para perpetrar su malversación, por difícil que puede definir el alcance de la evasión de impuestos.

La falta de pago de impuestos o la falta de pago se compone de dos grupos: el fraude fiscal o la evasión fiscal.

La evasión de impuestos es la denominada evasión de impuestos. Es la eliminación o reducción del pago de impuestos. Entre otras nomenclaturas evasión de impuestos correspondientes tenemos la evasión de impuestos, el fraude fiscal, la evasión ilegal, entre otros.

En este sentido, enseña Deoni Pellizzari (1990, p 47.), a saber:

"*Se entiende por evasión de impuestos a la vez simple falta de pago o no pago de la contribución dispuesta por la ley, cuando la acción consciente, contribuyente espontánea, dolorosa o intencional el que, haciendo uso de medios ilícitos, tiene por objeto evitar o eliminar, reducir o retrasar la recogida de pago o tributo considerado requerida por la ley. Sin embargo, es necesario diferenciar la sencilla evasión de dolorosa o fraudulenta. La primera es la evasión de impuestos como resultado de la falta de pago del impuesto sin ninguna malicia o sin engaño o fraude trabajo. Es un simple falta de pago. El segundo se genera a partir de fraude o mala fe del sujeto pasivo, que utiliza los medios de comunicación, maniobras o trucos para eludir o evadir el pago de impuestos*".

Podemos mencionar a Marcelo Lettieri Siqueira y Francisco S. Ramos (2005, p 556), a saber:

"*Otro concepto relacionado con la pérdida de ingresos es la evasión de impuestos (o ahorro fiscal), en la que las personas reduzcan su propia impuestos de una manera que no era deseado por los legisladores, pero que no estaba expresamente previsto y prohibido por la ley. El borrado se realiza generalmente a través de transacciones estructuradas para minimizar la responsabilidad fiscal.*

Desde un punto de vista jurídico, la evasión de impuestos difiere de la elisión que es ilegal, y por lo tanto punible (al menos en teoría). En cuanto a la función económica, sin embargo, la evasión y elusión, obviamente, tienen fuertes similitudes y, en la mayoría de los casos, apenas se puede distinguir. Esto aumenta la dificultad de interpretar las implicaciones reales de la 'brecha fiscal'".

Complementa Deoni Pellizzari (1990, p.45), a saber:

"*Es el acto o hecho que tiene como objetivo prevenir la aparición de la obligación tributaria, sin la práctica o engaño o fraude. Ella es también conocida por el ahorro de impuestos, ahorro de impuestos, ahorro de impuestos, elusión, evasión fresco, evitar la evasión legítima y legal*".

La evasión fiscal puede ocurrir de dos maneras: explícitos e implícitos. La forma explícita es la expuesta en la legislación, es decir, que deriva de la ley. La implicación surge de los huecos o lagunas. El primer partido no es un estímulo legislativa una serie de beneficios fiscales, exenciones, inmunidades, entre otros. El segundo utiliza herramientas legales para producir disminución de la tasa, a menudo utilizando la planificación fiscal para minimizar los efectos de la presión fiscal.

En esta línea nos damos cuenta de lo que corrobora Nilton Latorracca (1983, p.19), a saber:

"*Planificación Fiscal, el desarrollo de la actividad empresarial que es estrictamente preventiva, proyecta los actos administrativos y los hechos con el fin de informarle de que la presión fiscal en cada las opciones disponibles. El objetivo de la planificación fiscal es, en última instancia, el ahorro fiscal. Al comparar las distintas opciones legales, el administrador obviamente buscando para guiar sus pasos con el fin de evitar, siempre que sea posible, el procedimiento más costoso desde el punto de vista legal. Es por ello que la planificación fiscal preventivo es esencial para la definición de la materia, no sólo en el sentido técnico, sino también desde un punto de vista jurídica*".

Complementa Almir Malkowski (2013, p. 23), a saber: "*El objetivo de la planificación fiscal es, en última instancia, el ahorro fiscal. Cortejando a las diversas opciones legales, el administrador obviamente buscando para guiar sus pasos con el fin de evitar, siempre que sea posible ", el procedimiento más costoso del punto de vista fiscal*".

La principal diferencia entre la evasión y la elusión fiscal se centra

en la legalidad. La evasión de impuestos es ilegal, por lo contrario a la ley. Por lo tanto la elusión fiscal es legal, permitida por la ley y proporciona ningún castigo para el contribuyente, y sus acciones siempre se originan antes del evento desencadenante. Es de destacar que a pesar de las diferencias identificadas controversias, ambos implican pérdidas y disminución de los ingresos fiscales.

La finalidad de evasión de impuestos es para prevenir la incidencia del impuesto, reducir la cantidad del impuesto y, si es necesario, retrasar el pago (sin intereses, correcciones o multas).

4.1.3 Identificación de los Defraudadores:

Las obligaciones tributarias se cumplen mediante la correcta recaudación de impuestos y el suministro de información y datos veraces a la autoridad del Tesoro. Cabe señalar que gran parte de la evasión de impuestos está relacionada con el enmascaramiento de dichos datos con el fin de proporcionar información falsa, con el fin de eximirse de las obligaciones.

En este sentido observamos que enseña Deoni Pellizzari (1990, p.49):

"*sólo se retienen los impuestos que tienen posibilidades para ello, es decir, que se ocupa de estos valores y tiene la responsabilidad para reunirlos a las arcas públicas*".

En el sistema de impuestos de Brasil pueden identificar dos personas responsables del pago de impuestos, o los contribuyentes: empresas (personas jurídicas de derecho privado) y los consumidores (personas físicas).

En la cultura brasileña, se ha mostrado que los agricultores, son de poco eludir la acción, mientras que los profesionales y las empresas son más activos en la práctica fraudulenta. Mientras que los miembros de la economía informal, por su propia naturaleza, actúan en la evasión de impuestos por parte de los que no están constituidas formalmente.

Es de destacar que la cosecha de las empresas, independientemente de su tamaño (micro, pequeñas, grandes y multinacionales) la evasión está presente en sus diversas formas.

4.1.4 La Lucha contra el Fraude Fiscal:

Como se ha explicado la evasión de impuestos es un proceso complejo que implica una serie de variantes, pero básicamente se origina en el deseo humano de darse el gusto a expensas del Estado y la sociedad.

Por lo tanto, es necesario que las dos entidades perjudicados buscan formas de frenar y reprimir la práctica penal. La lucha contra la evasión de impuestos es una premisa del Estado se compromete a aplicar políticas públicas que permitan la mejora de la vida de sus ciudadanos.

En el nivel brasileño se ve en los últimos años una intensa modernización del aparato estatal, especialmente cuando señalamos la creación de la Factura Electrónica - Nfe, el Digital Pública Contabilidad Sistema - SPED, las micro-empresario, la integración del Servicio de Impuestos Internos de Brasil y de Seguridad sociales, todas estas acciones han contribuido a la normalización de la información contable / fiscal y contribuirán a un mayor control de la evasión de impuestos. Además los avances tecnológicos han permitido obtener un mayor intercambio de datos entre la Unión, los Estados y Municipios, para determinar la inconsistencia en la información fiscal proporcionada oficialmente. Cabe destacar que la lucha contra el fraude fiscal es diaria, es decir, es una planta perenne, duradera y por lo que debe ser mantenido.

Por otro lado, esta serie de acciones han llevado al contribuyente algunos beneficios, como el tratamiento diferenciado para las microempresas, simplificar, y acelerar los procesos tributarios administrativa, la reducción de costos, diferentes tasas, la facilidad de cálculo, y recaudación de impuestos.

Se sabe que la oposición a la evasión de impuestos se basa

también en la reducción de la informalidad. Es un reto para el Estado de proporcionar miles de personas que viven en la economía informal pueden ser transparentados por el tesoro. Está claro que hay una crisis global que llevó a la creación de un mercado de trabajo informal en muchos países; y esta situación se debe a la ruptura del modelo capitalista tradicional. La recesión económica y otros factores derivados de la globalización (desempleo rampante, salarios rezagados, multinacionalización de las empresas, el debilitamiento de los derechos laborales) contribuyen al crecimiento de la informalidad.

En éste sentido, señala María Cristina Cacciamali (2007, p.150), a saber:

"*[...] que se percibe por el hecho de que el sector informal no puede moverse en el suelo explotado por las empresas capitalistas, que mediante la impresión de su dinámica en el espacio delimitan económica de los intersticios explotables por las unidades de producción del sector informal, es decir, se definen los aficionados de su capacidad para ofrecer productos y servicios. El sector informal dentro de esta dinámica, muestra flexible y permeable, extinción y la expansión de ciertas actividades, modificando así su composición y sus relaciones con el sector formal, debido a los espacios no ocupados sin embargo, abandonado, creado o recreado por de producción de las empresas capitalistas, y la satisfacción de las demandas que no están siendo satisfechas por ellos. [...] El sector informal se compone de obras y actividades que ocupan los intersticios de los bienes, que se forman y transforman el toque de los cambios causados tanto por la expansión de las empresas capitalistas que alteran la estructura de la oferta de bienes, como el nivel y composición de la demanda de bienes, construido por el nivel y la distribución del ingreso*".

Ante el gran número de trabajadores que viven en el informal, no se puede olvidar su importancia para el crecimiento de la economía a través de la producción y circulación de bienes y servicios. La economía informal no es en sí mismo un enemigo del Estado, y por lo tanto no debe ser visto, de hecho, una

alternativa a los trabajadores que han sido excluidos del mercado de trabajo formal, constituye en sí misma una forma de supervivencia que no debe ser negado por el hombre .

No hay duda que de los trabajadores que entraron en la economía informal no recogen algunos o todos los impuestos adeudados, es un hecho indiscutible. Sin embargo, fue el propio Estado, a través de el mal gobierno que alentó y envió a los ciudadanos en esa dirección. En Brasil, los efectos fueron GLARING la creación de una enorme masa de parados que buscó ayuda en trabajos temporales y la informalidad.

En esta línea ver lo que corrobora María Cristina Cacciamali (2000, p 155.):

"*Frases que miden el sector informal de la categoría no registrada empleado o actividades económicas seleccionadas a priori, o empresas que operan con un número pequeñas empleados o trabajadores de ingresos bajos sido objeto de críticas: "... Estos enfoques, las frutas, a veces el deseo de medir el sector informal y la ausencia de información completa en las estadísticas oficiales pueden oscurecer la naturaleza y el carácter de este grupo de productores en el proceso de desarrollo económico, y puede dar lugar a interpretaciones erróneas de la calidad del desarrollo económico en el embarazo. Es decir, puede llevar a la conclusión de que los bajos niveles de ingresos que resume el sector no estructurado, que enmascara los bajos salarios del sector formal "(Cacciamali 1983: 38). Además, no observar las diferentes regulaciones sociales, especialmente la mano de obra, aunque es un corte empírica relevante a efectos analíticos, según algunos autores (Rakowski, 1994), no es, de acuerdo con las recomendaciones de la OIT y el enfoque adoptado para este trabajo parámetro suficiente para circunscribir el sector informal o incluso proceso de informalidad. Este aspecto trasciende las diferentes formas de organización de la producción, como actores económicos, con mayor o menor intensidad, debido al grado de moralidad fiscal de cada sociedad busca de escape cuando no evadir impuestos devidos.2 En este sentido, el análisis de este cuestión debe incorporar el estudio de la estructura tributaria y la supervisión de las*

autoridades públicas y sus relaciones con la sociedad civil. Por otra parte, un análisis desde esta perspectiva no puede ignorar las sanciones, las multas y los incentivos que la supervisión corrupto. Sumado a esto, el hecho de que la vida social, económica y política en el momento actual, en cambios intensos y competitividad, impulsa la reestructuración de las normas que, a su vez, difieren, a veces de manera significativa, entre los países. El marco regulador se extiende a todos los mercados e incluye legislación general y específica, dividido entre los diferentes niveles de gobierno. Todos estos elementos, y dificultan las comparaciones internacionales e intertemporales, restringir el uso de las regulaciones para fines de análisis a menos que sean objetos de estudio, tales como el grado de elusión y evasión de un impuesto en particular, o la desobediencia a bien definidos legislación específica en un mercado determinado. Estos estudios, a su vez, se pueden desarrollar de una manera más precisa en el campo de la economía sumergida (Cacciamali, 1991)".

El trabajo informal se pone como una alternativa al desempleo, y busca principalmente promover la supervivencia, recaudación de los ingresos de los trabajadores y la mejora de la calidad de vida. Es de destacar que también constituye una forma de eludir las barreras del mercado formal que están marcados por el exceso de burocracia y los altos impuestos. Por otro lado los trabajadores informales están excluidos de los derechos laborales, y la protección social.

Esta forma de trabajo no puede ser olvidado por el Estado y que debe ser regulada, de forma consecutiva aumenta los ingresos del Estado, para mantener el equilibrio fiscal y permitir una expansión de los servicios públicos. Por lo tanto, es necesaria la creación de políticas públicas que permitan la migración de los trabajadores del sector informal en el mercado formal. Por lo tanto, la economía informal tiene dos facetas: una negativa que implica la disminución de la recaudación de impuestos, y una positiva que se va a proporcionar al trabajador las condiciones mínimas para la supervivencia.

A este respecto son las conferencias de María Cristina Cacciamali (2000, p.171):

"*Las políticas económicas y sociales de corto y largo plazo, mediante la*

comprensión de los elementos estructurales, que deben regresar a las múltiples dimensiones del proceso de informalidad. Con respecto a los salarios sin registro, que señalar que las normas sobre el uso de la obra tiene una influencia directa no sólo en el perfil de distribución de ingresos a largo plazo, sino también en la vida cotidiana, en la vida familiar y el patrón psicológico de las personas, además de ser un componente importante de la ciudadanía. El elevado número de contrataciones ilegales observadas en Brasil en esta década y la expansión de formas de empleo que implícita o explícitamente eludir la legislación laboral tiene efectos no sólo en el uso indiscriminado de la obra, sino en la ciudadanía, para los empleados sin registro, por un lado no tiene acceso a un conjunto de garantías sociales y de otro tipo no constituyen un cuerpo colectivo. No tienen derechos y obligaciones. Se agrega a esto el hecho de que estas firmas de retener ingresos para el Estado, la restricción de la seguridad social fondo público y limitan la aplicación de otras políticas sociales. Las reglas para las relaciones de trabajo asalariados deben ser re-creados e implementados bajo la coordinación del Estado y de su supervisión y determinación de las sanciones aplicadas efectivamente en caso de fraude".

Se identificó que las políticas estatales de Brasil se centran más en la simple promoción de un equilibrio fiscal, de manera que se produce el aumento de la financiación pública, para buscar la recuperación de la ciudadanía y la erradicación de la pobreza.

Y continúa María Cristina Cacciamali (2000, p.171): "*En la otra cara del proceso de informalidad, el sector informal, la comprensión de las determinaciones y la dinámica de trabajo por cuenta propia y las pequeñas empresas que no operan con los empleados, es tema relevante para la formulación de políticas públicas. El crecimiento económico, aunque el favor de las pequeñas empresas las condiciones de funcionamiento, alcanza claramente diferentes productores y actividades; este hecho puede suponer el deterioro de las condiciones de vida de ciertos estratos. Esta es una de las razones para la implementación de políticas públicas específicas para su desarrollo económico. Otra razón es que la inserción más favorable y estable en el mercado de estos productores debe conducir*

a un comportamiento ciudadano en el cumplimiento de las distintas regulaciones".

Con el fin de poner freno a la evasión de impuestos sigue siendo el clásico necesidad de mejorar el sistema tributario con el fin de hacer que sea menos compleja. Medida que permitiría una identificación más fácil del contribuyente evasor; que junto a esto el uso más eficiente y frecuente de auditorías, y otras formas de supervisión que permitan el descubrimiento ilícito. Así como el aumento de las sanciones penales y administrativas con el fin de poner freno a la práctica criminal.

Por último, la principal forma de combatir el fraude fiscal se basa en la estimulación de la práctica de la Educación Fiscal, que es el tema central de esta investigación.

Aumentar la conciencia es una barrera para ser transportados, también es la solución ideal para vencer el mal. Proporcionar una sociedad para el funcionamiento de las instituciones, y oficinas de impuestos, es una forma transparente a entender la ley, y pueden comprender cómo esto afecta su vida, y es el camino hacia un futuro mejor.

4. 2 Corrupción:

Entre los debates globales contemporáneos, mucho se ha dicho acerca de la corrupción en todas sus formas. La corrupción no es algo moderno, al contrario es tan antigua como el hombre mismo.

El más presente está en el mayor daño que es el contagio en la sociedad.

A través de los siglos, esta enfermedad ha evolucionado junto con el hombre, en la antigüedad fue visto más como el deterioro de instrumentos de clase política, y sirvió como la base para los cambios radicales de regímenes políticos.

En el curso de la historia la corrupción está vinculada a la moral, en oposición a esto, se convierte en un tema de discusión en torno a la

organización de los Estados, y de los puntos de vista políticos.

En la actualidad este problema tiene varios matices, siendo estudiados por diversas áreas del conocimiento, y que cuenta con un sinnúmero de ajustes.

La corrupción está estrechamente vinculada a la consecución de ventajas personales e intereses particulares, especialmente monetarias, en detrimento de la hacienda pública o la propiedad pública. Por lo tanto, implica la violación de un deber público, a saber, la probidad, sino también en violación de un deber moral, la honestidad.

En este sentido, señala José Lapalombara (1992, p.271), a saber: "*En primer lugar, debe haber una separación entre las esferas pública y privada, así como el entendimiento de que los derechos, deberes y responsabilidades específicas acoplar este último.*

En segundo lugar, la corrupción política no puede existir separadamente de las instituciones y las funciones políticas, ninguna de las personas que llenan. No podemos hablar de la corrupción política, a menos que uno de los elementos en una transacción es en el ámbito público, en contraposición a lo privado.

En tercer lugar, las autoridades públicas implicadas tienen que comportarse de una manera que viola una obligación y / o responsabilidad, y este comportamiento tiene que servir a un propósito particular (es decir, no público). Estos s de aletas pueden estar asociados directamente con la autoridad o indirectamente con su familia, parientes, amigos u organizaciones con las que mantiene vínculos. El comportamiento puede ser activa o pasiva; la inacción, en un caso que requiere ninguna acción, también puede ser una forma de corrupción".

En Brasil, desde el punto de vista jurídico, la corrupción (en sentido estricto) establece los delitos que se basan en los artículos n° 317 y 333 del Código Penal:

Corrupción pasiva:

"*Art. 317 - Solicitud o recibir, por sí mismos oa otras personas, directa o indirectamente, aunque fuera de la función o antes de asumirla, pero debido a que una ventaja indebida, o aceptar la promesa de tales ventajas:*

Pena - reclusión de dos (2) a doce (12) años y multa. (Redacción modificada por la Ley N ° 10.763, de 12.11.2003)

§ 1 - La pena se aumentará en una tercera parte si, como resultado de la ventaja o promesa, el empleado disminuye o cesa de realizar cualquier acto de artesanía o la práctica infringir el deber funcional.

§ 2 - Si la práctica oficial, la práctica se detiene o ralentiza acto oficial, práctico violación deber, dando la orden o la influencia de los demás:

Pena - reclusión de tres meses a un año o multa".

Corrupción activa:

"*Art. 333 - Para ofrecer o prometer una ventaja indebida a un funcionario público para inducirlo a realizar, omitir o retardar un acto oficial:*

Pena - reclusión de dos (2) a doce (12) años y multa. (Redacción modificada por la Ley N ° 10.763, de 12.11.2003)

Párrafo único - La pena se aumentará en una tercera parte, si, debido a la ventaja o promesa, los retrasos oficiales u omita un acto oficial o práctica que viola las funciones oficiales".

Teniendo en cuenta la realidad jurídica brasileña hemos así tutorizado corrección jurídica, la moral, la integridad de la administración pública, que afecta a su credibilidad en la sociedad. En esta línea nos damos cuenta de lo que tiene Wolgran Junqueira Ferreira (1994, p.30): no sólo tendrá que decidir entre lo legal e ilegal, justo e injusto, conveniente e inconveniente, la oportuna e

inoportuna, sino también entre los honestos y los deshonestos.

Pero cuando la corrupción se presenta en su sentido más amplio podría ejemplificar muchos otros delitos tipificados en el Código Penal y otras leyes específicas, ofender a diversos bienes jurídicos.

Por ejemplo el artículo n° 319 (malversación), el artículo n° 332 (prestigios o explotación), el artículo n° 348 (favoritismo), entre muchos otros.

De la corrupción surge un gran número de vástagos, tales como el nepotismo, el clientelismo, el favoritismo y privilegios, y acciones que sean incompatibles con el buena gestión de gobierno.

En este vínculo, son las enseñanzas de Norberto Bobbio (1998, p.291), a saber:

"*Esto se conoce como el fenómeno por el cual es llevado a un funcionario público para actuar de manera diferente las normas de sistemas normativos, favoreciendo intereses particulares en el cambio recompensa. Corruptos y por lo tanto el comportamiento ilegal que juega un papel en la estructura del Estado. Se pueden distinguir tres tipos de corrupción: la práctica del soborno o el uso de la recompensa oculto para el cambio en su favor la sensación de un funcionario público; nepotismo, o empleos públicos que conceden o no los contratos basados en el mérito, sino en las relaciones de parentesco; malversación de fondos por el mal uso o apropiación y asignación de fondos públicos para uso privado. La corrupción es considerada términos cm de legalidad y la ilegalidad, no la moralidad y la inmoralidad; Se debe tener en cuenta las diferencias entre las prácticas sociales y las normas legales y la diversidad de la evaluación de la conducta que se revela en el sector privado y el sector público. Por ejemplo, el director de una empresa privada para llamar a su hijo a un puesto de responsabilidad no cometer un acto de nepotismo, incluso si el niño no tenía los requisitos necesarios; pero me cometê- el director de una empresa pública*".

En Brasil se ha señalado varias causas de la corrupción estatal, y la ausencia de un impuesto cultural, la desigualdad social, la falta de interés y la participación de la población en los asuntos públicos, la centralización del poder,

la falta de transparencia, la impunidad, los enormes gastos y costos de elección, entre otros.

En Argentina también son innumerables casos de corrupción, en este segmento, son interesantes las enseñanzas de Mariano Grondona (1993, p.60), a saber:

"*Mientras que en los países desarrollados hay actos de corrupción, especialmente en las altas esferas del poder, los países en desarrollo sufren de un estado de corrupción. Por el contrario, la corrupción es intensa tanto en las capas superiores como en media y baja: infesta el Estado en su totalidad*".

Frente a esta realidad es que la sociedad organizada busca frenar la corrupción en los niveles éticamente aceptables.

El control efectivo de la corrupción está estrechamente vinculada a las condiciones básicas de participación social en la vigilancia, investigación y represión de la corrupción, incluyendo la participación directa en la investigación de los hechos y trabajar en colaboración con los organismos gubernamentales.

C A P Í T U L O 5°

DEBATES CONTEMPORÁNEOS SOBRE EL MUNDO FISCAL

5.1 CARGA TRIBUTARIA BRASILEÑA:

La medición de la presión fiscal de un país se entiende por la relación entre el producto interno bruto - PIB y el total de impuestos recaudados por el gobierno. Estos ingresos fiscales se deben recoger la observación de la capacidad de contribución de la población y lo suficiente para promover los servicios públicos, y otros gastos presupuestarios. La incidencia del impuesto es totalmente correlacionado con el modelo de Estado y adoptado por el país, que aumentan o disminuyen los poderes del Estado. A nivel nacional se considera la carga tributaria brasileña muy alto, aunque no es la más alta del mundo. En los años 1950 y 1960 que tenía un nivel de sólo el 20% (veinte por ciento), en los años 1970 y 1980 se desarrolló al 25% (veinticinco por ciento), mientras que en

la década de 1990 se ha disparado al 35% (treinta cinco por ciento) del Producto Nacional doméstico - PIB.

En este enlace se nota enseñanzas de Hugo de Brito Machado (2005, p.1):

"*Los que hablan de altos impuestos, por lo general se refieren a la proporción de estos en relación con el PIB (Producto Interno Bruto), que es la suma de la producción de la riqueza en el país. Muy pocos, sin embargo, saben cómo determinó el PIB, o que hay varios criterios para esa determinación, que permite la manipulación de cambios significativos. En otras palabras, no se sabe exactamente lo que la carga fiscal para los brasileños, es decir, la presión fiscal no se ha establecido con la transparencia necesaria para ser entendido por la gran mayoría*".

En la década del 2010 países como India y China, celebraban carga fiscal de alrededor del 20% (veinte por ciento) y Argentina alrededor del 22% (veinte y dos por ciento) Producto Interno Bruto - PIB. Ya en 2014 Argentina ganó el papel de colector más grande de América del Sur, superando a Brasil y llegar a una carga tributaria del 37% (treinta y siete por ciento) del Producto Interno Bruto - PIB. Desde 2012, la carga tributaria en Brasil fue en constante crecimiento y alcanzó el nivel de 36% (treinta y seis por ciento).

Cabe destacar que el crecimiento de impuestos ocurrió en otros países de América Latina, y está vinculada a un nuevo escenario internacional, diseñado por las condiciones macroeconómicas favorables, el fortalecimiento de las administraciones tributarias, y la remodelación de los sistemas tributarios. Por otro lado los países ricos han demostrado con bastante eficacia en el mantenimiento de la carga fiscal estable y controlada.

Uno debe darse cuenta de que el crecimiento excesivo de la presión fiscal puede tener el efecto contrario, lo que resulta en el estancamiento de la economía local, el desincentivo de negocios formal, el aumento de los precios y la reducción de las ventas, poniendo en peligro la eficacia de los impuestos

Veamos las instrucciones de Hugo de Brito Machado (2016, p.1):

"*El aumento de la presión fiscal se está convirtiendo cada vez más difícil el desempeño de la actividad económica y la creciente resistencia a los tributos, lo que hace aumentar la tensión en la relación fisco contribuyente. Por un lado crecer las tasas de morosidad y otros aumentos de la presión fiscal, con la creación de mecanismos burocráticos para controlar la conducta del contribuyente suerte de no permitir que se escape el deber de rendir homenaje, y con el aumento de las sanciones aplicable a los delincuentes*".

Este escenario ofrece la evasión de impuestos, ya que las empresas buscan todos los mecanismos para reducir los impuestos salariales, y reducir los precios de sus productos, lo que favorece la competitividad. En estas situaciones el propio Estado estimula la práctica de la evasión de impuestos. Por lo que el impuesto será en última instancia, lograr ahorros e ingresos para el consumo, lo que afecta el poder adquisitivo de los consumidores.

En Brasil podemos identificar que no hay una disminución en los ingresos totales, de lo contrario podemos ver un serio estancamiento de la economía evidenciado por las tasas de crecimiento observadas disminuidos en los últimos años. Este hecho, en última instancia llega a las clases más desfavorecidas de la población con el fin de reducir el número de puestos de trabajo disponibles. Se sabe que el principal obstáculo para el crecimiento económico diminutivo es la elevada presión fiscal.

La eliminación de los impuestos en Brasil se comprometería a mantener un nivel de vida con dignidad, la llamada mínimo vital. Cabe destacar que los ciudadanos han buscado una mayor eficiencia y calidad en la prestación de servicios, mientras que el Estado no puede cumplir con sus obligaciones y cumplir con estas exigencias. La necesidad de políticas sociales para reducir la desigualdad entre ricos y pobres siguen siendo el principal reto de la sociedad brasileña. Una alternativa para combatir la elevada presión fiscal es la ampliación de la base tributaria mediante la utilización de mecanismos que permitan la formalización de nichos económicos, no contribuye formalmente, en particular los

miembros de la economía informal. En este sentido también ayuda a la aplicación de los instrumentos que limíte la evasión de impuestos, y la reducción de los beneficios fiscales, la promoción de un ingreso más equitativa.

5.2 NEOLIBERALISMO Y TRIBUTACIÓN:

5.2 Neoliberalismo e tributação;

El neoliberalismo es una alternativa al intervencionismo estatal, defendido por el Estado de Bienestar Social, en un principio emergente en los Estados Unidos y Europa, incluso en la década de 1940. Esta nueva doctrina política destinada a reducir al mínimo los efectos nocivos del socialismo, y demostrado la políticaeconómica en el ámbito social, era incompatible con los dictados de una sociedad libre. En esta coyuntura, la libertad económica se redujo debido a las regulaciones estatales graves, y las restricciones al mercado libre. De hecho, se encontró que el amplio control del gobierno se evidencia en el Estado de Bienestar, que destruyó la competencia en el mercado libre y la libertad. Esta doctrina también fue criticada porque supuestamente daño a la libertad individual ya que se colocó en el fondo por el Estado, poniendo a la gente en una especie de atadura invisible.

Presentamos la lección de Marcos Vinicius Chiliatto *Leite (2007, p. 26):*

"*En la ideología liberal, más radical, el Estado y el mercado se presentan como "principios de organización social antagónica e irreconciliable, se niega al Estado como sujeto económico. En el trabajo de Hayek, no hay ninguna posibilidad de que el Estado de guiar el proceso económico con ciertos propósitos y objetivos precisos. Por lo tanto, la solución es una "despolitización" del Estado de salir del mismo, y está sujeta al libre mercado. El nuevo estado debe ser funciones 'mínimos' y pequeñas, o simplemente para permitir la ejecución de los contratos y basarse de respetar la "soberanía del individuo". Los agentes privados son condiciones superiores con respecto a las decisiones económicas que interviene en el sector público. De acuerdo con la ideología neoliberal, cualquier intervención política que*

está más allá de la garantía de la libertad individual y la seguridad de la propiedad es "inmoral". Por lo tanto, la esencia de fundamentos teóricos neoliberales, se puede concluir que la tributación progresiva duele libertades individuales, porque el Estado no debe interferir con los problemas de distribución de la riqueza y de la propiedad; en el caso de una "moralidad" o intervención política contra el mercado y contra las decisiones privadas "superiores".

La crisis capitalista en la década de 1970, se refirie a un fallo del sistema, y dio lugar a la caída de la economía capitalista marcada por un bajo crecimiento económico, y tasas de interés enormes. En esta época del descenso, fue esencial para la doctrina capitalista, fue reformulado y adaptarse al nuevo escenario global.

Para Marcos Vinicius Chiliatto Leite (2007, p. 24): "*Cada vez más, los neoliberales han ganado la atención de la sociedad y el gobierno. Ya en la década de 1970 en Chile del dictador Pinochet, y Margaret Thatcher en Gran Bretaña; más tarde Ronald Wilson Reagan, marcaron la década de 1980 en los EE.UU.; en 1989 el documento 'Consenso de Washington', que se convirtió en la política oficial del Fondo Monetario Internacional; y en la década de 1990 la gran mayoría de los países sufrió una gran influencia de la ideología neoliberal*".

Junto a esto, fueron factores clave para el endurecimiento de la crisis capitalista del movimiento obrero y el fortalecimiento del poder de los sindicatos, que generan enormes pérdidas para las grandes empresas que disminuyen alarmantemente beneficios. Esta situación culminó en una crisis del mercado, y para poner remedio a esta situación requiere un estado de ser fuerte para restringir las fuerzas de gastos y sindicales límites públicos y, por otro lado, era suave con el fin de no intervenir en la economía.

Para José Murari Bovo (2010, p. 84), a saber: "*[...] En el marco teórico neoliberal descentralizar, la propuesta incluye una serie de medidas prácticas destinadas a reducir el papel centralizado e intervencionista del Estado; la modernización de la administración pública; y mejorar la competitividad sistémica durante el proceso de ajuste de las economías de los países de América Latina. En*

este sentido la descentralización, visto como un medio práctico para aumentar la eficiencia de la administración pública, ajustado por la crítica de esta corriente neoliberal al estado de desarrollo "viejo" e ineficiente".

Entre la primera acción de gobierno, fue la necesidad de una reforma fiscal que estimule a los agentes económicos. Además de la reducción de los impuestos, corroboró con un desglose de la redistribución del ingreso y de fomentar la desigualdad social, que en ese momento fue visto como positivo y como un pilar de la política neoliberal. El neoliberalismo se centró en la reforma fiscal y la reducción del gasto público en toda Europa occidental, mientras que Estados Unidos libra una disputa con la Unión Soviética en la llamada Guerra Fría, y había adoptado un neoliberalismo más radical, marcado por una política de privatización y la reducción de impuestos. La doctrina neoliberal, a pesar de todas las críticas, logró controlar el proceso inflacionario en 1970, desde el debilitamiento de los sindicatos, la reducción de los salarios y estimular a las empresas, y la recuperación consecutiva de ganancias. Por otro lado, la reanudación del crecimiento económico era minusculo, y se solidificó las desigualdades sociales. Sin duda, el fracaso del neoliberalismo, en primer lugar porque el gasto público no ha disminuido, y desde el Estado tenía que compensar las pérdidas económicas derivadas de alto desempleo, sino también por el libre comercio y la desregulación de la economía a crear un entorno inestable propiciando la especulación, mientras que la producción de bienes y la riqueza se estancó.

Observemos las lecciones de Perry Anderson (2010, p.23):

"*En este sentido, cualquier saldo actual de neoliberalismo sólo puede ser temporal. Este es un movimiento sin terminar. Por ahora, sin embargo, es posible dar un veredicto sobre su actuación durante casi 15 años en los países más ricos del mundo, la única área en la que aparecen sus frutos, que se puede decir así, madura. En lo económico, el neoliberalismo ha fracasado, no conseguió ninguna revitalización básica del capitalismo avanzado. En lo social, por el contrario, el neoliberalismo logró muchos de sus objetivos, la creación de sociedades*

marcadamente más desiguales, aunque no tan privatizada como quería. Política e ideológicamente, el éxito, sin embargo, el neoliberalismo ha logrado en un grado en el que sus fundadores probablemente nunca soñaron, la difusión de la simple idea de que no hay alternativas a sus principios, todo sea confesando o negando, tiene que adaptarse a su estándares. Es probable que ninguna sabiduría convencional ha logrado un dominio tan completo desde el comienzo del siglo como el neoliberal hoy. Este fenómeno se llama hegemonía, aunque, por supuesto, millones de personas no creen dichos esquemas. La tarea de sus oponentes es ofrecer otros ingresos y preparar otros esquemas. Sólo no se sabe cuándo o dónde se presenten. Históricamente, el punto de inflexión de una onda es una sorpresa".

Desde el punto de vista político la doctrina neoliberal debilita la democracia, una vez cometido a la libre elección de los ciudadanos. Complementaria manera neoliberalismo involucrada en la creación de una imagen perjudicial para el capitalismo, la creación de un sistema que desprecia la dignidad humana y sólo valora la ganancia de potencia. En este sentido la doctrina neoliberal traiciona las expectativas de los ciudadanos y los gobiernos, ya que no era capaz de asegurar el bien común, la igualdad y la libertad. A pesar de todos los obstáculos y las barreras de la política neoliberal ha sobrevivido en medio de las muchas crisis económicas globales experimentado en los últimos años. Este modelo ha sido responsable de las condiciones inhumanas de vida para los pobres y la clase media, garantizando al mismo tiempo una serie de beneficios (fiscal o de otro tipo) para los más ricos.

5.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y TRIBUTACIÓN:

El ideal democrático, es perseguido por muchos siglos desde Atenas en la Grecia antigua. A lo largo de la historia del mundo hay muchos casos de éxito y fracaso de este régimen político. En el mundo actual hay un nuevo modelo de organización estatal llamada Ley Estado democrático que se caracteriza por el uso de los mecanismos legales para regular la actividad del Estado y se basa en la soberanía popular asegurar la participación de la sociedad en general en las directrices de política. Podemos ilustrar el caso brasileño en el que la Constitución de 1988 a condición de que el país se basa en el estado de

derecho democrático. El impuesto por la Constitución de 1988 estableció un sistema fiscal muy complejo pero que hacen factible la reducción de las desigualdades sociales, una mejor redistribución de la renta y el respeto por el contribuyente. El sistema fiscal puede considerarse un fracaso para permitir intervenciones leyes dispersas (medidas provisionales, las leyes y decretos) que los problemas de la organización tributaria y, a menudo se consideran inconstitucional.

Apunta Hugo de Brito Machado (2005, p.2):

"*Nuestro sistema de* impuestos *es realmente muy complicado. Tenemos numerosos impuestos federales, estatales y municipales. Son impuestos, contribuciones de mejoras, las cotizaciones sociales, aportes intervención en el dominio económico (los famosos CIDES), contribuciones profesionales, las contribuciones a la seguridad social, que forman un sistema complejo que incluso los expertos pueden entender completamente. Pero no es necesario entender todo el sistema fiscal con el fin de asegurarse de que nuestra carga tributaria es realmente muy alta. Sólo conocer las tarifas del impuesto sobre la renta de las personas físicas (a causa de lo que ganamos), y el ICMS, COFINS y conocida contribución como PIS / PASEP (debido sobre lo que consumimos), con el fin de tener una idea muy segura del peso de los impuestos en el bolsillo de cada uno de nosotros*".

Cabe señalar que la realidad brasileña también está constituida por una desigualdad económica y social extrema, que está especialmente vinculado a la ineficiencia del sistema de impuestos para redistribuir el ingreso y la riqueza. Acoplado a que los servicios públicos son prestados deficientemente, y no cumple con las expectativas de la sociedad. De hecho, las promesas y las perspectivas previstas por la Constitución Federal de 1988 se prohibió por las fuerzas políticas que compiten por el poder dañar la vida de la población. Teniendo en cuenta esta realidad, la democracia deja de ser abstracto y se convierte en realidad en la búsqueda de la realización de los derechos y garantías fundamentales. El derecho a la democracia es el instrumento de igualación entre el

ciudadano y el Estado en la búsqueda de una solución justa, solidaria, igualitaria y humana.

5.4 GUERRA FISCAL:

En materia fiscal, guerra fiscal es un tema muy controvertido y puede ser caracterizado como incentivos fiscales unilateralmente por el Gobierno Federal, los Estados, Distrito Federal y municipios.

Para Eugênio Lagemann (2015, p 10):

"*La guerra fiscal es un proceso de competencia entre jurisdicciones, operado por la adopción de medidas de carácter fiscal, de los que afectan a la base fiscal de las otras unidades de gobierno, y por lo tanto traen ventajas y / o desventajas de bienestar diferencial de los ciudadanos de diferentes estados. La actitud de los gobernantes expresaría un comportamiento no cooperativo, resultados prácticos convergen en favor de alianzas de plazas, es decir, que tienen por objeto satisfacer el bienestar de los ciudadanos de la territorialidad implicados, aunque pueden estar en conflicto con los intereses de la nación [.. .]*".

En Brasil, los principales incentivos fiscales están vinculados a la reducción o exención de los tipos del ICMS (Impuesto sobre Circulación de Mercancías y Servicios) y ISS (Servicio de Impuestos), a menudo daña a la Constitución Federal de 1988 y las leyes fiscales. Finalmente la llamada guerra fiscal crea inestabilidad y la feroz competencia entre los estados y municipios en el interés de elevar la inversión privada a una región.

Para Ives Gandra Martins (2011, online), notemos:

"*Aunque convencido de que la carga burocrática de nuestra Federación no encaja en el PIB, el acondicionamiento del alto porcentaje de impuestos en el país, no veo cómo se puede reducir sin enfrentar el problema principal del sistema tributario, que es la guerra fiscal, traído de el error inicial de la Enmienda Constitucional No. 18/65 fabricantes, sería posible "regionalizar" un homenaje a la "vocación nacional" por el principio general del valor, o más bien el no acumulativo. Considero que la guerra fiscal, y en parte por el Tribunal Supremo tiene que encontrar la solución dentro de*

una reforma que sin quitar el derecho prescriptivo de los estados para gestionar el ICMS, equivale disputas pasadas sobre las *que el pretorio exaltada no abordó. Se trata de la definición de la tributación futura, sin por ello aumentar la carga - la fórmula actualmente en discusión en el gobierno inevitablemente promover - por el que se modifica el sistema de operaciones de un estado a otro, mezclado (parte beneficiando al origen y de destino) para el sistema en el destino con una pequeña compensación a los exportadores netos Unidos, alrededor del 2% de los ingresos*".

En cuanto al uso de la guerra fiscal para cambiar el ICMS es expresar sello constitucional, y en este sentido es relevante y fortaleciente la Constitución Federal de 1988 en su Articulo 155.

Esta disposición tiene como objetivo frenar la competencia fiscal y mantener un ambiente de cooperación entre las entidades federales. Dentro de las disposiciones de la ley y los valores de la solidaridad y federalismo no hay obstáculo para la concesión de incentivos fiscales. En línea, es que las exenciones e incentivos fiscales se consideran instrumentos de realización de justicia fiscal, lo que permite la redistribución de la riqueza y el ingreso. Cuando es la concesión de incentivos fiscales que la mayoría cree es el desarrollo regional o nacional, eliminación de las desigualdades y la preservación de los derechos individuales. Sin embargo la realidad muestra otra imagen que está marcada por una guerra fiscal mayor, que crea sectores con un trato preferencial y asegura desarrollados gastos tributarios. Por lo tanto esta situación en vez de traer progreso causa enormes pérdidas sociales y económicas.

Señala Ricardo Varsano (1997, p.2), notemos:

"*El hecho es que la guerra fiscal continúa, aunque la ley existe desde hace más de 20 años. La ley no se observa y nadie toma la iniciativa para exigir la imposición de sanciones, a pesar de la expresión "guerra fiscal" siempre se utiliza con una connotación negativa, como una maldición. La falta de respeto a la ley por sus propios gobernantes es ciertamente una pérdida para la nación. La guerra de impuestos es, como su nombre lo indica, una situación de conflicto en la Federación. La entidad federal que gana - cuando, de hecho, hay una*

cierta ganancia - requiere, en la mayoría de los casos, una pérdida de uno o algunos de los otros, ya que la guerra no suele ser un juego de suma positiva. El federalismo, que es una relación de cooperación entre las unidades de gobierno, se sacude. También la Federación - se enfrentan a los brasileños como a la Constitución que contiene cláusula de afianzamiento que impide su abolición".

Fundamentalmente, es evidente que hay un carácter social en el centro de los incentivos fiscales, por otra parte, la escena brasileña de la densa disputa de impuestos crea un marco de complicaciones de la relación tributaria en lugar de reducir las desigualdades regionales. Esta práctica se está convirtiendo cada vez más temeroso como la capacidad de conceder privilegios fiscales, sacrificando las arcas públicas, y comprometiendo a proporcionar la empresa de servicios públicos. De este modo las desigualdades regionales se magnifican, ya que los Estados más desfavorecidos no pueden renunciar a sus ingresos fiscales, y otros muchos son los que necesitan el empleo y el desarrollo industrial. La concesión de incentivos fiscales por los estados pobres, implica el compromiso de los servicios públicos, lo que socava el desarrollo social y económico. Así que el asunto en cuestión es extremadamente grave ya que rompe la armonía entre las entidades federales, que es la ofensa al pacto federal, y socavan el desarrollo de las actividades económicas. El uso de incentivos fiscales para atraer la inversión privada es aparentemente algo beneficioso, se revela en un instrumento de diferencias injusto que fomenta las desigualdades sociales y relega el desarrollo social.

5.5 CONSECUENCIAS DE LA GUERRA FISCAL:

El crecimiento de la competencia fiscal entre los estados en la década de 1990 causó gran repercusión en la prensa nacional. En esta línea se produjo una intensa lucha jurídica, política y fiscal entre los estados con el fin de atraer inversiones y grandes empresas, ofreciendo a esto una serie de beneficios y concesiones a instalarse en su territorio. Una competencia fiscal de esta naturaleza conlleva numerosas consecuencias positivas y negativas, el principal eje de la ventaja fiscal como la principal forma de atraer a las empresas. Con los años se ha descubierto que los incentivos del gobierno no estaban llegando a las expectativas

de las inversiones productivas de inicio. Empresas de instalación no estan directamente relacionados con el alivio de impuestos, pero a factores macroeconómicos como la competencia, el rendimiento esperado y el riesgo que implica. Por lo tanto, el beneficio fiscal no sería decisiva para el desplazamiento de una empresa, apuntando a las cuestiones económicas como elementos precípios a esta decisión, con el tributo sólo de uno de varios elementos para ubicar territorialmente la empresa. Los factores extrafiscal como la actividad sindical, el costo de mano de obra local, la calidad de vida, la proximidad al mercado de consumo y de mercado de los productores (mercado local), una infraestructura adecuada, de calidad buenos telecomunicaciones, la saturación del espacio son otros elementos decisivos que componen el paisaje para la instalación de una empresa. Por lo tanto, el beneficio fiscal es sólo uno de estos muchos elementos que están definiendo la instalación y expansión de los negocios. La noción de los beneficios fiscales apareció para promover el desarrollo de las regiones más remotas del país, donde las inversiones son pequeñas y se compromete la calidad de vida. La búsqueda de progreso a través de incentivos fiscales no ocurrió como se esperaba, ya que no hubo cambios positivos de las economías regionales. Dentro de la realidad nacional existen pocos casos de incentivos fiscales estatales que dan como resultado una ganancia considerable para la Unión. Podemos mencionar el caso de los incentivos ICMS para las grandes empresas de exportación se convirtió en algo inviable, ya que este impuesto se considera libre de las exportaciones.

Esta afirmación está contenida en el artículo 3, fracción II, de la Ley Complementaria Nº 87 de 13 de septiembre de 1996, ver:

Art. 3: La tasa no se aplica: 14 II - Operaciones y prestación de bienes en el extranjero, incluidas las materias primas y productos industriales semielaborados o servicios.

En otros incentivos que tratan de reinstalarse en sencillas empresas nacionales que se dirige al mercado interior, tanto dentro del territorio del país, es un despilfarro de recursos públicos, salvo en casos excepcionales que

proporcionan otros beneficios para la empresa, al Estado, y al país. Este entendimiento de ganancias deben superar las pérdidas y apuntar a las renuncias del estado ya que las empresas extranjeras con beneficios fiscales sólo son viables cuando hay una disputa con otros países para acoger el proyecto. Parte supuesto que la empresa ya instalada en el país no tendría sentido conceder incentivos, ya que no había peligro de perder el proyecto a otros países. En este caso la diferencia entre los estados, representan la fragmentación de interés nacional, colocando en los intereses internacionales de superioridad.

5.6 EL SISTEMA TRIBUTARIO BRASILEÑO Y SUS PROBLEMÁTICAS:

El sistema tributario brasileño se caracteriza en tres básicas: la falta de equidad, impuestos acumulativos y el nivel de carga tributaria. Sobre todo porque los impuestos acumulativos que crean efectos negativos en la negatividad. Esto implica incremento de costes y causar una distorsión en la producción y los precios relativos. En comparación con los productos importados, los productos nacionales terminan perdiendo competitividad. La falta de equidad contribuye a la concentración de ingresos del país, por lo que el nivel de carga tributaria nacional se acerca al nivel medio de la carga del impuesto en los países desarrollados. El aumento del gasto público implica directamente en el aumento de la carga tributaria de Brasil, por lo que el gobierno aumenta la recaudación de fondos a través de los impuestos y los utiliza para mantener el gasto público. La urbanización y el factor demográfico que contribuye al aumento del gasto público. El progresivo envejecimiento de la población significa más gasto en seguridad social y el sistema de salud. Ya en relación con la urbanización puede identificar el aumento de la producción del hombre de campo a las ciudades, lo que confirma una mayor necesidad de servicios públicos áreas tales como la educación, la salud, el transporte y la infraestructura relacionada. El aumento del nivel de la educación implica una exigencia cada vez mayor de la sociedad de servicios públicos de calidad. En el siglo pasado, el gasto público aumentó de manera espectacular en los países desarrollados, especialmente los que participan en las dos guerras mundiales. Incluso después de la Segunda Guerra Mundial que el gasto público

aumenta la tendencia se mantuvo en vigor, incluyendo cabe mencionar que Brasil siguió esta línea con respecto al crecimiento de los gastos del gobierno. En el escenario brasileño tratando de decirle a la inflación galopante e impulsar el crecimiento económico como resultado un enorme crecimiento de la deuda pública. Dentro del gasto público de Brasil tienen las siguientes clasificaciones: costo de la seguridad social y la asistencia social; gastos de capital; pago de intereses de la deuda pública; y el consumo público.

CAPÍTULO 6° TRIBUTACIÓN EN ARGENTINA

La República Argentina tiene hoy (y desde hace tiempo) la presión tributaria más alta de su historia, la segunda de la región y en un nivel muy próximo al de los países considerados desarrollados, sin una adecuada contraprestación de servicios públicos.

Un estudio desarrollado por la CEPAL, desarrolla que la Argentina alcanzó en el año 2013 un nivel de presión tributaria de 31,2%, cuatro puntos por debajo del 35,7 % de Brasil y por encima del resto de los países de América latina.

Este porcentaje en realidad era bastante superior con la anterior base de cálculo del PBI (se modificó en el año 2013), ya que con el PBI base 1993 el nivel de presión tributaria en el año 2013 hubiera alcanzado el 40,1% (en países desarrollados, tienen un promedio de 34,1%, aunque con importantes diferencias entre ellos van del 19,7% de México al 48,6% de Dinamarca).

Si bien la República Argentina no llega al promedio de presión tributária de la OCDE, pero tiene un nivel de prestación de servicios, como en educación, salud, seguridad o infraestructura, muy menor al de la mayoría de los Estados miembros de esa organización.

La Argentina tiene un perfil impositivo regresivo por el predominio de impuestos indirectos como el Impuesto al Valor Agregado (IVA), o el Impuesto a las Ganancias.

Los especialistas tributarios consideran en aumento la carga

de los impuestos sobre el Producto Bruto Interno (PBI).

Para el Director de ACM Maximiliano Castillo sustenta que "*para la calidad y cantidad de los bienes públicos que proveen los estados nacional, provincial y municipal, la presión tributaria es claramente excesiva*".

Para César Litvin (Presidente del Instituto Tributario), sustenta que "*la Argentina tiene un sistema tributario regresivo, porque el impuesto que más recauda es el IVA*".

Para Andrés Edelstein (miembro de PWC) señala "*los impuestos que gravan las capacidades contributivas de rentas y patrimonio (Ganancias, Ganancia Mínima Presunta y Bienes Personales) tienen una participación menor en la recaudación, por lo que, en conjunto, la estructura impositiva argentina es regresiva*".

Adrián Ramos economista de Econométrica sostiene "*la protección social que existe hoy en la Argentina no es acorde con los niveles de recaudación e incorpora bolsones de ineficiencia….sin dudas la presión tributaria alcanzó un límite difícil de superar en los próximos años y, a la vez es difícil imaginar una reducción muy significativa; más aún en un contexto de rigidez en la naturaleza de buena parte del gasto público*".

Por su parte para Nadin Argañaraz (Director del Instituto Argentino de Análisis Fiscal -Iaraf- sostiene "*en la Argentina han ido ganando importancia en la estructura de recaudación tributos sumamente distorsivos e ineficientes, como el Impuesto Provincial sobre los Ingresos Brutos, claramente regresivo, o el llamado Impuesto al Cheque (el tributo que grava los débitos y créditos bancarios)*".

Sectores tributaristas sostienen que lograr lograr un sistema más equitativo y eficiente, algunas modificaciones serían reducir la alícuota del Impuesto al Cheque, eliminar o disminuir los Derechos de Exportación; la disminución en el Impuesto a las Ganancias, como reducir las utilidades

reinvertidas, el Sistema Previsional, prioridades en el gasto público, el federalismo fiscal.

Impuestos distorsivos como las retenciones a las exportaciones en algunos productos ya fueron eliminados o reducidos por la nueva administración gobernante; y contemplar el combate a la inflacion.

Se señala que los trabajadores en relación de dependencia afrontan otros impuestos que son directos, como el inmobiliario, patentes y bienes personales , y los indirectos como el IVA, los Ingresos Brutos, entendiendo que terminan sufriendo una carga tributaria total superior al 50% de sus ingresos.

En la Argentina la encargada de ejecutar las políticas impulsadas por el Poder Ejecutivo Nacional en materia de impuestos, aduanas y recursos de la seguridad social, es la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos).

Dicho organismo fue creado en el año 1997, mediante el Decreto N° 618/1997, actuando como entidad autárquica en el orden administrativo y financiero.

El Administrador Federal de Ingresos Públicos es la máxima autoridad de la AFIP, y es designado por el Poder Ejecutivo de Argentina, y avalado por el Poder Legislativo.

La institución, tiene a su vez tres Direcciones Generales, a saber:

"*Dirección General Impositiva*" (DGI): encargada de la aplicación, percepción, recaudación y fiscalización de los impuestos nacionales.

"*Dirección General de Aduanas*" (DGA): aplica la legislación relativa a la importación y exportación de mercaderías, y el control de los bienes que ingresan o egresan en el territorio aduanero argentino.

"*Dirección General de Recursos de la Seguridad Social*" (DGRSS): recauda y fiscaliza los recursos que financian las prestaciones de la Seguridad Social.

Entre los contribuyentes de la AFIP se encuentran: Autónomos, Contribuyentes del Régimen General, Empleadores, Empleados, Futuro Contribuyentes, Monotriutistas, Empleados de Casas Particulares, Operadores de Comercio Exterior, Viajeros, Usuarios Aduaneros, y Organismos de la Seguridad Social.

En la AFIP existen dos clases de contribuyentes, a saber:

1) *"Contribuyentes AFIP del Régimen General"*:

Personas físicas o jurídicas sujetos de Impuestos como el de las Ganancias**,** el Impuesto al Valor Agregado**,** el Impuesto a los Bienes Personales**,** el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta y cualquier otro impuesto nacional que sea recaudado y fiscalizado por la AFIP; y los empleadores o trabajadores autónomos que deben cumplir con el Régimen General (en éstos casos existen excepciones).

2) "*Contribuyentes AFIP Monotributistas"*:

El Monotributo consiste en concentrar en un único tributo el ingreso de un importe fijo, el cual está formado por un componente previsional y otro impositivo. La obligación de pago es mensual y obligatorio, y los empleadores monotributistas deben registrar a sus trabajadores e ingresar los aportes y contribuciones.

CAPÍTULO 7°

CONSIDERACIONES FINALES

En la presente investigación profundizamos nociones que a mi entender son relevantes desde la perspectiva de la tributación, y con sentido no solo impositivo, sino de una mirada social.

La necesidad de la inclusión en el contexto Educacional Brasileño con prácticas y actividades pedagógicas en escuelas o instituciones educacionales de un mayor y mejor conocimiento del significado y compromiso de

la tributación, es una lectura esperanzadora de un presente y futuro de jóvenes con mayor conocimiento de la importancia social del cumplimiento de nuestras obligaciones fiscales.

Hemos impulsado esclarecer en los capítulos precedentes con diferentes aristas, situaciones de los principales problemas que la sociedad brasileña enfrenta hoy en día, como es la presión tributária, los impuestos regresivos, la fiscalización de las obligaciones contributiva, o la evasión fiscal.

Observamos y señalamos con mucha preocupación la excesiva presión tributária que se ejerce sobre los contribuyentes, señalando casos puntuales como en la ciudad de Crato/Ceará (Brasil), con impuestos considerados regresivos, que no alientan por ejemplo la generación de empleos, y una ausencia de solidaridad con los sectores más desprotegidos.

Se puntualizó situaciones que derivan de la política tributária actual en Brasil, la falta de planeamiento de sus acciones, y sobre todo la ausencia de una educación que promueva una Ciudadanía Tributária.

Se abordó y avanzó en aspectos fundamentales de carácter político, y su repercusión en la sociedad, especialmente su ausencia en los sectores más desprotegidos, más pobres, de una sociedad más necesitada a pesar de la normativa vigente brasileña, en especial a partir de la sanción de la Constitución Federal Brasileña del año 1988, que es un despegue normativo fundamental el de transitar por el camino de la solidaridad fiscal.

Asimismo profundizamos conceptos y experiencias sobre retención fiscal y corrupción, con características propias en Brasil, y como también aspectos relevantes sobre tributación en la República Argentina.

La Administración Tributária debe asumir una postura técnica/científica que exprese un desenvolvimiento ético- político en las diferentes esferas de poder, y que se debería reflejar en la sociedad civil y en la sociedad política, sin ocultar realidades sectoriales y reales finalidades.

Ampliamos el estudio, analizando cómo la inclusión de la "Educación Tributaria" en la sociedad puede contribuir a la lucha contra la corrupción, y la promoción de los ingresos fiscales sociales.

Se trató de presentar nociones de conciencia ciudadana en relación con el pago de impuestos, contribuciones, tasas, aranceles y supervisión del almacenamiento y la aplicación de estos valores.

Se transitó en la pesquisa, de tansmitir y permitir a la comprensión de los principios básicos del Sistema de Impuestos en la República Federativa de Brasil, incluyendo los establecidos en la Constitución establecida en el año 1988.

Propusimos la expansión de la "Educación Tributaria" a través del Sistema Educativo y en las actividades educativas que promueven un cambio en el comportamiento de los individuos con respecto a la actividad de impuestos.

Hicimos especial y principal referencia en obras de relevantes doctrinarios como: Aliomar Whaler, Geraldo Ataliba, Hugo de Brito Machado, Ingo Sarlet, Ives Gandra Martins, José Afonso da Silva, José Casalta Nabais, Norberto Bobbio, Paul Bonavides, Paulo Freire y UADI Lammêgo Bulos.

Debo señalar, que esta investigación se originó a partir de la necesidad de comprender cómo la población necesita mejores herramientas, que explican y ofrecen alternativas posibles a la necesidad de mayor y mejor educación, para que sus contenidos y actividades de práctica que contribuyen a la educación cívica, en relación a los impuestos de los contribuyentes.

Este estudio, estimo que debe insertarse en el contexto educativo brasileño de las prácticas y / o de las actividades educativas en las escuelas, a fin de contribuir con un cambio de actitud de las personas y el Estado en las cuestiones y en el contexto de impuestos; en un momento de aumentos considerables en la evasión impositiva, con las dificultades de su mayor vigilancia, carga fiscal, la evasión impositiva, y de tributos, siendo la promoción social uno de

los principales problemas a enfrentar.

A lo largo del primer capítulo tratamos de presentar una idea general de los impuestos, presentando conceptos introductorios vinculados al Estado, los impuestos, la Política Fiscal y la corrupción, con el fin de presentar una visión general sobre toda la investigación; especialmente haciendo referencia al Principio de la Dignidad Humana.

Desarrollamos conceptos sobre el término impuesto, de acuerdo con doctrinas y la legislación; evidenciando la existencia de cuatro principios: la certeza, la imparcialidad, la recolección de economía y comodidad de pago.

Reflexionamos sobre la importancia de la soberanía, y el Estado de Derecho en relación a la tributación; la interacción de sistemas de impuestos, la política fiscal y el mínimo existencial; como también el modelo regresivo del Sistema Tributario Brasileño.

Evidenciamos que los impuestos progresivos es visto como una alternativa a la concentración del ingreso y de la riqueza.

Entiendo que en los últimos años, en el Brasil se caracterizaron por las bajas tasas de crecimiento económico, el estancamiento de la economía, y la reducción del número de puestos de trabajo formales, que a mi entender son el resultado de una política fiscal regresiva, obsoleta, y restrictiva.

Ampliamos sobre la Teoría de la Imposición y la transparencia, incluyendo mencionar la Teoría del Equilibrio General; debatiendo sobre la transparencia administrativa que consiste en tres elementos: la publicidad de los actos del Estado, la motivación de las acciones basadas en el interés público, y la participación pública en las decisiones del gobierno.

Señalamos que la complejidad del Sistema Fiscal Brasileño, y la pequeña transparencia administrativa, que el ciudadano desconoce cómo funciona la recopilación, la gestión y el uso de los recursos públicos.

Destacamos que es claro, la importancia de la inversión directa de la Administración Pública en la Educación Fiscal de los ciudadanos, y promover una mayor integración entre las autoridades fiscales, especialmente aquellos que tienen la tarea de supervisar la corrupción, el lavado de dinero y la evasión de impuestos.

Abordamos la cuestión de la Ciudadanía Fiscal, presentando su concepto, construcción y desarrollo histórico; su afinidad con el Principio de la Dignidad Humana, su eficacia, y su necesaria definición actualizada de la Ciudadanía Fiscal, y la existencia de una ley del Estado democrático.

Por lo que la ciudadanía es a la vez el Estado de los Ciudadanos, y un Derecho Fundamental; podríamos señalar que la democracia representativa brasileña está fragmentada, una pequeña parte de la población está en la cúspide de la pirámide social y muy próximo al control de la dirección del país; y una mayoría de la población sigue siendo ajena a los temas políticos, y son quienes más sufren las decisiones políticas equivocadas, sosteniendo gran peso social de gobiernos con políticas que llevan a la exclusión social y la marginación.

Señalamos aspectos históricos, profundizando el término y el concepto originario originario de la ciudadanía en la vejez en la esfera de algunas ciudades-estado griegas y romanas. Como también se marcó cómo se produjo la interacción entre la ciudadanía y el Estado liberal, de acuerdo con el desempeño de los revolucionarios franceses e Ingleses, en la lucha contra el absolutismo monárquico; remarcando la importancia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto 1789, para la reaparición de la ciudadanía; y en el Siglo XVIII con la consolidación del Estado liberal de derecho.

Reflexionamos sobre la importancia de la ciudadanía en la creación del Estado de Bienestar, señalando como una alternativa al modelo

capitalista, asegurando que demandas sociales, económicos y culturales, y se caracterizó por un fuerte intervencionismo estatal y con un constitucionalismo social marcado por la Constitución Mexicana de 1917, la Constitución de 1918 de Rusia, y la Constitución de Weimar de 1919.

Se resalta sobre el papel de la ciudadanía en la Constitución de la República Federativa del Brasil, del 5 de octubre de 1988, sobre todo con la adopción del modelo basado en el Estado Democrático de Derecho; manifiestando que la protección de los Derechos Humanos en la aplicación universal e inmediata de los Derechos Sociales eran innovaciones legislativas fundamentales para la paz y el orden del Estado Brasileño.

Sin embargo, la no materialización de los derechos básicos, como la salud, la seguridad, la vivienda, la educación, implica un marco de desigualdad enorme, donde los trabajadores de clase, se desaniman al margen de la sociedad, como olvidados por la Constitución y despreciados por sus representantes.

Puntualizamos directamente que la cuestión de la Ciudadanía Fiscal, debe ser entendida como un conjunto de derechos y deberes de los ciudadanos a las autoridades fiscales.

Se distinguió entre Ciudadanías Bilaterales y Unilaterales, que apunta a la nueva función de ciudadano contribuyente como sujeto activo de la relación jurídica tributaria.

Se reconoció que los bonos del Tesoro de los Estados han creado una serie de programas, con el fin de transmitir a la sociedad el conocimiento básico de los impuestos.

Se emprendió directamente el tema de la Educación Fiscal, como se establece como un problema social que hay que superar por el Estado y la sociedad.

Se apuntó a la definición de la Educación Fiscal como una nueva

política pública del Estado; identificando que el propósito es para consolidar el Principio de la Dignidad Humana, los Derechos Humanos y la democracia, mediante una práctica educativa que se aplicará en todas las clases sociales; por lo tanto, se debe entrentar a la corrupción al clientelismo y al patronazgo.

Puntualizemos que la Educación Tributaria es vista como un Proyecto Educativo para mantener la sostenibilidad fiscal; teniendo este diseño, tres caras: el político, el ético, y el pedagógico. El objetivo principal de esta idea es promover el desarrollo integral del ciudadano, o politizar el cuerpo civil, con el fin de construir una sociedad desarrollada.

Se analizó la interacción entre la ciudadanía y el impuesto sobre la educación, entendiendo que ese es el instrumento para la aplicación de la primera; encontrándose que el principal desafío que enfrenta el impuesto de educación ha de ser eficaz como política pública del Estado.

La noción de Educación Tributaria surgió en línea con el Estado Social; y con relación al Impuesto de Educación, se analiza en línea con el universo jurídico creado por la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, donde se reforzaron las instituciones como la ciudadanía y la participación popular.

Esta Constitución establece pautas para guiar las acciones de los ciudadanos, con el fin de contribuir al desarrollo de la sociedad brasileña. El principal obstáculo de este orden constitucional ha de ser eficaz, poniendo fin a los privilegios, y minimizar las desigualdades sociales.

Por último en relación a la Educación Fiscal como instrumento de emancipación humana que rompe prejuicios elitistas y viejas ideologías, usando un ciudadano que tiene una visión global de toda la estructura social.

Otro de los retos que se plantea es hacer que la Educación Tributaria sea accesible a toda la sociedad, y que su aprendizaje sea bien didáctica

y comprensible.

Profundizamos discusión en dos puntos: en evasión fiscal y la corrupción; identificando que en Brasil la práctica de la evasión de impuestos se remonta a la época colonial.

En Brasil, la Ley Nº 4.729 / 65 considera delito a la evasión de impuestos, e identifica que la contribución retenida dificulta la realización de una serie de servicios públicos que benefician a la sociedad.

Se puntualizó que el aumento de la evasión de impuestos implica directamente en el aumento de los impuestos. Debido a que el Estado tiene que reemplazar las pérdidas de ingresos derivadas de la práctica segregatória; y que esta situación termina subsidiando a los evasores de impuestos, y penaliza a los contribuyentes honestos, registrándose en Brasil una fuerte sensación de impunidad, con una de sus principales consecuencias es la competencia desleal, y que es necesario reforzar la fiscalización de la potencia de Hacienda con el fin de frenar la actividad ilegal. Se introdujo la diferenciación entre la evasión y la evasión fiscal, la primera de las cuales constituyen punibles en forma ilegal, y reprimenda por parte del Estado, ya que la segunda, permitida por la ley, no proporciona ningún castigo para el contribuyente.

En Brasil, en los últimos años, se ha creado una serie de mecanismos para frenar la evasión de impuestos, como la creación de la Factura Electrónica (Nfe, el Digital Pública Contabilidad Sistema) SPED, el microempresario individual y la integración de Ingresos Federales y Seguridad Social, con la necesidad de permitir la migración del trabajado informal a la economía formal, con el fin de ampliar la base de recaudación de impuestos.

Se observó que la aplicación de las políticas públicas dirigidas a la erradicación de la pobreza y el rescate de la ciudadanía es clara; así como mejorar el sistema de impuestos, por lo que es menos complejo; evidenciendo la necesidad de fortalecer los mecanismos de auditorías y otras formas de supervisión; y que largo plazo la principal herramienta de lucha contra la evasión

fiscal es el impuesto de educación.

Se analiza la corrupción en su sentido más amplio, se entra en contacto que la corrupción estaba presente en toda la historia humana, desde la antigüedad hasta los tiempos actuales; se observó que la corrupción se derivan otras conductas, ramificándose como el nepotismo, el clientelismo, el favoritismo y los privilegios.

En Brasil las supuestas razones de la corrupción se basan en la ausencia de la desigualdad fiscal cultural, social, falta de interés y la participación de la población en los asuntos públicos, en la centralización del poder, en la falta de transparencia, la impunidad, y el gasto electoral masivo.

Se analizó que la mejor forma de luchar contra la corrupción, se centra en el fortalecimiento de la investigación y la represión, como también la conciencia de los ciudadanos a través del Impuesto de Educación.

Hemos desarrollado también, una serie de discusiones en profundidad sobre el mundo de los impuestos, la carga tributaria brasileña (una de la más grandes del mundo).

Se observó el aumento excesivo de la presión fiscal, que provoca efectos inversos como desincentivo para negocios formales, el estancamiento de la economía local, el aumento de precios y la reducción de las ventas; señalando la necesaria ampliación de la base tributaria, la reducción de los beneficios fiscales, y la supresión de la evasión de impuestos.

Se repasó sobre la influencia del Estado Democrático sobre las directrices de impuestos, se identificó el uso de los mecanismos legales para regular las actividades del Estado, y son dirigidas por la soberanía popular asegurando la sociedad en general en el orden político.

No podemos dejar de discutir el contenido tan presente como la Guerra de impuestos; se observó que este objeto puede ser entendido como una disputa entre las entidades federales en la atracción de empresas a cambio

de la concesión de incentivos fiscales en forma unilateral; destacando que el consentimiento de los incentivos fiscales para los Estados sin compromisos servicios públicos, daños en el desarrollo económico y social y fragmentó el pacto federativo. La guerra fiscal se revela como otra herramienta que fomenta las desigualdades sociales.

Se analizó las consecuencias de la guerra fiscal.

Se acentuó que los beneficios fiscales no siempre son los factores determinantes para la elección de la sede de una empresa vinculada a ella, son los factores extrafiscal como la actividad sindical, el costo de mano de obra local, la calidad de vida, la proximidad al mercado de consumo y productor de mercado (mercado local), una infraestructura adecuada, la calidad de las buenas telecomunicaciones.

Señalamos problemas del Sistema Tributario Brasileño, como la falta de equidad, impuestos acumulativos, y el nivel de carga tributaria.

Durante esta investigación, se trabajó en responder a una variedad de preguntas, a saber:

¿cómo el Estado puede contribuir a la formación de impuestos?,

¿Cómo frenar la evasión de impuestos, que alcanza alturas cada vez mayores?,

¿Cómo hacer que la población entienda que el simple hecho de exigir una factura, será ayudar en el control y la inhibición de la evasión?,

¿De dónde saldrá el tributo recogido?,

¿ a quién va dirigido?,

Agregando aún otros problemas relacionados con los impuestos; y todos estos puntos han sido ampliamente discutido, y contestado proposiciones innovadoras que presentan una serie de nuevos propuestas.

A lo largo de esta investigación académica, se presentó un enfoque innovador del contenido discutido, lo que demuestra los nuevos conceptos que trabajan en conjunto para el desarrollo de la sociedad, la universidad y el

Estado.

Por lo que la empresa necesita herramientas que expliciten, y ofrecezcan alternativas posibles a la necesidad de la educación, para que sus contenidos y actividades de práctica contribuyan a la educación cívica en el respeto de los contribuyentes de responsabilidad con los impuestos.

Por lo que la relación entre la Educación Tributaria y la Ciudadanía puede contribuir a la construcción de nuevos valores fundamentales, para asegurar prácticas que conducen a la promoción social, la lucha contra la corrupción y, al mismo tiempo, promueve el Estado de su propio edificio, para promover la reducción de la carga impuestos, lo que contribuye a mejorar a un mayor número de personas de la informalidad.

De hecho la mayoría de la población no sabe cuánto pagan de impuestos, de contribuciones, de tasas, de cargos; que puede y debe vigilar la aplicación y el almacenamiento de estos valores, que es la razón por la ausencia de una Educación Fiscal ha contribuido a la falta de ejercicio de la Ciudadanía Fiscal.

El Impuesto de Educación, como propuesta de Política Pública que viene del seno de la Administración Tributaria, alimentada por factores constitucionales, conscientes de los grandes obstáculos para la implementación de políticas de redistribución de la renta y el poder, a causa de los engranajes políticos, sociales y económicos históricos y conservador, y tiene como objetivo despertar este sentido legal y constitucional en una democracia brasileña todavía en pañales.

La constitución de una nación es el todo, es complejo, que se entrelazan: leyes fiscales, civiles, presupuestarias, mano de obra, fragmentos, que por sí sola no dice casi nada. El Estado de Derecho es todo, lógico y en sentido axiológico. Por lo tanto, la administración tributaria, como cualquier otra institución, es una pieza que sólo puede ser comprendida y justificada en relación con el todo.

La Educación Tributaria propone, como una Política Pública del Estado sobre la base de la voluntad soberana de la nación, donde los ciudadanos transitan en su dimensión psicosocial / educativo.

El Impuesto de Educación, como Política Pública que surge de una administración tributaria, fiel a los principios republicanos para optimizar la potencia de las disposiciones que las situaciones políticas y económicas que se pueden abrir en momentos de crisis global, y reclaman un Sistema Fiscal más justo y equitativo para todos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ARANHA, Luiz Ricardo Gomes . Direito Tributário: Apreendendo . Del Rey: Belo Horizonte, 2001.

ARAÚJO, Cláudia Campos, FERREIRA, Maria Isabel Reis, RODRIGUES, Patricia Castilho, SANTOS, Simone Marques dos. Meio ambiente e Sistema Tributário: novas perspectivas. São Paulo: SENAC, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução às Ciência das Finanças. Forense: Rio de Janeiro,1969.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. Saraiva: São Paulo,

1963.

BIDART CAMPOS, Germán José: “Derecho Político”, Ed. Aguiar, 1989, Buenos Aires.

BIDART CAMPOS, Germán José: “Doctrina del Estado Democrático”, 1985, Buenos Aires.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6. ed.rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. O que é educação. 33 ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola Superior de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal.Brasília, DF: ESAF, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros. 9ª ed. 1997

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia, 12ª edição. São Paulo. Editora Ática, 1999.

COUTINHO, Carlos Nelson. Contra a corrente – ensaios sobre democracia e socialismo. São Paulo.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. O que é cidadania 3ª edição. São Paulo: Brasiliense, 2001.

FERNÁNDEZ, Luis O.: “Impuesto a las ganancias”, Bs. As., La Ley, 2005.

FERNÁNDEZ, E.: “Estados fallidos o Estados en crisis?, Granada, 2009.

F.I.E.L. - Fundación de Investigaciones Económicas latinoamericanas, “Hacia una nueva Organización del Federalismo Fiscal en la Argentina”, FIEL – Buenos Aires.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FLORIDO, Irineu. A repercussão Econômica dos Impostos. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1987.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Econômico e Tr ibutário – Comentários e Pareceres. Resenha Tributária: SP, 1992.

MARTINS, Ives Gandra. *Sistema tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. A Política Tributária como Instrumento de Defesa do Contribuinte. A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro. São Paulo: IOB, 2002.

O’DONNELL, Ken. Raízes da transformação. 2 ed. Salvador: Casa da Qualidade Editora, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t . 22.

ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Grandes questões atuais do direito tributário.

São Paulo: Dialética, 2002. V. 6.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). A globalização e as ciências sociais. Rio de Janeiro: Cortez Editora, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2005.

SENGE, Peter. A dança das mudanças. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22 .ed.São Paulo: Malheiros.

SORLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da norma jurídica. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

VINHA, Thiago Degelo e Maria de Fátima Ribeiro**.** Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FERNANDES, Edison C. (Coords.). Tributação, Justiça e Liberdade. Juruá: Curitiba, 2005.

WAGNER, José Carlos Graça. Penalidades e Acréscimos na Legislação Tributária. Resenha Tributária: São Paulo, 1979.

WAGNER, José Carlos Graça. Tributação Social do Trabalho e do Capital . São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1984.

DICCIONARIO DE FILOSOFÍA DE FERRATER MORA, José, Ed. Alianza, Barcelona, 1986.

LEXICOM, “Diccionario Francés-Español y Español-Francés”, Ed. Sopena, Madrid, 1986.

REVISTAS JURÍDICAS:

El Derecho (Argentina). La

Ley (Argentina).

Revista Conceptos (U.M.S.A.).
Revista Páginas de Direito (Brasil).

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Revista da

Faculdade de Direito de São Paulo.

Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação. Stricto Sensu

em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí.

Revista electrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro,

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais Revista da

EMERJ.

Revista Jus Navigandi,

Revista da AJURI