

ISSN 2595-1408

REVISTA DIREITO DIÁRIO

FORTALEZA V. 1, Nº. 1



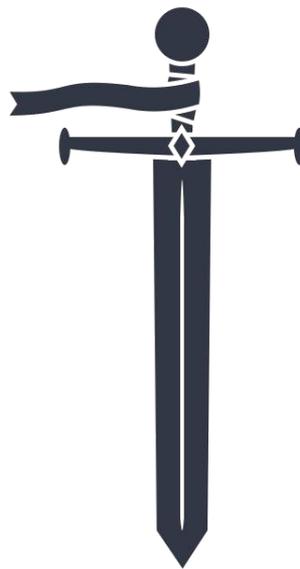
5ª EDIÇÃO

JUL-SET 2019

EDITORA DIREITO DIÁRIO

WWW.DIREITODIARIO.COM.BR

REVISTA DIREITO DIÁRIO



ISSN 2595-1408

Fortaleza, v. 1, n. 1, abr./jun. 2019

4ª EDIÇÃO



EXPEDIENTES

Revista Direito Diário

Direito Diário Jurídico Editora Ltda.

Rua Norvinda Pires, nº 60, Aldeota

CEP: 60150-280 – Fortaleza, CE

contato@direitodiario.com.br

direitodiario.com.br

Copyright © 2019

Direito Diário Jurídico Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.



DIREITO DIÁRIO

Revista Direito Diário da Direito Diário Jurídico Editora Ltda.

Volume 1, nº.1 – jul/set. 2019 (trimestral).

EQUIPE EDITORIAL

Bianca Gabrielle Collaço

Ingrid Carvalho Bezerra

Rafael Aguiar Nogueira e Franco

Victor Hugo Camilo Silva Zanocchi

CONSELHO EDITORIAL

BIANCA GABRIELE COLLAÇO

Pós-Graduada em Direito Tributário. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2015). Advogada.

CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA

Professor de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário Chistus. Doutor (2005) e Mestre (2000) em Direito do Estado – sub-área: Direito Tributário – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Público (1997) e em Direito Constitucional (1997) pela Universidade de Fortaleza. Advogado.

FELIPE LIMA GOMES

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor (2015), Mestre (2012) e Bacharel (2009) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Ex-professor da Universidade de Fortaleza.

INGRID CARVALHO BEZERRA

Pós-Graduanda em Direito Administrativo e Licitações. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Advogada.

NADJA PONTE NOGUEIRA

Mestranda pela Universidade de São Paulo em Direito Internacional Privado. Bacharela (2016) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Diretora de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Debates desde de 2017. Advogada.

RAFAEL AGUIAR NOGUEIRA E FRANCO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Diretor Conselheiro do Grupo de

Estudos em Direito e Assuntos Internacionais, programa vinculado à Universidade Federal do Ceará. Advogado.

STEPHANE HILDA BARBOSA LIMA

Pesquisadora do Centro de Ensino, Pesquisa e Inovação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - SP. Mestre (2018) e Bacharel (2015) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista (2016) em Direito e Processo Tributário. Membro emérito da Sociedade de Debates da UFC. Professora e Advogada.

VICTOR HUGO CAMILO SILVA ZANOCCHI

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Advogado.

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará. Doutor (2016) e Mestre (2009) em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Assessor de Legislação e Normas da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas (PROGEP) da Universidade Federal do Ceará. Advogado.

Revista Direito Diário

Direito Diário. – v.1, n.1 (jul./set. 2019). – Fortaleza: Direito Diário, 2019.

Trimestral

ISSN 2595-1408

1. Direito – Periódicos. Direito Diário.



APRESENTAÇÃO

A Equipe Direito Diário tem a honra de apresentar a 5ª Edição da Revista Direito Diário, uma publicação acadêmica com periodicidade trimestral, criada para expandir e difundir conhecimento jurídico.

O Direito Diário, criado em 2015, é um portal jurídico virtual que tem como objetivo a disseminação de informações e conhecimentos jurídicos. Por meio de variados tipos textuais, a Equipe Direito Diário traz constantemente notícias, artigos de opinião, artigos científicos e dicas sobre as principais temáticas do mundo Jurídico.

Por intermédio da plataforma virtual, deparou-se com a democratização do acesso ao conhecimento, sendo possível abranger as diversas áreas jurídicas, conforme o interesse de cada colaborador.

O Direito é o meio pelo qual o Estado organiza a sociedade, então, entendemos por bem desenvolver uma ferramenta online na qual fosse possível inserir pessoas, dos mais variados contextos sociais, na realidade jurídico-social brasileira. Outro ponto que impulsionou o nascimento do Direito Diário foi o desafio constante de se manter bem informado sobre os principais acontecimentos jurídicos.

No intuito de ampliar os horizontes do projeto, é lançada a Revista Direito Diário. A partir da publicação desse periódico jurídico, o Direito Diário avança mais um passo na concretização do seu ideal: promover o desenvolvimento de ideias e a disseminação do conteúdo jurídico, com mais seriedade e compromisso, a fim de contribuir para o crescimento da sociedade e para o crescimento do próprio Direito como ciência.

O periódico publica artigos, resenhas e monografias (nacional ou internacionalmente) com as mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, incluindo artigos transdisciplinares, de pesquisa aplicada ou que se enquadrem nos campos de pesquisa Direito

e Desenvolvimento (*law & development*), Direito e Sociedade (*law & society*), Direito e Meio Ambiente (*law & environment*), e Direito e Economia (*law & economics*). Ademais, recebe trabalhos sobre Direito nacional, internacional e global; Teoria, Sociologia, Filosofia e História do Direito; e sobre ensino jurídico.

Também é possível ter acesso ao nosso conteúdo por intermédio do nosso endereço eletrônico (direitodiario.com.br).

Boa leitura a todos e todas!

Bianca Gabriele Collaço¹
Rafael Aguiar Nogueira e Franco²

¹ Pós-Graduada em Direito Tributário. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2015). Advogada.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Diretor Conselheiro do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais, programa vinculado à Universidade Federal do Ceará. Advogado.



SUMÁRIO

A OAB como fiscal do ensino jurídico	9
<i>Francisco José Guimarães Peixoto</i>	
Os limites da terceirização no serviço público brasileiro	23
<i>Ingrid Carvalho Bezerra</i>	
A aplicação da prescrição intercorrente no Direito Tributário e os novos precedentes judiciais do STJ	36
<i>Isabella Gonçalves de Queiroz Clementino</i>	
A (in)existência de filtros qualitativos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito Brasileiro	49
<i>Mário Marcondes Nascimento Júnior</i>	
Soberania “em crise” e jurisdição Penal Internacional	63
<i>Pedro Diógenes Fernandes Neto</i>	
Sistema acusatório e o inquérito 4781 do STF	75
<i>Renata Maria Rocha de Vasconcelos Lucena</i>	
Direito Fundamental à segurança pública e o garantismo penal	90
<i>Renata Maria Rocha de Vasconcelos Lucena</i>	
Direito ao Respeito: um breve ensaio sobre o surgimento da 7ª Geração ou Dimensão dos Direitos Fundamentais	107
<i>Sérgio Assunção Rodrigues Júnior</i>	
O princípio do <i>non bis in idem</i> (vedação à dupla incriminação) na seara do Direito Processual Penal: uma análise comparativa do sistema brasileiro, português, interamericano e europeu	120
<i>Sérgio Assunção Rodrigues Júnior</i>	
A responsabilidade civil por danos ambientais e a natureza jurídica <i>propter rem</i> da obrigação	146
<i>Thiago Voracoski Santos</i>	
Atos administrativos discricionários e a (im)possibilidade de controle judicial do mérito	158
<i>Yasmin Souza da Silva</i>	
O trabalho penitenciário à luz da Constituição Federal de 1988	177
<i>Yasmin Souza da Silva</i>	

Reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o princípio da inalterabilidade relativa do nome civil à luz da jurisprudência dos tribunais superiores 189

Yasmin Souza da Silva

Uma análise da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça à luz da Constituição Federal de 1988 206

Yasmin Souza da Silva



A OAB COMO FISCAL DO ENSINO JURÍDICO

Francisco José Guimarães Peixoto*

Sumário: 1. Introdução; 2. Relatos Históricos; 3. Obrigações Institucionais da OAB; 4. Das Questões Jurídicas; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

O presente artigo faz uma análise histórica da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como do ensino jurídico no país. Retrata os mecanismos institucionais aos quais a instituição está atrelada, tendo como premissa o Estado Democrático de Direito, que se encontra expresso em nossa Constituição federal de 1988. Retrata as formas legais que a OAB utiliza-se para a fiel consecução desse controle jurídico, além das questões polêmicas que envolve tal fiscalização, sendo estas de cunho direto, exame da Ordem, e indireto, ações jurisdicionais.

Palavras-Chave: OAB. Ensino Jurídico. Fiscalização.

ABSTRACT

This article presents a historical analysis of the Order of Attorneys of Brazil as well as of legal education in Brazil. It portrays the institutional mechanisms to which the institution is linked, as a premise the Democratic State of Law, which is expressed in our Federal Constitution of 1988. It portrays the legal forms that the OAB is used for the faithful achievement of this legal control, in addition to the controversial issues involved in such supervision, which are direct, an examination of the Order, and indirect, jurisdictional actions.

Keywords: OAB. Legal Teaching. Oversight.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira foi por muitas décadas subjugada à exploração econômica de outros países, principalmente de Portugal, que via nestas terras uma oportunidade de “lucro”, nem que para isso, tivesse que retardar anos de desenvolvimento intelectual, artístico, industrial, entre outros.

A educação no Brasil se deu de forma lenta e precária, não sendo diferente no ensino superior, inclusive o ensino jurídico, cuja existência se deve ao fato, como veremos adiante, de os filhos da aristocracia terem que estudar, mas, para isso, tinham

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Advogado. E-mail: franzeguimaraes@yahoo.com.br.

que ir para a Europa, o que, além de ser muito dispendioso financeiramente, ainda havia a distância que os separava de seus entes. Assim, devido a este asseio, surgem os primeiros cursos superiores de Direito no país.

Já a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB - surge como instituição corporativa, em defesa dos interesses da classe profissional, no entanto, passou a atuar em prol da sociedade como um todo, verdadeiro fiscal da ordem jurídica e social.

A relação que existe entre a OAB e o ensino jurídico tem como premissa manter a qualidade dos cursos jurídicos, bem como selecionar aqueles aptos ao mister. Fala-se em uma crise, devido à precariedade do ensino e aos mecanismos metodológicos adotados em sala de aula, os quais estão longe de retratarem o futuro cotidiano destes profissionais.

O exame para o ingresso junto à instituição e as constantes ações jurisdicionais promovidas pela OAB, no intuito de barrar determinadas ações em face dos órgãos governamentais, tem como fim a busca por uma melhor qualidade no ensino jurídico, assim, tem feito dessa instituição um verdadeiro fiscal do ensino jurídico no país.

Até que ponto cabe a OAB realizar tal mister? Qual a natureza jurídica da instituição? O exame da Ordem, como é chamado, é constitucional, tendo em vista que o mesmo vai contra a livre iniciativa profissional? São esses os problemas aos quais tentaremos responder ao longo do trabalho.

2 RELATOS HISTÓRICOS

O surgimento do Ensino Jurídico e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB no Brasil é muito bem retratado por Santos e Gonçalves (2013), tendo as primeiras escolas jurídicas sido criadas por volta de 1828, com a promulgação da Lei Monárquica de 11 de agosto de 1827. Foram São Paulo e Recife as duas primeiras cidades agraciadas com tais escolas, pois tinham como finalidade atender às questões burocráticas do recém surgido Estado brasileiro e da aristocracia.

Tal finalidade era para manter a estrutura de poder estatal, os filhos da elite nacional eram quem frequentava os cursos jurídicos com o propósito de a máquina estatal os absorver. Logo, os recém-bacharéis formados pelas escolas jurídicas passavam a exercer inúmeras atividades na administração pública.

Até o início do século XX, o ensino jurídico continuava restrito a essas duas faculdades, quando começou a surgir novas faculdades, as quais ganharam o nome de

“Faculdades Livres”, pois destinavam-se a classe média da sociedade. A primeira foi a da Bahia em 1891, seguindo pela do Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul (SOLA e FORISTIERI, 2011).

Entretanto, foi no período da República Velha (1889-1930) que se intensificou a criação de cursos de Direito, de forma indiscriminada, chegando a ganhar a alcunha de “fábrica de bacharéis”, como se em produção em série fossem criados tais bacharéis. No final da República Velha e início da era Vargas, registrava-se a existência de quatorze Faculdades de Direito no país (LOBATO, 2003).

Nota-se que tais cursos já surgiram com alguns problemas de técnicas de aprendizagem, de metodologia e de pensar o Direito, isso porque o ensino caracterizava-se pelo modelo Europeu, mais especificamente de Coimbra, fazendo com que houvesse uma discrepância de realidade com o cotidiano da sociedade brasileira, ou seja, o que havia era um ensino jurídico sem qualquer vinculação com a realidade social e de nossa educação.

Conforme Freitas e Furtado (2011, p.5) a crise no ensino jurídico se torna mais agravada no período do governo ditatorial, ou seja, na ditadura militar de 1964. Isso por conta de que nessa fase há uma expansão indiscriminada do ensino superior, haja vista a finalidade de reverter a insatisfação política da classe média urbana e conseqüentemente conseguir o seu apoio para o projeto de governo recém-implantado.

Para Foristieri e Sola (2011, p.92), o cerne do problema do ensino jurídico do país encontra-se na relação entre o que se ensina e como se ensina, pois temos um ensino mais formativo e não informativo. Tem que preparar os alunos a pensar o Direito, fazer com que estes criem uma capacidade crítica diante da realidade que lhes é imposta, dando condições para que o aluno pense juridicamente e desenvolva o ensino interdisciplinar, trazendo-o para o mais próximo da realidade.

O que visualizamos na atualidade não é muito diferente do passado, uma grande quantidade de cursos jurídicos surgiram nos últimos anos, tendo em vista seu baixo custo de manutenção e grande procura pela sociedade, gerando elevados ganhos para os seus investidores. Uma verdadeira fábrica de bacharéis, além de os mesmos estarem abaixo da qualidade esperada, gerando profissionais deficientes.

Atualmente os cursos jurídicos, bem como todos os demais cursos superiores, necessitam de autorização do Ministério da Educação (MEC), com o início de suas atividades, as mesmas passam por vários processos de avaliação para obterem o reconhecimento, pois somente após esse ato é que tais instituições podem emitir

diplomas.

Quanto ao surgimento da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a mesma fora fundada quase um século após a fundação do Instituto dos Advogados, por meio do art. 17 do Decreto Provisório nº 19.408 de 18 de novembro de 1930, assinado pelo então chefe do Governo Provisório Getúlio Vargas, e pelo ministro da Justiça Osvaldo Aranha:

Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.

Na época, o Instituto dos Advogados tinha como presidente Levi Carneiro, ao qual coube levar adiante a formação de uma comissão para fins de criação do estatuto da nova instituição a que estava a se criar.

A implantação da Ordem em todo o território nacional, foi uma das principais dificuldades encontradas pelo instituto, sendo que o Decreto nº 22.266 de 28 de dezembro de 1932, adiou para 31 de março de 1933 a execução do Regulamento, que tinha previsão inicial para o dia 1º de maio de 1932. Já o Decreto nº 22.478 de 20 de fevereiro de 1933, aprovou e mandou consolidar algumas modificações posteriores ao Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil.

Já o Conselho Federal da OAB funcionou inicialmente no prédio do Instituto dos Advogados Brasileiros, sendo a primeira sessão realizada em 06 de março de 1933. Teve como primeiro presidente Levi Carneiro e como secretário geral Atílio Vivácqua. Em 13 de março de 1933, foi aprovado o Regimento Interno do Conselho, fixando assim sua organização administrativa.

O primeiro Código de Ética Profissional para os advogados foi aprovado na sessão do Conselho Federal de 25 de julho de 1934, dando cumprimento ao preceituado no art. 84, inciso III, do Regulamento da OAB, Decreto nº 22.478 de 20 de fevereiro de 1933: “Art. 84. Ao Conselho Federal compete: [...] III — votar e alterar o código da ética profissional, ouvidos os Conselhos das seções e as diretorias das sub-seções”.

A Ordem foi criada como organização profissional, ou seja, órgão de seleção e disciplina de seus membros, por tais objetivos, a mesma não possui responsabilidade direta pelo ensino jurídico. Mas, isso não significa que a mesma não fazia esse controle.

Inicialmente, para ingressar na Ordem bastava ser bacharel em Direito, entretanto, com a criação da Lei nº 4.215 de 27 de abril de 1963, em seu art. 48, inciso III, passou a exigir “certificado de comprovação do exercício e resultado do estágio, ou de habilitação

no Exame de Ordem”.

Com tal legislação, criam-se duas possibilidades para o ingresso na Ordem, o estágio profissional, com o conseqüente exame de estágio, ou, a prova de Ordem, caso o mesmo não tivesse se submetido ao primeiro.

Com o advento da Lei nº 5.842 de 06 de dezembro de 1972, a mesma revogou a Lei nº 4.215/63, dispensando o exame da Ordem e criando apenas o estágio de prática forense e organização judiciária que seriam ministrados pelas próprias faculdades em convênio com a Ordem.

Art. 1º Para fins de inscrição no quadro de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, ficam dispensados do exame de Ordem e de comprovação do exercício e resultado do estágio de que trata a Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, os Bacharéis em Direito que houverem realizado, junto às respectivas faculdades estágio de prática forense e organização judiciária.

Observa-se que de algum meio a Ordem realiza fiscalização sobre seus futuros e já profissionais, sendo intensificada quando da abertura do ensino jurídico a iniciativa privada, deixando o Estado o seu monopólio.

Em 04 de julho de 1994 promulga-se a Lei nº 8.906, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sendo, em seu art. 87, expressamente revogadas todas as disposições em contrário:

Art. 87. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, a Lei nº 5.390, de 23 de fevereiro de 1968, o Decreto-Lei nº 505, de 18 de março de 1969, a Lei nº 5.681, de 20 de julho de 1971, a Lei nº 5.842, de 6 de dezembro de 1972, a Lei nº 5.960, de 10 de dezembro de 1973, a Lei nº 6.743, de 5 de dezembro de 1979, a Lei nº 6.884, de 9 de dezembro de 1980, a Lei nº 6.994, de 26 de maio de 1982, mantidos os efeitos da Lei nº 7.346, de 22 de julho de 1985.

Com a presente lei, em seu art. 54, inciso XV, passa a Ordem a desempenhar um papel ativo quando da criação, reconhecimento ou credenciamento de novos cursos jurídicos, tudo isso através de parecer prévio não vinculativo.

Art. 54. Compete ao Conselho Federal:
[...]
XV - colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos, e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos;

Assim, a Ordem dos Advogados do Brasil possui uma responsabilidade concreta

sobre o ensino jurídico do país, estando tais objetivos arraigados em suas obrigações institucionais, os quais passaremos a ver no tópico seguinte.

3 OBRIGAÇÕES INSTITUCIONAIS DA OAB

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, preconiza em seu art. 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Basicamente toda a regulação da instituição na qual se encontra inserido o advogado, exta-se no bojo da Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Temos como certo, conforme insculpido em seu art. 44, que a Ordem presta serviço público dotada de personalidade jurídica e forma federativa, a qual tem por finalidade defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, bem como promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Segundo Mattos (2011, p.151-152), tivemos um avanço no decorrer dos anos para com a proteção da ordem jurídica, senão vejamos:

O engajamento do Conselho Federal da OAB no combate ao Estado Novo consolidou a atribuição de protetor da ordem jurídica assumida pelo organismo. Note-se que o Estatuto da Ordem dos Advogados de 1933 lhe atribuía funções estritamente corporativas. A OAB terá o reconhecimento legal de seu papel de defensora da ordem jurídica apenas com a aprovação, em 1963, do seu novo estatuto, o qual, nos seus artigos 18 e 27, estabelecia que cabia tanto ao Conselho Federal da Ordem quanto aos advogados a defesa da ordem jurídica e da Constituição Federal.

A preservação da instituição, quando da formação de seus novos integrantes, faz parte da proteção da ordem jurídica, pois sem bons profissionais teríamos uma “fraca organização” e uma péssima prestação de serviço à sociedade, incompatível com a dinâmica do Estado Democrático de Direito a qual estamos submetidos.

O ensino é de livre iniciativa privada, desde que atendidas as condições expressas nos incisos do art. 209 da Constituição federal de 1988: “I - cumprimento das normas

gerais da educação nacional; e II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

Desse modo, apesar da competência legal, autorizativa e fiscalizatória, do ensino jurídico ser do Ministério da Educação – MEC, a Ordem dos Advogados do Brasil por meio da Comissão de Ensino Jurídico é responsável por emitir parecer de forma não vinculativa quando da criação, reconhecimento ou credenciamento de novos cursos de Direito.

Paralelamente a esse parecer, poderíamos imaginar outros órgãos institucionais capazes de promoverem sua opinião quando do surgimento de novos cursos, são estes, Ministério Público e Magistratura, por meio dos seus colegiados, no entanto, falta dispositivo legal que os assegure para tal mister.

Afirma Santos e Gonçalves (2013, p.18), que o MEC é o órgão estatal responsável pela promoção da educação no país, a qual realiza por meio do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES - e pela Comissão Nacional de Educação Jurídica da OAB que opina previamente sobre o surgimento do curso jurídico.

O presente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo Lobato (2003, p.30) publicou em 2001 um esboço dos cursos jurídicos do país, finalizando com uma lista de cursos que a Ordem recomenda. Dessa análise constatou no Estado do Rio Grande do Sul, tido como exemplo, apenas quatro instituições recomendadas, dentre os aproximadamente 30 cursos de Direito em funcionamento naquele momento. Esse estudo demonstra a preocupação da OAB com o ensino jurídico, pois nota-se categoricamente que o MEC tem autorizado a criação de cursos que receberam parecer contrário.

A OAB preocupada em promover uma prova de qualidade para o ingresso em seus quadros lançou em 16 de abril de 1996 mão do Provimento 81, de acordo com Gonçalves Junior, (2015 p.232), a mesma se utilizou de requisitos legais trazidos pela Constituição federal, pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e, principalmente, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação:

A OAB elaborou o Provimento nº 81/96 para tratar da questão. Interpretamos esse “Provimento nº 81/96” como uma diretriz educacional do CFOAB, pois ele trouxe as novas normas e diretrizes do Exame de Ordem. Desta maneira, o CFOAB iniciou a organização de sua legislação interna a partir dos principais requisitos legais trazidos pela Constituição Federal, O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e, principalmente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação. A OAB teve, portanto, um arcabouço jurídico à sua disposição para criar suas diretrizes educacionais e não cair em contradição com as mesmas.

Sempre foi polêmica a delimitação das funções institucionais da Ordem dos

Advogados do Brasil, ora alguns querem limitá-los, outrora querem ampliá-los. Como retratado anteriormente, a mesma exerce funções de classe profissional e de interesse nacional, como a preservação da ordem jurídica.

A polêmica quanto às atribuições e funções da OAB sempre foi um tópico em discussão no panorama político do Estado Democrático do Brasil, pois a Ordem, além de exercer suas funções naturais de entidade de classe profissional, representando os interesses da advocacia no país, bem como regulando os inscritos e selecionando os profissionais aptos ao exercício da atividade, do ponto de vista histórico, desde o seu surgimento, a OAB teve importante papel político institucional, atuando também em prol do interesse coletivo e na defesa dos direitos de toda a sociedade (MARQUES JUNIOR *apud* LOBO, 2007, p.46).

Comentários coerentes sobre a situação do ensino jurídico do Brasil, bem como pela crítica que as instituições de ensino fizeram em detrimento da Comissão do Ensino Jurídico da OAB, pois alegavam a falta de conhecimento dos critérios que a mesma se utilizava para avaliação, sendo que muitas dessas que criticaram se quer foram avaliadas, fora retratado por Fagúndez (2006, p.76-77):

É de conhecimento público que o ensino jurídico é caótico em nosso País. Claro que não é apenas o ensino jurídico. E o problema também não atinge apenas o ensino superior. O ensino superior é caótico porque o ensino básico é caótico. O ensino jurídico afeta toda a sociedade, por óbvio, muito mais até que os outros cursos superiores. Isso porque os bacharéis em Direito, historicamente, ocupam os cargos políticos da República. E o advogado é o único profissional com assento constitucional. E a lei determina que o Conselho Federal da OAB seja ouvido sempre que formula um pedido de autorização ou reconhecimento dos cursos de Direito. Houve muita crítica ao programa OAB Recomenda, por não serem as instituições avisadas previamente dos critérios adotados pela Comissão de Ensino Jurídico. Muitas instituições que sequer foram avaliadas criticaram o programa. Deve-se destacar que o objetivo da OAB é a melhoria do ensino jurídico. A Ordem não é uma instituição governamental ou órgão do Ministério da Educação. E não é isso que a OAB quer, do seu Conselho Federal ou da Comissão de Ensino Jurídico, que não dispõe de uma estrutura para promover uma avaliação global dos cursos de Direito.

Sanches e Silveira (2015, p. 142) visualizam em meio ao problema do ensino jurídico no país uma benéfica ao se criarem tantas Faculdades de Direito, pois os bacharéis de até então vinham exclusivamente das elites, e agora começam a advir também da classe média:

Apesar de o ensino jurídico continuar apresentando os mesmos problemas da sua criação, o perfil do bacharel sofreu grandes mudanças, uma vez que houve um sensível aumento no número de cursos espalhados pelo Brasil, inclusive de instituições particulares. Os bacharéis, até então oriundos das elites dirigentes, começam a advir também da classe média ascendente. Como resultado, estes

bacharéis ocuparam cada vez mais outros postos, além da burocracia estatal, trabalhando em empresas ou como profissionais liberais.

O que temos atualmente é um ensino jurídico o qual nos propõe um pensamento fechado, hermético, faltando uma maior interação entre os diversos saberes que nos são posto pela sociedade. Cabe ao Direito realizar um dialogo constante com os demais sistemas, como a sociologia, economia política, psicologia, economia e vários outros sistemas. Isso se dá em razão dos novos instrumentos de tecnologia, bem como pela amplitude atual dos fatos jurídicos e suas consequências (MELO, 2017).

4 DAS QUESTÕES JURÍDICAS

A grande polêmica que surge no início do século XXI em relação à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é sobre sua natureza jurídica, sendo tal matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 3026/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, a qual teve o ministro Eros Grau como relator.

A presente ação visava à obrigatoriedade de concurso público para o provimento de cargos de servidores da Ordem, sendo a mesma julgada improcedente em 08 de junho de 2006. Nessa, ficou consignado que a OAB é uma instituição *sui generis*, não é pessoa jurídica de direito público, se quer uma autarquia de regime especial, não tendo qualquer vinculação com a Administração Pública indireta. O acórdão, publicado no Diário Oficial da União de 29 de setembro de 2006, restou assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de

que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido.

Outro ponto polêmico é a constitucionalidade do exame da Ordem, tendo em vista que a Constituição federal de 1988 determinou em seu art. 5º, inciso XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Anos após a instituição de nossa Constituição, cria-se o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994, que por sua vez impõe a necessidade do exame para os ingressos em seu quadro, conforme art. 8º, inciso IV, “para inscrição como advogado é necessário: [...] aprovação em Exame de Ordem”.

O exame analisa se os bacharéis tem um mínimo de conhecimento do Direito, bem como capacidade para redigirem peças processuais, as quais são utilizadas no cotidiano da advocacia. Tendo em vista, o grande índice de reprovação nestes exames, muitos recém-formados, os quais não lograram êxito, ingressam com ações perante o Poder Judiciário questionando a sua Constitucionalidade.

Sendo que, em 26 de outubro de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE 603583) que questionava a obrigatoriedade do exame. Como o recurso teve repercussão geral reconhecida, a decisão nesse processo foi aplicada a todos os demais que tenham pedido idêntico.

TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações. (STF – RE: 603583 RS, Relator: Min. Marco Aurélio, data de julgamento: 26/10/2011, Tribunal Pleno).

Assim, temos o Exame de Ordem como um dos mecanismos utilizados pelo OAB para avaliar, até mesmo fiscalizar, por meio dos dados estatísticos desses exames, o atual sistema de ensino jurídico do país, demonstrado sua preocupação nessa seara da educação superior. Para tanto a Ordem criou o selo de qualidade OAB Recomenda concedido aos cursos de Direito avaliados com êxito.

Outro mecanismo que dispõe a Ordem é o ingresso de Ações junto ao Poder Judiciário na tentativa de barrar determinadas aberrações promovidas pelo Ministério da Educação (MEC), bem como das próprias instituições de ensino.

Caso recente foi o ingresso da OAB em 17 de outubro de 2017, através de uma Ação Civil Pública contra o reconhecimento do Curso Superior Tecnológico, na modalidade à distância, de Gestão de Serviços Jurídicos e Notariais, feita pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (MEC).

O presente Processo nº 1014053-90.2017.4.01.3400, que tramita perante a 7ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, continua seu tramite normal, entretanto, em 20 de outubro de 2017 teve o seu pedido Liminar Negado, ou seja, a Portaria 1.039 do MEC continua em vigor até decisão em contrário.

Como exposto, a OAB se utiliza de vários instrumentos, como no caso presente, de ações jurisdicionais, na tentativa de impedir determinadas transgressões às premissas basilares do ensino jurídico no país. Assim, temos a Ordem como uma instituição que, de certa forma, fiscaliza o ensino jurídico, sendo esta uma de suas preocupações institucional e social.

5 CONCLUSÃO

A forma como a OAB exerce seu mister fiscalizatório, se encontra engendrado em

uma tríplice função, que é, primeiramente, de emitir parecer prévio, não vinculativo, quando da criação, reconhecimento ou credenciamento de novos cursos jurídicos, conforme previsão expressa no art. 54, inciso XV, da Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Segundo, promover o Exame de Ordem, pois se trata de instrumento de aferição da qualidade do ensino jurídico, bem como, selecionar aqueles os quais estão aptos ao desenvolvimento da advocacia em prol da sociedade, cuja previsão legal se encontra no art. 8º, inciso IV da Lei nº 8.906/94.

Lembrando sempre que os mecanismos de avaliação desenvolvidos pelo Ministério da Educação (MEC) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não podem caminhar em sentido contrário, tendo em vista ser o objetivo a alcançar único, que é um ensino jurídico de qualidade.

E terceiro, a promoção de Ações perante o Poder Judiciário no intuito de impedir determinadas ações estatais que venham a banalizar as bases do ensino jurídico no Brasil, pois a OAB se vê na condição de fiscal desse ensino e acaba se utilizando de todos os mecanismos a seu dispor. Não podendo esquecer que a advocacia é uma profissão com grande enfoque social, podendo até mesmo ser considerada como um serviço público essencial à sociedade, como já foi considerado por nossos tribunais superiores.

Por fim, com base em tudo que foi apresentado, apesar de toda a divergência existente sobre a matéria, procurou-se mostrar ao máximo a relação que existe entre os mecanismos de fiscalização do ensino jurídico no Brasil com o papel desempenhado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Servindo tal artigo científico como material base ou parâmetro para novas pesquisas na área.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 19.408 de 18 de novembro de 1930**. Reorganiza a Corte de Apelação e da outras providências. Rio de Janeiro, 1930. Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/ini_dec19408.htm>. Acesso em 29 nov 2017.

_____. **Decreto nº 22.478 de 20 de fevereiro de 1933**. Aprova e manda observar a consolidação dos dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil. Rio de Janeiro, 1933. Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/ini_dec22478.htm>. Acesso em 29 nov 2017.

_____. **Lei nº 4.215 de 27 de abril de 1963**. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF, 1963. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em 29 nov 2017.

_____. **Lei nº 5.842 de 06 de dezembro de 1972.** Dispões sobre o estágio nos cursos de graduação em Direito e dá outras providências. Brasília, DF, 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5842.htm>. Acesso em 29 nov 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 nov 2017.

_____. **Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em 29 nov 2017.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Provimento nº 81 de 16 de abril de 1996.** Estabelece normas e diretrizes do Exame de Ordem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimento/81-1996>>. Acesso em 29 nov 2017.

_____. **História da OAB:** primeiros anos da OAB. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm>. Acesso em 29 nov 2017.

FAGÜNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O Ensino Jurídico:** realidade e perspectiva. Brasília, DF, Editora OAB, 2006.

FEITOSA NETO, Inácio José. **O Ensino Jurídico:** uma análise dos discursos do MEC e da OAB no período de 1995-2002. 2006. 155 f. Dissertação (Mestrado em Educação), Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

FREITAS, Frederico Oliveira; FURTADO, Daniele de Oliveira. A legitimidade do exame da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil). **Âmbito Jurídico.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8849>. Acesso em 29 nov 2017.

GONÇALVES JUNIOR, Luiz Claudio. **A Ordem dos Advogados do Brasil e a influência do positivismo no Ensino Jurídico.** 2014. 292 f. Tese (Doutorado em Educação), Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Metodista, Piracicaba, 2015.

LOBATO, Anderson Orestes C.. **A crise do ensino jurídico: mitos e perspectivas.** Revista Educ. Porto Alegre, v.1, n.2, p.28-33, agosto, 2003.

MARQUES JUNIOR, Júlio Cesar Dias. **O papel institucional da OAB como avaliadora do Ensino Superior Jurídico.** 2012. 84 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Programa de Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de. **O Ensino Jurídico**: uma análise dos discursos do MEC e da OAB no período de 1995-2002. 2006. 155 f. Tese (Doutorado em História), Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MELO, André Luís Alves de. Repensando a estrutura jurídica e o ensino jurídico. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=742>. Acesso em 29 nov 2017.

SANCHES, Samyra Napolini; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. OAB Recomenda: Uma Avaliação Necessária. **Contexto & Educação**, Rio Grande do Sul, Editora Unijuí, Ano 30, nº 97, p. 138-159, Set./Dez. 2015.

SANTOS, A. L. R. M.; GONÇALVES, P. A. A influência da OAB no ensino jurídico no Brasil. **Rev. Curso Dir. UNIFOR**, Formiga, v. 4, n. 2, p. 01-21, jul./dez. 2013.

SOLA, Diogo Diniz Lopes; FORISTIERI, Vinicius Miranda. Ensino Jurídico no Brasil: Críticas e Sugestões. **Revista F@pciência**, Apucarana, ISSN 1984-2333, v.8, n.10 p.89-98, 2011.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF**. Natureza jurídica da OAB. Brasília, DF. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760367/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3026-df>>. Acesso em 29 nov 2017.

_____. **Recurso Extraordinário nº 603583/RS**. Constitucionalidade do exame da Ordem. Brasília, DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3773044>>. Acesso em 29 nov 2017.

**Submetido em 07 jul. 2019. Aceito em 29 jul. 2019.*



OS LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO

Ingrid Carvalho Bezerra*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Serviço Público; 2.1. Conceito de serviço público e suas principais classificações; 2.2. O serviço público no ordenamento jurídico brasileiro; 3. A Terceirização; 3.1 Evolução e conceito; 3.2 A terceirização no serviço público brasileiro; 4. Considerações finais; 5. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo retratar a terceirização de serviços públicos no Brasil, buscando suas definições e regulamentações no Direito Administrativo, com complemento no Direito do Trabalho. Abordar-se-á os aspectos históricos desse instituto, critérios de definição, e como essa prática foi aplicada no Brasil durante muito tempo sem ter uma regulamentação legislativa clara, tendo seus limites traçados principalmente com base em preceitos doutrinários e jurisprudenciais. Nesse estudo, elucidar-se-á quais serviços são passíveis de serem realizados por particulares e qual será o papel do Estado nessa relação trilateral que caracteriza a terceirização. Por fim, analisar-se-á quais os impactos causados pela recente regulamentação trazida pelas Leis nº 13.429/17 e 13.467/17 e pelo Decreto nº 9.507/18, na esfera privada e, principalmente, no setor público, objeto deste trabalho.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Serviço Público. Terceirização.

ABSTRACT

This article aims to discourse about the outsourcing of public services in Brazil, seeking its definitions and regulations in Administrative Law and Labor Law. It will broach the historical aspects of this institute, the definition, and how it occurred in Brazil for a long time without having a specific legislative regulation, having its limits drawn mainly based on doctrinal and jurisprudential precepts. In this study, it will be clarified which services can be performed by private individuals and what will be the role of the State in this trilateral relationship that characterizes outsourcing. Finally, we will analyze the impacts caused by the Law nº 13.427/17 and Law nº 13.467/17, besides Decree nº 9.507/18, in the private area and, mainly, in the public area, object of this paper.

Keywords: Public Law. Public Service. Outsourcing services.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a terceirização de serviços públicos no Brasil,

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduada em Direito Administrativo e Licitações. Advogada. E-mail: ingrid.c.b@hotmail.com.

especialmente no que diz respeito a sua abrangência e limites, uma vez que se a terceirização for feita de uma forma ilimitada esta enseja um retrocesso trabalhista e social.

Inicialmente, abordar-se-á sobre o conceito de serviço público e quais as classificações importantes para a compreensão do tema, principalmente no que diz respeito a quais atividades podem ser realizadas apenas pelo Estado, por particulares ou por ambos.

Em seguida, discorrer-se-á sobre a terceirização, desde suas origens no mundo e no Brasil, até os dias atuais, explicando como esse instituto tem sido aplicado na Administração Pública, e qual papel do Estado nessas relações.

Por fim, analisar-se-á as mudanças promovidas pelas Leis nº 13.429/17 e 13.467/17 e pelo Decreto nº 9.507/18 e o que se pode esperar para o futuro da terceirização no serviço público brasileiro.

2 SERVIÇO PÚBLICO

Primeiramente, para compreender melhor o tema abordado, é necessário explicitar o que se entende por serviço público e quais atividades de interesse público são passíveis de execução por terceiros particulares.

2.1 Conceito de serviço público e suas principais classificações

A princípio, se imagina que o conceito de serviço público seja simplório, consistindo em qualquer prestação de serviço pelo Estado. No entanto, trata-se de um conceito impreciso, cuja definição causa grandes discussões na doutrina e jurisprudência.

Acredita-se que as primeiras noções de serviço público tenham nascido na França, com a Escola do Serviço Público, que trazia uma definição bastante abrangente, na qual serviço público seria qualquer atividade desempenhada pelo Estado com fins de atender as necessidades coletivas.

Por muito tempo, vários autores se basearam nesse conceito amplo de serviço público, destacando-se os seguintes aspectos:

- a) A prestação do serviço seria feita por uma organização coletiva, que seria o Estado (critério subjetivo);
- b) A atividade seria prestada com o objetivo de satisfazer as necessidades da coletividade

(critério material);

c) Essas atividades estariam sujeitas a um regime diferente do direito comum, denominado direito público (critério formal).

No entanto, esse conceito entrou em crise quando o Estado passou a desempenhar atividades econômicas que eram próprias da iniciativa privada e, além disso, diante da incapacidade de prestar adequadamente todos os serviços que lhe eram incumbidos (DI PIETRO, 2019, p. 282):

[...] passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado.

Ou seja, os critérios já não eram suficientes para conceituar o serviço público, tendo em vista que: a) nem sempre o serviço era prestado diretamente pelo Estado (critério subjetivo); e b) em algumas atividades prestadas pelo Estado, o regime aplicado não é predominantemente de direito público (critério formal).

Maria Sylvia Di Pietro traz o seguinte conceito de serviço público (DI PIETRO, 2019, p. 286):

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Nessa definição, permanecem os três critérios, mas de uma forma diferente da que foram concebidos originalmente. Ademais, observa-se que a lei é quem definirá quais são as atividades atribuídas ao Estado, o qual realizará essas tarefas por si só ou por meio de seus delegados.

Observa-se que existem duas modalidades de prestação dos serviços públicos: direta e indireta. Quando o poder público presta serviços por meio de sua administração, seja ela direta seja indireta, a prestação do serviço é direta. Já, quando a prestação de serviços se dá a partir de contratos de concessões ou de permissões à iniciativa privada, se diz que a execução é indireta.

Importa destacar que nem todas as atividades são passíveis de delegação, surgindo, assim, a classificação de serviços públicos delegáveis e indelegáveis. Essa distinção pode ser determinada pela natureza do serviço (serviço público inerente) ou por

assim dispor o ordenamento jurídico (serviço público por opção legislativa).

Como exemplo de serviços delegáveis, que podem ser executados pelo Estado ou por particulares e seus colaboradores, temos os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia etc. Já como exemplo de serviços indelegáveis, temos as atividades relacionadas à defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades, serviços assistenciais etc.

Conforme explicado por José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 499), alguns serviços, embora delegáveis, são prestados pelo próprio Estado, mas o fato se deve a determinada diretriz política e administrativa que pretenda implementar, o que não impede que, em outro momento, sejam executados por terceiros. Já os indelegáveis são inerentes ao Poder Público centralizado e a entidades autárquicas e fundacionais e, em virtude de sua natureza específica, não podem ser transferidos a particulares, para segurança do próprio Estado.

Com tudo que foi explanado, observa-se que o conceito de serviço público é mutável de acordo com o contexto político-histórico e com a legislação vigente na época, de forma que no próximo tópico analisar-se-á o que diz o ordenamento jurídico brasileiro a respeito do tema.

2.2 O serviço público no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 traz alguns dispositivos que tratam direta ou indiretamente dos serviços públicos. Por exemplo, o art. 175 da CF aduz que “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (BRASIL, 1988, art.175).

Ou seja, ao passo que a Constituição vincula a atuação do Estado na prestação dos serviços públicos, ela retrata a possibilidade da execução se dar sob regime de concessão ou permissão, abrindo espaço para a terceirização, tópico que será melhor explanado mais adiante.

A partir desse dispositivo constitucional é que se pode afirmar que, no Brasil a regra é a vinculação do Estado às atividades de interesse público, aproximando-se mais do conceito de serviço público francês, abordado no tópico anterior.

Em contrapartida, no Direito Americano e demais países que recebem influência da *common law*, o princípio da livre-iniciativa sempre coordenou o desempenho das

atividades, por ser um Estado marcado pelo liberalismo. Só mais recentemente é que se tem clamado por uma atuação maior do Estado nas atividades de interesse coletivo, denominadas *public utilities*, por meio das agências reguladoras. Ou seja, nesses países, a regra é que os serviços sejam de titularidade dos particulares, onde o Estado atua apenas como agente regulador, por meio do poder de polícia (REZENDE, 2018, p. 288).

Sendo assim, ao passo que, nos países que adotam a noção francesa de serviço público se verifica um movimento de liberalização de serviços públicos, permitindo que algumas atividades sejam exercidas por particulares, nos países do *common law* se verifica o movimento oposto, de forma que esses conceitos, outrora opostos, estão convergindo para denominadores comuns.

Nesse aspecto, a nossa Lei Maior define alguns serviços que são exclusivos do Estado, como “o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X), os serviços de telecomunicações (art. 21, XI), os de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes e demais indicados no artigo 21, XII, o serviço de gás canalizado (art. 25, § 2º).” (DI PIETRO, 2019, p. 303).

Esses serviços exclusivos é que estão sendo alvo de liberalização na nossa legislação ordinária, como se observa na (DI PIETRO, 2019, p. 293):

[...] Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16-7-97), que, em nenhum momento, utiliza a expressão *serviço público*, preferindo falar em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, estes últimos submetidos aos princípios constitucionais da ordem econômica, abertos à livre iniciativa e à competição.

Esses serviços exclusivos, quando prestado por particulares, seguem o regime de concessão ou permissão, onde o particular atua como delegado do Poder Público. Já os serviços não exclusivos¹ podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, mediante autorização do Poder Público. Nesse último caso, o particular é titular do serviço, e o Estado age apenas como agente fomentador e regulador, exercendo seu poder de polícia, como ocorre prioritariamente no direito americano.

A doutrina ressalta que quando os serviços públicos não exclusivos são prestados por entes particulares, esses são denominados serviços públicos impróprios, pois, embora tenham utilidade pública, lhes falta um elemento essencial da definição de serviço público, qual seja o critério subjetivo (Estado).

¹ Como exemplo, temos os serviços concernentes à ordem social, abrangendo serviços de saúde (ver arts. 196 e 199 da Constituição Federal), previdência social (art. 202 da CF), assistência social (art. 204 da CF) e educação (arts. 208 e 209 da CF).

3 A TERCEIRIZAÇÃO

Com o intuito de tornar possível a análise do instituto da terceirização, é preciso voltar às origens desta prática dentro do mercado de trabalho no âmbito mundial e, principalmente, no âmbito nacional.

3.1 Evolução e conceito

A palavra “terceirização” foi um neologismo surgido dentro da área de Administração de empresas para designar a descentralização de algumas atividades empresariais para pessoas estranhas à empresa, ou seja, terceiros.

No Direito, o instituto tem um significado mais profundo, conforme leciona Maurício Godinho Delgado (2017, p. 503):

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Entende-se que o início da terceirização se deu com a 2ª Guerra Mundial e, principalmente após ela, pois houve um crescimento da economia e da indústria dos países vitoriosos (Revolução Industrial), gerando um aumento de demanda. Como solução para agilizar a produção, passou-se a delegar as atividades menos especializadas (secundárias) para terceiros, nascendo o instituto da terceirização.

Com a consolidação do capitalismo e a transição dos modelos de produção *fordista*, *taylorista* e *toyotista*, a terceirização foi ganhando cada vez mais espaço, o que levou a uma flexibilização dos direitos trabalhistas, vistos como um entrave à livre iniciativa e ao crescimento econômico.

Ou seja, desde suas origens a terceirização veio acompanhada de benefícios e malefícios. Se por um lado, contribuiu na especialização de atividades, redução de custos

e produtividade, por outro, ensejou uma menor proteção aos chamados “terceirizados”.

No Brasil, a terceirização se originou antes mesmo da revolução industrial ganhar força, como bem explica Graça Druck (2016, p. 36):

No caso do Brasil, o velho fenômeno da terceirização tem sua origem no trabalho rural, através do sistema de “gato”, com a intermediação para a contratação de trabalhadores sazonais, flexíveis de acordo com os momentos das safras. Nos primórdios do desenvolvimento urbano-industrial, com a instalação das fábricas, a terceirização ocupou um lugar secundário. Entretanto, a partir da instalação de indústrias de bens duráveis, representada pelo setor automobilístico, tornou-se parte da estrutura produtiva e passou a crescer.

Foi com o *toyotismo* que a terceirização se tornou uma prática comum, principalmente com as multinacionais automobilísticas, que focavam apenas na montagem de veículos e terceirizavam a fabricação de peças e componentes dos automóveis.

A terceirização pode assumir diferentes formas de delegação de atividades a terceiros, por exemplo, por meio de empreitada, locação de serviços, fornecimento, dentre outras. Por isso, na atualidade, a dinâmica “terceirizante” tem sido uma peça-chave em todos os segmentos empresariais, comércio, indústria, e, não diferentemente, no serviço público, tema que será melhor abordado mais adiante.

3.2 A terceirização no serviço público brasileiro

Até 2017, não havia, no Brasil, uma legislação específica que tratasse da terceirização, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência, à luz dos princípios constitucionais e internacionais relacionados ao Direito do Trabalho, defender alguns limites a essa prática.

O autor Maurício Godinho Delgado foi um dos que sempre pontuaram que o sistema principiológico constitucional não era compatível com uma terceirização ilimitada:

Os limites da Constituição ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórias da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, III, combinado com art. 170, caput), da busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, 1), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

(art. 3º, IV).

No âmbito das contratações realizadas pela Administração Pública, a Constituição prevê, em seu art. 37, XXI, que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”. A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), por sua vez, traz hipóteses de execução indireta nos art. 6º, VIII, e art. 10, que nada mais são do que formas de terceirização.

Como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 713), embora os contratos administrativos sigam prioritariamente o regime jurídico de direito público, quando a terceirização se torna um mecanismo de burlar os direitos sociais do trabalhador, há que se responsabilizar a empresa prestadora do serviço e a Administração Pública sob a égide do Direito do Trabalho.

Historicamente, a terceirização sempre esteve atrelada às atividades-meio da empresa contratante, afinal, um dos principais argumentos dos defensores desse mecanismo é justamente que, terceirizando as atividades secundárias, a empresa pode focar na sua atividade-fim.

Esse entendimento foi consolidado pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que se tornou objeto do Enunciado Sumulado nº 331 (Brasil, 2011):

Súmula nº 331 do TST.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Assim, houve uma distinção entre terceirização lícita e ilícita. As hipóteses de terceirização lícita seriam: a) contratação de trabalho temporário, regida pela Lei nº 6.019/74; b) atividades de vigilância, regidas pela Lei nº 7.102/83, com posteriores alterações; c) atividades de conservação e limpeza; e d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (Delgado, 2017, p. 517-518).

Do contrário, a terceirização feita fora dessas hipóteses seria ilícita e resultaria no reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, desde que não fosse com a Administração Pública, pois isso implicaria em uma burla à regra do ingresso por meio do concurso público (art. 37, II da CF).

Isso não implica em ausência total de responsabilidade da Administração Pública, pois, conforme incorporado no inciso V do Enunciado Sumulado, a Administração deve tomar algumas cautelas na escolha das empresas prestadoras de serviços e, principalmente, na fiscalização dos contratos, verificando periodicamente se a contratada está cumprindo com as obrigações trabalhistas e previdenciárias e, em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis, como a rescisão imediata do contrato.

Caso não adote essas medidas, a Administração poderá ter reconhecida sua responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas, sem prejuízo da responsabilização civil, administrativa e criminal do gestor público.

Outro aspecto importante que o Enunciado Sumulado nº 331 traz para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, são os requisitos da subordinação e pessoalidade. Ou seja, para que a terceirização seja válida, o tomador de serviço não deve usar de seu poder disciplinar e dar ordens diretas aos empregados da empresa prestadora de serviços, e o contrato não deve ser *intuitu personae*, sendo irrelevante a identidade do agente que desempenha o serviço.

Dessa forma, há um limite para o que a Administração pode fazer ou não. Licitamente, ela pode celebrar contratos com empresas para obras ou prestação de serviços e não com empregados específicos, do contrário o contrato assume a forma de fornecimento de mão de obra e configura burla à exigência de concurso público. Caso isso ocorra, o trabalhador não será considerado servidor público, por não ter uma investidura regular, se enquadrando como “funcionário de fato”, cujos atos praticados serão inválidos, não podendo produzir efeitos jurídicos (DI PIETRO, 2019, p. 724).

Ainda sobre esse aspecto, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00), dispõe em seu artigo 18, § 1º, que “os valores dos contratos de terceirização de mão de

obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘outras despesas de pessoal’”. Ou seja, caso venha a ocorrer contratações de terceiros ilicitamente, em substituição aos servidores públicos, a despesas desses contratos serão contabilizadas como despesa de pessoal para os fins do limite estabelecido pelo artigo 169 da Constituição, para evitar a utilização da terceirização como burla ao limite de gastos com pessoal.

Há que se destacar que, em 2017, foram sancionadas duas leis que tratam da terceirização no setor privado. A primeira, Lei nº 13.429/17, trouxe mudanças mais em relação ao contrato de trabalho temporário, aumentando o prazo de três meses para até 180 dias. A segunda foi a Lei nº 13.467/2017, que trouxe uma impactante mudança nas atividades passíveis de terceirização, observe-se:

Art. 2º A Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Dessa forma, a Lei nº 13.467/2017 revogou a aplicação do Enunciado Sumulado nº 331 do TST, ao menos na iniciativa privada, pois extinguiu a ilicitude da terceirização das atividades-fim. Instado a se manifestar sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal² decidiu sobre a constitucionalidade dessa nova previsão, onde o principal argumento foi que proibir a terceirização por si só não impede o quadro de desemprego no Brasil.

No entanto, é de fundamental importância destacar que essas alterações promovidas na Lei nº 6.019/74 (que trata sobre o trabalho temporário na esfera privada) só se aplicarão, no âmbito da Administração Pública, no caso das empresas estatais, continuando a aplicar-se o Enunciado Sumulado nº 331 para os demais entes públicos. Uma vez que os servidores públicos estão submetidos ao regime jurídico constitucional, a contratação temporária, sem concurso, só pode ser realizada dentro das condições previstas no artigo 37, IX, da Constituição. Já os empregados das estatais, quando essas desenvolvem atividade econômica, se submetem ao regime jurídico próprio das empresas privadas³, conseqüentemente, aplica-se a Lei nº 6.019/74 e suas alterações.

Por fim, passemos à análise do Decreto nº 9.507/18, que substituiu e revogou o Decreto nº 2.271/97, dispendo sobre a contratação de serviços pela Administração

² Vide ADPF 324 e RE 958252.

³ Vide Art. 173, § 1º, II da CF.

Pública federal direta, autárquica e fundacional.

O artigo 2º do referido Decreto deixou a cargo do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a definição dos serviços que serão preferencialmente executados de forma indireta (por particulares). Trouxe, porém, no art. 3º, algumas vedações de serviços que não poderão ser objeto de execução indireta, quais sejam (Brasil, 2018):

- I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e
- IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

No que se refere às empresas estatais controladas pela União, o artigo 4º do Decreto 9.507/18 aduz que:

- Art. 4º [...] não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:
- I - caráter temporário do serviço;
 - II - incremento temporário do volume de serviços;
 - III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou
 - IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

Como se pode observar, o Decreto trouxe algumas situações genéricas, abrindo uma gama de possibilidades para que a terceirização ganhe espaço no serviço público, principalmente nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Dentre os benefícios que esse tipo de prática pode gerar para os entes públicos, José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 886) aponta:

- [...] (a) enxugamento da extensa máquina administrativa; (b) não provimento de cargos e funções considerados desnecessários; (c) redução de custos para o Estado, habitualmente com recursos escassos, em razão dos altos vencimentos pagos em alguns órgãos públicos para certas funções; (d) aumento da eficiência, tendo em vista a inaplicabilidade de garantias específicas dos servidores, como, por exemplo, a estabilidade, que, em regra, causa acomodação e desinteresse.

No entanto, há que se destacar os problemas oriundos dessa situação para os trabalhadores temporários e para a própria Administração Pública. De forma geral, pode-se afirmar que, em regra, esses trabalhadores não possuem a mesma remuneração e possibilidades de ascensão na carreira que os servidores de carreira e, por não terem estabilidade no desempenho de suas funções, acabam por não se sentir parte da organização, acarretando uma sensação de desvalorização e desmotivação, o que implica diretamente na redução da qualidade do exercício das funções. Isso sem falar nas brechas que esses contratos de prestação de serviço trazem para a corrupção e má gestão dos recursos públicos, o que, por si só, já daria um tema para posterior discussão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tudo o que foi exposto, pode-se constatar que a terceirização vem ocupando um espaço cada vez maior, tanto na esfera privada quanto no setor público, o que deixa um grande alerta para que sejam tomados os devidos cuidados para que o trabalho terceirizado não seja instrumento de precarização dos direitos conquistados.

Esse receio é fundamentado quando se observa que, por muito tempo a prática da terceirização era justificada, do ponto de vista empresarial, pela especialização das organizações, que deveriam focar na sua atividade principal e delegar as atividades secundárias.

No entanto, após as modificações legislativas mais recentes, essa justificativa não se sustenta mais, tendo em vista que puseram um fim na restrição à terceirização apenas das atividades-meio, ao menos no setor privado e nas empresas estatais.

Diante desse cenário, deve-se, mais do que nunca, ater-se aos parâmetros estabelecidos pelos princípios constitucionais do Direito do Trabalho e do Direito Administrativo, harmonizando essas mudanças com o conjunto da ordem jurídica a que estão submetidas, pois a sociedade já não mais deve tolerar situações precárias de trabalho, especialmente quando se trata do serviço público, por sermos todos contribuintes e beneficiários.

Como as mudanças promovidas pelo Decreto nº 9.507/18 ainda são recentes, não se tem uma ideia de como a Administração incorporará essas hipóteses na prática, e se trará mais benefícios ou prejuízos a longo prazo. No entanto, deve-se acompanhar de perto esse assunto, já que o Estado brasileiro tem um péssimo histórico em relação à

gestão de seus recursos. De certo, não será um regime jurídico ou outro que resolverá este problema enraizado em nosso país, mas sim a mudança de mentalidade dos administradores públicos e da sociedade brasileira como um todo.

5 REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Os Limites Constitucionais da Terceirização. In: **Precarização e Terceirização: faces da mesma realidade**. São Paulo: Sindicato dos Químicos-SP, 2016

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasi - com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DRUCK, Graça. A Indissociabilidade entre precarização social do trabalho e terceirização. In: **Precarização e Terceirização: faces da mesma realidade**. São Paulo: Sindicato dos Químicos-SP, 2016

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do Terceiro Setor**. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44086/44759>. Acesso em: 20 jul. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

**Submetido em 26 ago. 2019. Aceito em 31ago. 2019.*



A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO E OS NOVOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO STJ

Isabella Gonçalves de Queiroz Clementino*

Sumário: 1. Introdução; 2. Noções preliminares sobre a prescrição tributária; 3. Conceitos basilares sobre a prescrição intercorrente; 3.1 A contagem do prazo quinquênio da prescrição intercorrente; 4. Teses fixadas acerca da prescrição intercorrente pelo STJ em 2018; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar o fenômeno da prescrição intercorrente em âmbito de matéria tributária, propondo-se um estudo abrangente quanto ao seu conceito, a sua previsão legal, a aplicabilidade e, sobretudo, a influência dos novos precedentes judiciais para a contagem do prazo prescricional nos variados casos. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, realizada por método dedutivo e de procedimento de coleta de dados bibliográficos e jurisprudencial. Em que pese seja polêmico a interpretação da prescrição intercorrente prevista no artigo 40 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830) e seus aspectos, verificou-se, por meio deste trabalho, que tal instituto deve ser interpretado intimamente com os entendimentos firmados pelo STJ em sede de julgamento de recursos repetitivos, bem como nas correntes doutrinárias para uma maior compreensão do instituto.

Palavras-chave: Prescrição Intercorrente. Direito tributário. Precedentes Judiciais.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the phenomenon of intercurrent prescription in tax matters, proposing a comprehensive study as to its concept, its legal provision, its applicability and, above all, the influence of the new judicial precedents for the counting of the prescription time limit in the various cases. This is a qualitative research, performed by deductive method and bibliographic and jurisprudential data collection procedure. Despite the controversy regarding the interpretation of the intercurrent prescription provided for in article 40 of the Fiscal Enforcement Law (Law No. 6.830) and its aspects, it was verified, through this work, that this institute should be interpreted intimately with the understandings signed by the STJ judging repetitive appeals, as well as doctrinal streams for greater understanding of the institute.

Keywords: Intercurrent Prescription. Tax Law. Legal Precedents.

* Graduada em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Inglês avançado e Espanhol intermediário. Atuação como consultora jurídica. Interessa-se em se especializar em Direito Tributário na FGV e prestar concurso público para a Procuradoria Seccional da Fazenda. E-mail: isabella_clementino@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em prescrição intercorrente, o assunto sempre gera dúvidas, agita o cenário jurídico e causa fervorosos debates nos tribunais. Por conta disso, o presente artigo visa elucidar, de forma concisa, o instituto jurídico da prescrição intercorrente com ênfase no Direito Tributário, tendo como norte o conceito, a sua previsão, a sua aplicabilidade e dentre outros aspectos dispostos nas principais correntes doutrinárias, no Código Tributário Nacional (CTN) e na jurisprudência.

O diferencial do trabalho em apreço é que este aborda os principais tópicos acerca da prescrição intercorrente, em virtude de ser um tema ainda muito questionado e discutido, com divergência doutrinária. Por conta disso, apela-se aos precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede de julgamento de casos repetitivos para atingir um ideal aplicável aos variados casos.

Num primeiro momento, a pesquisa inicia-se com noções preliminares acerca da prescrição tributária consumativa, a fim de contextualizar e introduzir o tema, destacando a importância do instituto como instrumento indispensável a administração da segurança jurídica e como um verdadeiro filtro a uma litispendência sem fim.

Por conseguinte, examina-se o tema propriamente dito, já adentrando posteriormente a outros temas, como a forma de contagem do quinquênio prescricional, o termo *a quo* e *ad quem*, a legislação tributária aplicável, súmulas e entendimentos doutrinários acerca disto, apresentando ao final o novo entendimento da Corte do STJ sobre a correta aplicação do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais.

2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA

Ab initio, antes de mergulhar no tema da prescrição intercorrente propriamente dita, é preciso recordar a prescrição genérica (ou consumativa) prevista na legislação tributária vigente.

O instituto da prescrição é angariado por quase todos os ramos do Direito. Ela faz parte do Direito Civil, do Direito Penal, do Direito Administrativo, bem como é um instituto presente no dia-dia dos operadores de Direito, tendo em vista a importância conferida a esta pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se que no Direito Tributário seu papel também é relevante. O principal

documento que consagra as regras da relação Fisco versus Contribuinte – o Código Tributário Nacional – codificou a prescrição como uma das causas extintivas do Crédito Tributário, sendo, portanto, uma grande aliada para sujeito passivo, e ao contrario senso, repugnante ao sujeito ativo.

O que se quer dizer, na realidade, é que o fenômeno da prescrição tributária baliza o comportamento do sujeito ativo da obrigação tributária, constituindo-se num verdadeiro “freio” aos poderes do Estado ao exigir determinado tributo ou multa do contribuinte. Isso porque, como restará demonstrado, é um instituto jurídico que demarca a perda do direito à pretensão executória do Fisco de determinado crédito tributário.

Reitera-se que o processo tributário é composto por etapas e procedimentos que legitimam a força de império estatal de arrecadar e cobrar tributos daqueles que, em perfeita consonância, praticam o fato gerador e encontram suas respectivas hipóteses previstas em lei. Contudo, nem sempre ficará demonstrado que determinado tributo era realmente devido ou que ocorreram algumas hipóteses legais que afastam a sua exigibilidade, tal como a prescrição.

Assim sendo, a prescrição, em termos genéricos, é conceituada no Direito Tributário como a perda do direito da Fazenda Pública de ajuizar a ação de execução contra o contribuinte, em razão do lapso temporal não observado para a sua propositura.

Nessa esteira, assevera o professor Eduardo Sabbag (2018, p.930, grifo nosso): “Segundo o artigo 156, V, do CTN, a prescrição é causa extintiva do crédito tributário. Define-se como fato jurídico que determina a **perda do direito subjetivo do ajuizamento de execução** (fiscal) do valor do tributo”.

Não há que se olvidar que tal fenômeno decorre puramente da influência do princípio do devido processo legal previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim como os advogados devem respeitar prazos rígidos, o Fisco também deve respeitar os limites impostos ao poder de tributação. Seria ingênuo acreditar que o sujeito ativo da obrigação tributária jamais seria atingido pelo fenômeno da prescrição, isso seria uma afronta direta as garantias fundamentais e da própria segurança jurídica conferida pelo ordenamento.

Esta situação é explanada com austeridade pelo jurista Humberto Theodoro Jr (2016, p.542, grifo nosso):

Com efeito, o Estado Democrático de Direito tem notório e expresso compromisso com a segurança jurídica (CF, preâmbulo e art 5º, caput), e é, portanto, em nome desse compromisso fundamental com a segurança que se

impõe o instituto da prescrição como algo indispensável, no plano do direito das obrigações, sejam elas públicas ou privadas, e como coisa inevitável, no tocante à garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV e LIV).

Em outras palavras, com base no conceito doutrinário exposto, pode-se dizer que o jargão jurídico *Dormientibus Non Succurrit Ius* é perfeitamente aplicável ao ente federado competente para cobrar o tributo. Isso porque, uma vez estando o Estado-Fisco no prazo legal para a propositura da ação fiscal (execução) ele deverá respeitá-lo, sob pena de ficar sem a arrecadação do respectivo tributo e o contribuinte estar diante de uma das hipóteses de exclusão do crédito tributário, que é a prescrição.

Ainda sobre isso, destaca Eduardo Sabbag (2018, p.930, grifo nosso):

Se há prescrição, desaparece o direito de se pleitear a intervenção do judiciário, diante da falta da capacidade defensiva, que lhe foi retirada em consequência do não uso dela durante certo interregno, **atingido pela força destrutiva da prescrição.**

Assim sendo, esta prescrição em apreço é a denominada prescrição tributária genérica do artigo 156, inciso V do CTN. Como dito anteriormente, ela é uma causa extintiva do crédito tributário, uma vez ocorrida, nula será a ação executiva e por derradeiro será extinto o crédito tributário.

No tocante ao termo *a quo* para a contagem da prescrição, o Código Tributário Nacional é claro quanto a isso, o marco inicial para a contagem do quinquênio prescricional se dá na constituição definitiva do crédito tributário, conforme consoante disposta no art. 174 do referido diploma.

Ricardo Alexandre (2017, p.549, grifo nosso) esclarece sobre este marco importante:

Pode-se afirmar, portanto, que, com a notificação, o crédito está constituído, **mas não que ele está definitivamente constituído.** Por conseguinte, tem-se uma situação em que não se conta decadência - porque a Administração já exerceu seu direito - nem prescrição por conta da ausência de definitividade do lançamento efetuado. Não havendo pagamento ou impugnação ou, em havendo esta, concluído o processo administrativo fiscal e ultrapassado o prazo para pagamento do crédito tributário sem que o mesmo tenha sido realizado, **começa a fluir o prazo prescricional.**

Vale destacar que o referido termo de início do prazo da prescrição é notoriamente aceito e uníssimo de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No REsp 413.457/RS, foi declarado que a prescrição segue literalmente a disposição

imposta pelo art. 174 do CTN, isto é, tendo o Fisco cinco anos para a cobrança do crédito tributário, a contar de sua constituição definitiva.

Superado tais apontamentos preliminares, cumpre neste momento adentrar a uma variação que vem intrigando as Cortes brasileiras e causando certa balburdia na doutrina correspondente: a prescrição intercorrente no Direito Tributário.

3 CONCEITOS BASILARES SOBRE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Em linhas introdutórias, foi preciso discorrer sobre a prescrição para entender o assunto de forma ampla, para então, agora aprofundar os estudos no objeto do presente trabalho, que é justamente da prescrição intercorrente.

Nesta linha, Robson Zanetti (2011, *e-book*, p.65) explica que existem dois tipos de prescrição no direito tributário: “Temos duas espécies de prescrição no direito tributário: uma que ocorre antes do ajuizamento da execução fiscal, conhecida por prescrição consumativa (genérica) e outra após a execução, **chamada prescrição intercorrente.**”

Esta diferenciação é de suma importância para o presente estudo. A prescrição que foi apresentada no início nada se confunde com a chamada “intercorrente”. Apesar de ambas estarem ligadas ao fenômeno do decurso do tempo e a inércia do Fisco, existe uma característica que as tornam distintas e heterogêneas: se a ação de execução fiscal já foi proposta (intercorrente) ou ainda não foi proposta (consumativa).

Nada melhor que começar a analisar esta variação sob o prisma do sentido terminológico da palavra. José da Silva Pacheco (2009) leciona que a palavra “intercorrente” é um adjetivo oriundo do latim *inter* (entre) e *currere* (correr), significando o que sobrevém, ou se mete de permeio.

Da mesma sorte, o dicionário online de português (DICIO) propõe um significado semelhante: o que sobrevém no decurso de outra coisa.

Entendido a expressão e assimilando a sua essência no campo jurídico, tem-se a necessidade de estabelecer um conceito. A prescrição intercorrente é aquela ocorrida nos casos de que já foi proposta a ação de execução pelo sujeito ativo da relação tributária e não foi possível localizar o devedor ou, na hipótese de localizá-lo, este não apresentar bens suficientes para arcar com o tributo exequível e o Fisco não pratica atos necessários para seu prosseguimento, deixando a ação paralisada por tempo superior ao máximo previsto em lei.

Nos dizeres de Cassio Scarpinella (2014, p.86), a prescrição em apreço pode ser

definida como “a falta de impulso pelo exequente que pode acarretar a perda da pretensão à tutela jurisdicional executiva”

Malgrado o tema da prescrição intercorrente esteja presente no ordenamento jurídico em outras disciplinas há um tempo, este instituto é relativamente novo em âmbito de matérias tributárias. Isso porque, em sede de execução fiscal, pioneiramente esta surgiu de uma construção doutrinária com a finalidade de impulsionar os processos judiciais que estavam paralisados na Fazenda Pública, aguardando a localização dos executados para a penhora de bens ou citação.

Por sua vez, a sua regulamentação adveio da Lei nº 11.051 de 29/12/2014, que introduziu o artigo 40, § 4º da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), a qual dispõe acerca da Cobrança Judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Para Américo Luís Silva (2011, p.448) a prescrição intercorrente “refere-se à prescrição interrompida que recomeçou a correr, extinguindo o direito de ação”

Num primeiro momento, a interpretação do conceito lecionado pelo jurista pode-se parecer de difícil interpretação, contudo, cabe trazer à baila o significado do que está por trás disso. Acontece que, quando o magistrado profere o despacho de citação na execução fiscal, segundo o artigo 174, parágrafo único, I, do CTN, estará interrompida a prescrição, ou melhor, o prazo zera e volta do seu termo *a quo* (0) para a Fazenda realizar a satisfação do crédito exequível.

Em outras palavras, para facilitar o entendimento, suponha-se que foi ordenado o despacho citatório pelo Douto Juízo, mas o contribuinte ignora, não garante o juízo ou nas piores hipóteses não paga o crédito tributário pendente. A Fazenda como exequente, assim como outros detentores de diversos tipos de natureza de créditos (trabalhistas e cíveis), deverá buscar bens e direitos do contribuinte, de tal modo que não deixe a execução fiscal parada, pois o exequente deve obrigatoriamente dar andamento a ação, sob pena de ocorrer a prescrição intercorrente.

Não se pode esquecer que, assim como a prescrição consumativa, esta modalidade também é um reflexo latente do princípio do devido processo legal. Seria injusto impor ao executado uma execução *ad eternum* em que o contribuinte estaria em um estado de sujeição – senão total – ao Fisco, bem como seria terrivelmente prejudicial ao Estado de Direito a perpetuação de litígios e instabilidade das relações jurídicas.

Neste sentido, não é à toa que o STJ se pronunciou em recente precedente judicial que sedimentou os caminhos da prescrição intercorrente (como será visto posteriormente) da seguinte forma:

O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)

Também a doutrina caminha nesse sentido, conforme o lúcido comentário de Humberto Theodoro Jr. (2016, p.542, grifo nosso):

Repugna ao Estado de Direito moderno conviver com obrigações imprescritíveis, **por ser impensável a pretensão creditícia eterna**, sem que a garantia de segurança nas relações jurídicas patrimoniais restasse abalada ou suprimida.

Entendido tais apontamentos, é necessário verificar o momento em que se inicia a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para a ocorrência da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal, que se dá por meio da análise do artigo 40 da Lei n. 6.830/80.

3.1 A contagem do prazo quinquênio da prescrição intercorrente

Na inteligência do artigo 40 da Lei n. 6.830/80 “O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”. E decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

O que o dispositivo traduz é da possibilidade de o juiz suspender o processo de tal forma que beneficie a parte exequente que não conseguiu encontrar bens do contribuinte para satisfazer seu crédito tributário.

Observa-se, portanto, que o processo pode ficar suspenso por 1 (um) ano após determinação judicial, sem que a execução seja atingida pelo fenômeno da prescrição.

Por derradeiro, após transcorrido o prazo da suspensão, os autos da execução fiscal deverão ir para o arquivo, nos termos do artigo 40, §2 da referida lei, e se estes ficarem em arquivo por mais de 5 (cinco) anos sem o impulso pelo exequente para interromper a prescrição, a execução restará prejudicada e consumida pela força da prescrição

Assim, destaca-se que a prescrição terá seu marco inicial somente após decorrer a suspensão do processo por um ano, conforme o pronunciamento da Súmula nº 314 do STJ. O momento do arquivamento é o que identifica o termo *a quo*: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Sobre a Súmula em destaque, Humberto Theodoro Jr. (2016, p.542) aponta uma observação importante: a suspensão que se trata o art. 40 da LEF não está condicionada a decisão solene do juiz, bastando-se da mera falta de citação ou de penhora para que seja consagrada.

Destarte, com base nos ensinamentos de José da Silva Pacheco (2009), elenca-se os principais fatos que devem ocorrer para caracterizar hipótese da prescrição intercorrente: a) existência de uma execução fiscal com base em certidão ativa; b) não ter sido encontrado o devedor ou seus bens para penhora; c) suspensão do curso da execução enquanto não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora; d) decurso do prazo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou bens penhoráveis, e conseqüentemente, o arquivamento dos autos, por despacho do juiz; e) por fim, a permanência do processo arquivado, por mais de cinco anos, o que pressupõe a inércia do credor e conseqüentemente a prescrição, que pode ser reconhecida e decretada *ex officio* pelo juiz.

Sabidamente, nada impede que os autos sejam desarquivados. Ora, é o que revela o § 3 do artigo 40 da LEF. O legislador priorizou o prosseguimento da execução fiscal e da satisfação do crédito tributário quando forem encontrados bens ou o próprio devedor da ação.

Sobre isto, Josiane Minardi (2017, p.184) expõe:

Assim, se durante o período de arquivamento a Fazenda encontrar bens do contribuinte, o processo de execução será desarquivado e a demanda voltará a correr normalmente. O executado será intimado da penhora e será aberto prazo para que ele possa apresentar embargos à execução.

Urge ponderar que o §4 do artigo 40 da LEF é quem inaugura a figura da prescrição intercorrente “*ipsis litteris*”, veja-se: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”

Nos dizeres de Ricardo Alexandre (2017, p.556, grifo nosso):

O dispositivo deixa claro que, após a ordem de arquivamento, não mais se pode afirmar que o prazo prescricional ficará suspenso indefinidamente, podendo o magistrado - e aí é a grande novidade - **decretar de ofício a prescrição intercorrente**.

Assim, por interpretação do artigo de lei acima, o que subtrai é que o termo *ad quem* para a Fazenda Pública movimentar o processo e evitar a perda da exigibilidade do tributo é justamente antes de 5 (cinco) anos em que os autos ficaram arquivados. Caso o processo fique inerte por esse tempo, nada mais poderá ser feito e o sujeito passivo da relação jurídica tributária estará dispensado do cumprimento do crédito tributário.

Por fim, como dito em ocasião oportuna, é o despacho citatório que “zera” a contagem do prazo prescricional e serve como marco para apurar o quinquênio da contagem. Contudo, como é notório pelos operadores de Direito, nem sempre a citação do executado é feita com celeridade pelo Poder Judiciário, fato este que não ocasiona na perda do direito de executar o débito, conforme a Súmula 106 do STJ, veja-se: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Isso quer dizer que se por algum motivo a citação do devedor demorar, por culpa exclusiva do Poder Judiciário, o tempo da prescrição não estará correndo, uma vez que nesses casos – atípicos – o que importará é propositura da ação no prazo legal.

Neste diapasão, leciona Eduardo Sabbag (2018, p.827):

É claro que havendo demora na citação, em virtude de motivos inerentes ao próprio mecanismo da Justiça, a entaves da própria máquina judiciária, ou mesmo, atraso em virtude de determinação judicial, não se justifica a arguição de prescrição.

Logo, sem sombra de dúvidas, a parte exequente jamais poderá ser prejudicada por onerosidade da máquina pública, quando a citação não ocorrer por culpa exclusiva do Poder Judiciário. Em contrapartida, se restará provado que a citação não ocorreu por desídia da parte credora, deverá ser reconhecida a prescrição intercorrente.

Analisado os grandes aspectos no tocante à contagem deste instituto, passa-se a apresentar os novos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afetaram diversos casos parados no Poder Judiciário.

4.TESES FIXADAS ACERCA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PELO STJ EM 2018

Após alguns anos com demandas paradas para apreciação do Poder Judiciário, A 1ª seção da Corte da STJ definiu tese sobre a prescrição intercorrente que afetou mais de 27 milhões de processos.

A primeira tese aprovada pelo colegiado, nos termos do voto do relator Mauro Campbell foi a seguinte (grifo nosso):

O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da lei 6.830/80 - LEF tem **início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública** a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução. (REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)

Na leitura da tese fixada interpreta-se que mesmo sendo inexistente a petição da Fazenda requerendo a suspensão, o prazo de um ano de suspensão previsto na LEF tem início na data da ciência Fazenda Pública no tocante à não a localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis pelo oficial de justiça, bastando-se, somente, a intimação do Exequente. A grande novidade acerca disso é que basta a ciência da Fazenda para começar a contagem do prazo *ex leg*.

Já a segunda tese, a Corte reiterou o §4 do artigo 40 da LEF, referente necessidade da oitiva da Fazenda Pública para decretar a prescrição intercorrente em decisão judicial, *in verbis*:

Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, decretá-la de imediato. (REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)

Do relatado acima, extrai-se o fundamento da mera ratificação da lei em discussão, estando a decretação da prescrição intercorrente condicionada a prévia oitiva da Fazenda Pública para que possa suscitar eventuais causas suspensivas ou interruptivas da prescrição intercorrente.

No que concerne a terceira tese, para melhor exame, urge também transcrever o que foi decidido:

A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)

Estabelece o entendimento acima de que a interrupção da prescrição intercorrente se dará tão somente em duas hipóteses: quando o devedor foi localizado (isto é, citado) e/ou quando ocorrer constrição relativo a bens do devedor do crédito tributário. Neste ponto, destaca-se que não basta o mero requerimento em juízo peticionando a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre os bens, é indispensável a efetiva penhora para dar aptidão e afastar a contagem da prescrição intercorrente!

Ainda, a segunda parte da tese, revela o fenômeno da retroatividade do pedido da Fazenda Pública. Se ela requerer dentro dos 6 anos (1 da suspensão e 5 da prescrição) o pedido da constrição patrimonial e se for concedida judicialmente após este prazo, ela não será prejudicada por eventual morosidade do Poder Judiciário, nos mesmos moldes do que já foi discutido acima no presente trabalho.

Por fim, a quarta e a quinta tese serão analisadas juntas:

A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/15), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)

O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)

Analisando-as, pode-se dizer no que se refere a quarta tese, está latente a manifestação do princípio da instrumentalidade das formas também no processo de

execução fiscal. Este sugere que a Fazenda Pública deve-se manifestar em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC) ao alegar qualquer nulidade pela falta de intimação e demonstre o prejuízo que sofreu por conta disso. Isso porque, se posteriormente ela vier alegar, não há que se falar em nulidade.

Por fim, a última tese também decorre de um princípio. Neste caso, aplica-se o princípio da motivação dos atos judiciais, que no caso *sub examine*, se manifesta prioritariamente a aquele magistrado que decreta a prescrição intercorrente, devendo este declarar o lapso temporal que a definiu, bem como o tempo que a execução ficou suspensa.

Resta claro, frente a explanação acima, que depois de uma longa discussão e confecção dos novos ditames do STJ, as dúvidas que pairavam acerca da interpretação do art. 40 da LEF foram sanadas (se não, quase todas) e o julgamento em repetitivo afetou variados casos parados em sede de execução fiscal no Poder judiciário, casos estes representativos no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Por tudo que foi dito, o escopo do presente trabalho foi analisar o instituto da prescrição intercorrente previsto na Lei de Execuções Fiscais. Para tanto, foi elaborado um estudo amplo acerca das noções basilares, para então depois se adentrar aos temas mais específicos como a contagem e os novos precedentes judiciais.

Em linhas introdutórias, foi possível verificar que a prescrição intercorrente é perfeitamente aplicável em âmbito de matéria tributária, tendo como fonte de direito primária o artigo 40 da referida lei. Ademais, foi possível concluir que o instituto é um verdadeiro reflexo do princípio constitucional do devido processo legal, sendo instrumento balizador do comportamento estatal e da garantia da segurança jurídica.

Conceituou-se na ocasião, que a prescrição intercorrente ocorrerá necessariamente quando a Fazenda Pública, uma vez iniciada a Execução contra o contribuinte, se manter inerte, sem dar curso ao procedimento fiscal judicial.

Mais adiante, constatou-se que, em que pese a interpretação da Lei de Execuções Fiscais acerca do tema seja de difícil leitura, a doutrina correspondente e a jurisprudência conseguiram suprir a ineficiência do disposto normativo com pronunciamentos que ajudaram a calcular a contagem do prazo prescricional conforme previsto em lei.

Por fim, tendo em vista a influência dos novos precedentes judiciais no tema do

trabalho, analisou-se tese por tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.340.553/RS, que fixou novos paradigmas referente a questões práticas do instituto.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 11.ed. São Paulo: Método, 2017

BRASIL. **Lei de Execuções Fiscais: LEI Nº 6.830**, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: julho de 2019

BRASIL. **Código de Processo Civil: LEI 13.105**, de 16 de Março de 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em junho de 2019

Brasil, Jus. **Recurso especial nº 1.340.553 – RS** proferido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques. Data do julgado: 12 de setembro. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MARTINS, Americo Luis. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MINARDI, Josiane. **Direito tributário**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**, 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 13. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2016.

ZANETTI, Robson. **Comentários à Lei de Execuções Fiscais – Artigo por artigo**. E-book, 2011. Disponível em: <<https://www.ebah.com.br/content/ABAAAeuEMAJ/execucoes-fiscais>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

**Submetido em 31 jul. 2019. Aceito em 04 ago. 2019.*



A (IN)EXISTÊNCIA DE FILTROS QUALITATIVOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Mário Marcondes Nascimento Júnior*

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1. Conceituação e origens da teoria do adimplemento substancial; 2.2. A importância da teoria do adimplemento substancial dentro do Direito brasileiro contemporâneo; 2.3. A (in)existência de filtros qualitativos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro; 3. Conclusão; 4. Referências.

RESUMO

O Direito contratual está presente na vida de praticamente todos os brasileiros, sendo o seu aprofundamento de essencial importância. O objetivo do presente trabalho é analisar a existência ou não de critérios qualitativos para aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato, que é uma teoria proveniente de fontes doutrinárias e tem suas raízes no princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Ela ainda não é muito dissecada no Direito brasileiro e se baseia na manutenção de uma relação contratual quando a obrigação tiver sido quase totalmente cumprida, restando ao credor a reparação por perdas e danos. Os resultados obtidos com este estudo foram os de perceber que há sim a necessidade de se aplicar o critério qualitativo para verificar se a teoria do adimplemento substancial será aplicada ao caso, bem como foi percebido que este critério é ainda mais importante do que o quantitativo, de modo que devem ser sempre observadas as peculiaridades do caso concreto. Somente dessa forma que os princípios norteadores dessa teoria podem ser totalmente respeitados.

Palavras-chave: Adimplemento substancial. Aplicação. Filtros.

ABSTRACT

The contractual Law is present in the lives of almost all Brazilians, and their deepening has essential importance. The purpose of the present work is to analyze the existence or not of qualitative criteria for the application of the substantive contract theory, which is a theory derived from doctrinal sources and has its roots in the principle of objective good faith and social function of the contract. It is not yet dissected in Brazilian Law and is based on the maintenance of a contractual relationship when the obligation has been almost completely fulfilled, leaving to the creditor the right to require the repair of damages. The results obtained with this study were that there is a need to apply the qualitative criteria to verify if the theory of substantial compliance will be applied to the case, as well as it was perceived that this criteria is even more important than the quantitative one, so that the peculiarities of the concrete case must always be observed.

* Advogado regularmente inscrito na OAB/SC. E-mail: marcondesnj@marcondesnascimento.com.

Only in this way can the guiding principles of this theory be fully respected.

Keywords: Substantial compliance. Application. Filters.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o intuito de analisar a dosagem utilizada pela doutrina e jurisprudência para a aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, terá a intenção de verificar se além do critério quantitativo, que envolve o percentual de adimplemento, o critério qualitativo, que envolve uma interpretação do caso concreto apresentado ao julgador, deve ser analisado para aplicar ou não esta teoria.

O trabalho está inserido na área do Direito Civil e Contratual, sendo o seu problema principal o de descobrir quais são os critérios utilizados pela jurisprudência e pela doutrina para a aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato no Brasil, frente aos variados posicionamentos e métodos de aplicação dentro do sistema jurídico nacional.

Os objetivos gerais do presente trabalho são os de conhecer a teoria do adimplemento substancial do contrato e compreender como ela está sendo aplicada dentro da doutrina e jurisprudência brasileiras.

Os objetivos específicos são os de verificar o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre quais os aspectos utilizados para ser utilizada a teoria do adimplemento substancial nos casos concretos. Verificar-se-á as diferentes ponderações e dosagens utilizadas pelos tribunais pátrios para utilização dessa teoria.

O principal motivo para a escolha do tema ocorreu pela percepção de que ele é de grande importância dentro do direito brasileiro, mesmo que não muito conhecido e comentado. O Direito contratual está presente na vida de quase todos os indivíduos e conhecer a teoria que dá amparo àqueles que de boa fé adimpliram grande parte do seu contrato e por algum motivo infortúnio não puderam seguir adiante com o cumprimento é de muito relevo.

A metodologia aplicada na construção da pesquisa é a de modelo dedutivo, pelo fato que se parte de uma premissa mais ampla, no caso a conceituação e características da teoria do adimplemento substancial, chegando até os nos filtros utilizados para a aplicação desta teoria na atualidade.

A técnica a ser aplicada é a de documentação indireta, pesquisando-se em fontes

doutrinárias e jurisprudenciais e colhendo as principais controvérsias e entendimentos sobre o tema.

Os resultados que se busca obter é o de entender como a doutrina e a jurisprudência ponderam a aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato nos casos concretos, tendo em vista a enorme subjetividade para se decidir se a situação específica se trata de um adimplemento substancial ou não. Outro resultado que se busca é o de compreender se para ser aplicada essa teoria basta uma pura análise na porcentagem de cumprimento da obrigação, ou se deve ser levado em conta também as intenções e motivos do inadimplente.

2 CONCEITUAÇÃO E ORIGENS DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial se configura no impedimento de extinção de um contrato quando este tiver sido quase totalmente cumprido, restando o inadimplemento insignificante. Nessa situação caberá apenas a aplicação de efeitos jurídicos como a cobrança do que faltar para o cumprimento deste contrato, bem como de indenização por perdas e danos (TARTUCE, 2015, *online*).

Em outras palavras, ela consiste na hipótese em que o devedor descumpre parcialmente sua obrigação, já tendo, todavia, executado a maior parte do contrato. Nesse caso, não seria justo para as partes ter que ser resolvida a relação contratual, pois os efeitos pretendidos pelo contrato ainda estão presentes. Restará para o credor apenas a possibilidade de reparação dos prejuízos sofridos (LIMA, 2007, p. 76-77).

Essa teoria tem sua origem no Direito inglês (mais precisamente no caso *Bonee versus Eyre*), em que ficou estabelecido que uma das partes apenas poderia resolver um contrato caso o descumprimento da outra se mostrasse suficientemente relevante. A partir daí, os tribunais ingleses passaram a dar relevância para a gravidade do dever descumprido e não somente para o descumprimento em si, para não se dar conclusão a todo e qualquer pacto, independentemente do valor do descumprimento (LEITE, 2009, p. 235).

No ordenamento jurídico brasileiro não há expressamente a positivação da teoria do adimplemento substancial. Na realidade, ela passou a ser aplicada tendo em vista uma interpretação sistemática da legislação consumerista e civil, com base nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato (SILVA, 2014, p. 37).

Em 2006 foi aprovado o enunciado n. 361 da IV Jornada de Direito Civil, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em que ficou estabelecido: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. Este artigo 475 do Código Civil se refere ao inadimplemento voluntário ou culposo do contrato, esclarecendo que a parte prejudicada pelo descumprimento poderá cobrar a sua resolução por perdas e danos ou o cumprimento forçado do litígio (TARTUCE, 2015, *online*).

Assim, a teoria do adimplemento substancial relativizou o artigo 475 do Código Civil, não permitindo que um contrato seja extinto quando o seu descumprimento não alterar significativamente a sua base. Conservando-se a relação obrigacional, é garantida uma maior segurança jurídica aos envolvidos, que, quando respeitam o princípio da boa-fé objetiva, almejam que o contrato seja cumprido e não resolvido (LIMA, 2007, p. 75-76).

O artigo 475 do Código Civil sofreu uma mitigação em virtude da constitucionalização do Direito Civil brasileiro, tendo, a partir de 1988, passado a ser interpretado conforme a Constituição federal. E a Constituição brasileira preceitua que os princípios do Direito civil-constitucionalista, como a igualdade, solidariedade social e dignidade da pessoa humana, necessitam ser aplicados aos contratos (OLIVO; YOKOYAMA, 2016, p. 15).

Entende-se a citada boa-fé objetiva como a realização de condutas entre as partes contratantes que demonstram respeito aos direitos um do outro. Assim, as partes precisam demonstrar sempre um mútuo respeito, fornecendo sempre informações completas, corretas e precisas. Já a função social do contrato, que está prevista no artigo 421 do Código Civil, é uma limitação à liberdade de contratar, não podendo esse contrato sacrificar, lesar ou comprometer interesses públicos, coletivos ou difusos e nem prejudicar o direito de terceiros (COELHO, 2010, p. 83-93).

A boa-fé objetiva, que embasa a teoria do adimplemento substancial, possui basicamente três funções. A primeira é utilizada para se buscar a real matéria do negócio jurídico obrigacional, tendo cunho hermenêutico. A segunda função é ativa, em que se criam deveres de conduta laterais entre as partes. E a terceira é a função de controle ou repressiva, que não admite o exercício equivocado das posições jurídicas (BUSSATA, 2008, p. 76).

A função social do contrato é ao mesmo tempo considerada como condição para

se exercer a autonomia privada e uma limitação deste exercício. Já a boa-fé objetiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro é tida como um princípio informador do Direito das Obrigações, sendo considerada como uma cláusula geral dos negócios jurídicos. Por isso ela é um dever implícito entre as partes, que devem agir correspondentemente com certos padrões recomendados pela sociedade, como o de lisura, correção e honestidade, sempre tendo o objetivo de manter a confiança da outra parte (SILVA, 2014, p. 38-41).

A teoria do adimplemento substancial não é uma maneira de dar incentivo ao não cumprimento dos contratos e desprestigiar a ordem jurídica formada. Na realidade, o seu objetivo é o de assegurar o equilíbrio contratual, preservando a justiça entre as partes. Para que o adimplemento substancial seja aplicado da forma adequada, é necessária uma grande sensibilidade do julgador, que deverá sempre analisar a situação fática trazida e tentando decifrar qual era a real intenção das partes na realização do contrato e qual foi a verdadeira razão do descumprimento deste negócio (RUAS, 2017, *online*)

Para vislumbrar a aplicação da teoria do adimplemento substancial, deve-se compreender as modalidades de inadimplementos contratuais, quais sejam: Inadimplemento absoluto: configura-se quando o não cumprimento da obrigação contratada impossibilita a continuação do contrato, somente podendo ele ser resolvido, com a aplicação de uma indenização. Inadimplemento relativo: ocorre na hipótese de o cumprimento da obrigação ser ainda possível, mesmo sendo tardio. Inadimplemento insignificante: aqui o descumprimento do contrato atinge apenas proporções ínfimas, não chegando a afetar os efeitos esperados por este pacto. A teoria do adimplemento substancial tem cabimento somente nesta última modalidade de inadimplemento (LIMA, 2007, p. 76).

Deve-se perceber que para ser aplicada a teoria do adimplemento substancial é de essencial importância que se verifique a proximidade entre o que foi realizado de fato e o que era previsto no contrato. Há de ser averiguado se a prestação inacabada satisfaz aos anseios do credor, pelo menos na teoria, e também deve haver o esforço e a presteza do devedor para cumprir esta obrigação (LEITE, 2009, p. 237).

Com uma noção clara sobre o que a teoria do adimplemento substancial significa, passa-se a uma análise sobre a importância da aplicação desta teoria dentro do ordenamento jurídico brasileiro, considerando as devidas peculiaridades que o direito brasileiro possui.

3 A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DENTRO DO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Com base na atual teoria do inadimplemento e do adimplemento substancial, passou-se a exigir, para que se considere adimplido um contrato, o cumprimento não só da prestação principal, mas também o cumprimento dos deveres de conduta que são impostos pela sistemática do direito das obrigações, sendo necessário o efetivo atendimento da parte econômica da relação e a satisfação do verdadeiro interesse do credor. Sabendo-se que adimplemento e inadimplemento estão intimamente conectados, é fácil notar que todas as mudanças ocorridas com a atual concepção de adimplemento também repercutirão na teoria do inadimplemento. Seguindo essa linha de raciocínio, no atual Direito brasileiro, considera-se inadimplente o devedor que não cumprir com o dever principal de prestação, mas também o é quando não cumprir com os demais deveres de conduta, estabelecidos pela sistemática das obrigações. Logo, o inadimplemento corresponde ao não cumprimento da prestação satisfativa de modo geral, e não ao mero descumprimento da prestação principal, como ocorreu no passado (TERRA; GUEDES, 2017, p. 100).

Como já afirmado, a teoria do adimplemento substancial tem base nos atuais paradigmas de boa-fé objetiva e função social do contrato, em que o que se objetiva sempre é a manutenção do vínculo entre as partes, caso a substancial parte do contrato já tiver sido cumprida pela parte considerada inadimplente. Com base nisso, garante-se a segurança jurídica e a real intenção das partes, visto que se evita que um ínfimo descumprimento seja considerado um suficiente motivo para o desfazimento da relação contratual (LEITE, 2009, p. 236).

A teoria do adimplemento substancial tem a razão de ser principalmente um instrumento do próprio magistrado, quando analisar o caso específico. E isso acontece tendo em vista que esta teoria não foi abarcada objetivamente nem pelo Código Civil de 1916 e nem pelo de 2002. Ela surge, basicamente, levando em consideração princípios que dentro do Direito contratual primam pela manutenção do vínculo contratual. Com isso, percebe-se que a doutrina do adimplemento substancial tem grande relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que não esteja positivada, pois objetiva manter o contrato ativo sempre que forem ponderadas as intenções e a boa-fé das partes (LIMA, 2007, p. 77-78).

Complementando, como reflexo do atual entendimento sobre a teoria do

adimplemento substancial, tem-se que ela pode ser utilizada até mesmo dentro do Direito de Família, mais especificamente no cumprimento da obrigação alimentar, como maneira de buscar a solução do litígio existente, dando um desfecho ao processo. Todavia, essa teoria deve ser aplicada com extrema cautela nesta situação, de modo a evitar que o devedor se torne inadimplente propositalmente, tão somente com a intenção de se furtar ao pagamento total da dívida. Ela deve ser aplicada exclusivamente quando o julgador verificar, mediante a análise do caso concreto, que o devedor não estava agindo de má-fé, e sim que estava passando por dificuldades que o impediram de adimplir totalmente o seu débito (BARBOSA, 2016, p. 165).

Essa teoria, e suas novas acepções, possibilitou a avaliação de se o sacrifício imposto a uma parte pela solução criada pela outra é proporcional considerando o nível da inadimplência causada. Pensando assim, ela permite que se afaste a prorrogação da responsabilidade do devedor pela situação fortuita, que está previsto no artigo 399 do Código Civil de 2002, quando a repercussão do atraso não possuir essencialmente um valor expressivo, visto que isto poderia ser facilmente configurado como um sacrifício desproporcional (TERRA; GUEDES, 2017, p. 104).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a teoria do adimplemento substancial foi ainda mais reforçada e trazida para a realidade nacional. Isso ocorre, tendo em vista que o artigo 6º deste Código prescreve expressamente sobre o princípio da cooperação entre as partes, que trouxe uma enorme mudança de paradigma ao sistema processual nacional, de modo que agora o magistrado tem uma íntima relação com as partes, devendo sempre promover o diálogo e demonstrar o seu ponto de vista jurídico sobre questões colocadas em juízo. Como a teoria do adimplemento substancial tem em sua essência a boa fé e cooperação entre os envolvidos, o Código de Processo Civil de 2015 com ela dialogou e a deu ainda mais importância dentro do direito brasileiro (OLIVO; YOKOYAMA, 2016, p. 30).

Após a análise sobre a relevância da teoria do adimplemento substancial dentro do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, passa-se ao estudo sobre quais são os limites para que esta teoria possa ser aplicada, conforme o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema e com o respeito aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

4 A (IN)EXISTÊNCIA DE FILTROS QUALITATIVOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO

BRASILEIRO

Com base no que já fora analisado, percebe-se que para restar caracterizada uma situação de adimplemento substancial, é necessária a verificação de que aquilo que não se cumpriu no contrato era insignificante e este contrato chegou muito perto de ser integralmente adimplido, sempre levando em consideração a verdadeira diligência e esforço do devedor para respeitar esta obrigação. Assim, não será qualquer simples inadimplemento que poderá ser causa de uma resolução contratual, mas tão somente aqueles realmente relevantes, conforme o caso concreto. (LEITE, 2009, p. 237).

Verifica-se, todavia, que ficou a cargo da jurisprudência e da doutrina estabelecer o que deve ser considerado um cumprimento relevante para a configuração do adimplemento substancial, o que é um grande desafio. Em virtude do fraco suporte teórico, muitos Tribunais brasileiros têm se manifestado de maneira pouco expressiva, apenas aplicando esta teoria com base em uma abordagem quantitativa, vinculada a quantidade de parcelas não pagas ou porcentagem de inadimplemento contratual (TARTUCE, 2015, *online*).

Na realidade, existem basicamente dois fatores dominantes a serem analisados para ser verificada a gravidade do inadimplemento: O objetivo é o primeiro fator, que leva em conta o nível de descumprimento real em um contrato, a parcela que de fato foi inadimplida. O outro fator é o subjetivo, que leva em conta a vontade presumida das partes, quais os seus reais motivos e aquilo que ela realmente pensou para descumprir tal obrigação, se ela contrataria se soubesse que iria haver o inadimplemento. Esses fatores são aqueles que devem ser levados em consideração para saber se no caso é verificado o adimplemento substancial ou não (BUSSATA, 2008, p. 76).

A verificação do nível de descumprimento contratual pela parte inadimplente dependerá sempre do caso concreto. Não há um modelo genérico ou uma fórmula matemática que resolverá todas as questões, visto que o que se torna relevante nestes casos são as aplicações dos princípios (SIMÃO, 2017, *online*).

Como marco do contemporâneo entendimento sobre a teoria do adimplemento substancial, tem-se o Recurso Especial n. 1.581.505, de Santa Catarina, julgado em 18 de agosto de 2016, com a seguinte ementa:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA.

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O uso do instituto da substancial performance não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. 2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial" não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descuidar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. 3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917). 4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 28/09/2016).

Esse Recurso Especial foi alvo de grande debate após o seu julgamento, pois deixou explícito que a teoria do adimplemento substancial deverá ser analisada minuciosamente para jamais garantir um falso direito a alguém que não estava agindo com lealdade contratual.

Nesse Recurso Especial, de relatoria do ministro Antônio Carlos Ferreira, foi expressamente adotado o entendimento de que ao ser analisada a teoria do adimplemento substancial no caso concreto, deve-se atentar para a importância do exame qualitativo, além do quantitativo, de modo que não poderá deixar ao desamparo os interesses do credor. É lógico que o critério quantitativo não perde a sua importância, todavia, ele por si só não é suficiente para generalizar a aplicação da referida teoria. Após esta análise, o Relator elenca uma série de requisitos para ser aplicada a teoria do adimplemento substancial, que são basicamente: a presença de reais expectativas criadas pelo próprio comportamento das partes; a inadimplência deve ser muito pequena, se considerando totalidade do valor da obrigação; necessita-se haver a possibilidade de conservação da eficácia da obrigação, não dando prejuízo ao direito do credor de requerer os valores devidos pelas instâncias ordinárias (TERRA; GUEDES, 2017, p. 98-99).

Todo o subjetivismo que existe na teoria do adimplemento substancial deve sempre ser eliminado, tendo em vista que essa teoria é fundamentada em dois princípios, que são a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Esses princípios deverão sempre ser analisados antes da aplicação do adimplemento substancial, visto que foi a partir deles

que a teoria foi criada e é sempre com base neles que ela deve ser aplicada (MAGLIONE, 2016, *online*).

Sobre os limites fixados pelo STJ no Recurso Especial n. 1.581.505, tem-se que o primeiro deles (que exista expectativas legítimas pelo próprio comportamento das partes), não seria de fato um requisito para a configuração do adimplemento substancial, visto que, sempre haverá uma expectativa por parte do credor de que a obrigação seja cumprida totalmente. O segundo limite demonstrado (que o que resta do adimplemento seja ínfimo sobre o total do valor do contrato) é fragilizado no momento que o próprio Relator dispõe que a análise quantitativa por si só não é suficiente para a aplicação da teoria. A ementa do Recurso Especial em análise não traduziu neste ponto o entendimento do Ministro Relator sobre os pressupostos para aplicação do adimplemento substancial. O terceiro requisito citado (que é necessário ser preservada a eficácia obrigacional, sem obstar o direito do credor de requerer o inadimplemento devido pelos meios ordinários) é basicamente um efeito de quando a mora é configurada, visto que há a possibilidade de satisfação do direito do credor, no momento que requer a parte inadimplida da obrigação (TERRA; GUEDES, 2017, p. 106).

Em que pese às falhas notórias a respeito dos requisitos necessários para a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Recurso Especial em apreço, ele ainda foi muito elucidativo dentro do tema e deu uma maior orientação sobre o assunto para os juízes e tribunais, que terão mais facilidade para verificar se o caso configura ou não adimplemento substancial.

Com base neste Recurso Especial de Santa Catarina, agora mais do que nunca, para ser aplicado o adimplemento substancial no caso concreto, a análise deverá ser mais qualitativa e baseada em princípios do que quantitativa, que leva em consideração somente o valor do inadimplemento. O binômio função social do contrato e boa-fé deverá sempre ser verificado pelos tribunais para poderem aplicar esta teoria (MAGLIONE, 2016, *online*).

Já com as influências do Recurso Especial n. 1.581.505, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina enfrentou o tema do adimplemento substancial:

ACÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. AVENÇA FIRMADA ENTRE CONSTRUTORA E PARTICULAR. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PAGAMENTO DE FORMA PARCELADA. RÉU QUE NÃO CUMPRIU COM O PAGAMENTO GLOBAL DA DÍVIDA. MONTANTE PAGO PELO ADQUIRENTE DE QUASE 74% (SETENTA E QUATRO POR CIENTO) DO VALOR TOTAL DO DÉBITO. CONFIGURAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. PACTO

MANTIDO. OBRIGAÇÃO DO RÉU DE CUMPRIR INTEGRALMENTE COM O CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES BEM COMO ARCAR COM O PAGAMENTO DA MULTA CONTRATUAL. JURISPRUDÊNCIA DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Segundo posição do Superior Tribunal de Justiça, a "aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917)" (REsp 1581505/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 18/08/2016, DJe 28/09/2016). (TJSC, Apelação Cível n. 0601463-79.2014.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 20-03-2018).

Percebe-se que a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da teoria do adimplemento substancial vem sendo aplicada nos tribunais inferiores e, por essa razão, tem-se dado primazia pela manutenção do contrato, quando configurada a boa fé das partes e também o adimplemento de grande parte da obrigação.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista tudo o que foi analisado neste trabalho, verifica-se que a teoria do adimplemento substancial não é um tema fácil de ser analisado pelos tribunais nacionais, visto que em muitos casos é difícil constatar se o comportamento das partes, mais especialmente o devedor, foi probo e de boa-fé.

Os limites para a aplicação da teoria do adimplemento substancial devem ser objetivos e subjetivos. Os objetivos são aqueles que há anos já vêm sendo aplicados pelos tribunais nacionais, quais sejam, de verificação da porcentagem de adimplemento de uma obrigação. Os limites subjetivos são aqueles que dizem respeito ao mérito do negócio propriamente dito. Tem relação com a real intenção das partes, e os motivos que levaram um destes contratantes a descumprir parcialmente a sua obrigação estabelecida.

Muitas decisões judiciais ainda são proferidas com base tão somente na análise do critério quantitativo da obrigação, pois este critério é facilmente verificado, necessitando de simples cálculos matemáticos, e ignorando o critério qualitativo.

Entretanto, como percebido, o critério mais importante para a verificação da existência ou não da teoria do adimplemento substancial do contrato no caso concreto é de fato a análise qualitativa. Isto porque, esta teoria é totalmente baseada nos princípios

da boa-fé objetiva e da função social do contrato, que estão inseridas no critério que analisa a qualidade da obrigação.

Não adianta de nada o tribunal afirmar que restou configurado o adimplemento substancial simplesmente pelo fato de 90 por cento de uma obrigação ter sido cumprida, se a parte inadimplente atuou de forma improba na relação, tendo evidentes atitudes de desrespeito contratual e intenção de não cumprir o contrato.

O Recurso Especial n. 1.581.505/SC, apesar de ter expressamente se voltado para realizar uma análise das reais intenções da parte no caso apresentado, respeitando a boa-fé objetiva e a função social do contrato, trouxe em sua ementa critérios relativamente ultrapassados para a identificação do adimplemento substancial, e que deu margem para os tribunais nacionais continuarem a ter o posicionamento de verificar somente o critério quantitativo da obrigação, o que não pode ser admitido.

Assim, ante todo o estudo realizado em torno da teoria do adimplemento substancial, pode ser afirmado que a análise qualitativa deve sim ser utilizada para a sua correta aplicação. A discussão sobre os limites para a aplicação desta teoria ainda não acabou, mas aquele critério que parece mais respeitar os princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva é o da análise detalhada das peculiaridades do caso concreto, e a verificação de quais foram as reais razões pelas quais a parte inadimplente descumpriu a sua obrigação. Este pode não ser o caminho mais fácil para os tribunais, mas garante muito mais a justiça contratual e evita que a má-fé seja privilegiada.

6 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Andeirson da Matta. A aplicação da teoria do adimplemento substancial e da teoria dos jogos no cumprimento de obrigação alimentar. **MPMG**, 2016. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1299/teoria%20do%20adimplemento.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 23 mar. 2018.

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 26 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015**. Institui o Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em

24 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.581.505-SC**. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Julgado em: 18/08/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF>. Acesso em 26 mar. 2018.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, 3: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Rodrigo Costa Rodrigues. Teoria do adimplemento substancial ou do inadimplemento de escassa importância: reflexos da boa-fé objetiva. **BDJur**, 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/43840/toria_adimplemento_leite.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2018.

LIMA, Aliciene Bueno Antochaves de. Teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM** [on-line], Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, 2007. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28778451_A_teor%C3%ADa_do_adimplemento_substancial_e_o_princ%C3%ADpio_da_boa_f%C3%A9_objetiva>. Acesso em: 08 mai. 2018.

MAGLIONE, Bruno. O adimplemento substancial dos contratos e seu suposto subjetivismo. **SEDEP**, 2016. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/o-adimplemento-substancial-dos-contratos-e-seu-suposto-subjetivismo/>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

OLIVO, Igor Kiel; YOKOYAMA, Adriana Sanae. Desdobramentos da teoria do adimplemento substancial no Novo Código de Processo Civil. In: **Revista Aporia Jurídica**: Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage (on-line), 5. ed. v. 1, p. 12-32, jan/jul, 2016. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aile-6s_hmcJ:www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/download/29/28+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 abr. 2018.

RUAS, Raphael Alcantara. A teoria do adimplemento substancial e sua construção no ordenamento brasileiro. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI269685,101048-A+teoria+do+adimplemento+substancial+e+sua+construcao+no+ordenamento>>. Acesso em 16 mai. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (3ª Câmara de Direito Civil). **Apelação Cível n. 0601463-79.2014.8.24.0005**. Relator: Desembargador Saul Steil. Julgado em: 20/03/2018. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=adimplemento%20substancial&only_e>

menta=&frase=&id=AABAg7AAEAII8TAAD&categoria=acordao_5>.
Acesso em 27 mar. 2018.

SILVA, Iury Mendes de. **O adimplemento substancial e os limites à resolução contratual**. 2014. Trabalho de Conclusão de curso (Monografia) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.

SIMÃO, José Fernando. Adimplemento substancial e a nova orientação do STJ - E o poder dos Bancos prevaleceu. **Carta forense**, 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adimplemento-substancial-e-a-nova-orientacao-do-stj---e-o-poder-dos-bancos-prevaleceu/17550>>. Acesso em 15 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio. A teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência. **Carta forense**, 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/15191>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do direito do credor: Análise da decisão proferida no Resp. 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/10/9>>. Acesso em 27 mar. 2018.

**Submetido em 20 jun. 2019. Aceito em 07 jul. 2019.*



SOBERANIA “EM CRISE” E JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Pedro Diógenes Fernandes Neto*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Soberania e evolução; 3. Limites da Soberania; 3.1. A mudança de paradigma e a atual Soberania (do Povo); 4. A Jurisdição Penal Internacional como instância complementar da soberania popular; 4.1. Gênese da Jurisdição Penal Internacional; 4.2. Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma); 4.3. Complementariedade da Jurisdição Penal Internacional; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO

A virada kantiana operada pelo pós-positivismo e a redescoberta do povo como real detentor do poder soberano das ordens constitucionais foram marcos teóricos e filosóficos importantes para consolidação de um terreno sólido de formação de uma jurisdição penal internacional, como forma complementar, subsidiária e última de proteção dos direitos humanos, contra as mais graves formas de violação de direitos, em especial aquelas que atingem à vida, à saúde e à dignidade dos povos. No presente trabalho, longe de esgotar o tema, propomos uma revisitação do estudo acerca dos marcos teóricos que antecederam e embasaram a criação de tribunais penais internacionais, responsáveis pelo julgamento de crimes contra a humanidade, como forma de mecanismo de proteção de direitos humanos. Para tanto, o objeto da pesquisa foi desenvolvido através de uma ampla pesquisa bibliográfica, valendo-se tanto de ensinamentos clássicos, quanto de obras especializadas contemporâneas, inclusive, algumas delas, com publicação na rede mundial de computadores. Como se verá no estudo que se segue, uma série de fatores históricos, teóricos e filosóficos foram determinantes para o estabelecimento do atual modelo de jurisdição penal internacional, sendo as experiências malsucedidas fundamentais para a criação de um tribunal permanente que respeite garantias processuais mínimas de processamento justo.

Palavras-chave: Crise. Soberania Popular. Jurisdição Penal Internacional.

SUMMARY

The Kantian turn of post-positivism and the rediscovery of the people as the true holder of the sober power of constitutional orders were important theoretical and philosophical frameworks for the consolidation of a solid ground for the formation of an international criminal jurisdiction, as a complementary, subsidiary and final form protection than human rights, the most serious forms of copyright, especially those affecting the life, health and dignity of peoples. The present work, far from close the subject, proposed a review of the study on the theoretical frameworks that preceded and supported the creation of international criminal courts, while those responsible for judging crimes

* Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado e em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Única de Ipatinga. Graduado em Direito pela Universidade Potiguar – UNP/RN. Advogado licenciado, atualmente exercendo o cargo de Assistente de 3ª Entrância no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

against humanity, as a form of protection of human rights. The objective of the research was the research through a researched research, with the publication of a worldwide computer network. As a study follows, a number of historical, theoretical, and philosophical factors have been instrumental in creating a model of international criminal jurisdiction, with unsuccessful experiences fundamental to the creation of a permanent court that respects procedural fairness.

Keywords: Crisis. Popular Sovereignty. International Criminal Jurisdiction.

1 INTRODUÇÃO

Falar de Soberania é falar de poder. Existe uma cultura fortemente difundida na mente do cidadão brasileiro comum, bem como dos estudantes das ciências jurídicas, que o conceito de Soberania está intimamente ligado ao conceito de poder absoluto. Veremos que tal paradigma já há muito fora ultrapassado, o que nos impõe reinterpretar o conceito à luz dos acontecimentos históricos e redesenhá-lo conforme a situação posta a lume.

Atualmente a Soberania é utilizada para exprimir o poder último que o povo possui de instituir uma ordem jurídica livre de qualquer vinculação ou condicionamento pretérito. Porém a mudança de paradigma do Direito, sua reaproximação da moral e valoração da condição humana (direitos humanos fundamentais) impuseram aos instituidores da ordem jurídica uma barreira contra certos retrocessos normativos.

Como surgiu, seu desenvolvimento ao longo da história e como se apresenta hoje são os objetivos perseguidos por algumas das próximas páginas deste trabalho.

2 SOBERANIA E EVOLUÇÃO

Como bem explicado em diversas passagens por Nicola Matteucci (1998) no dicionário de política de Bobbio, o conceito de Soberania como nós conhecemos surgiu na Idade Moderna juntamente com o conceito de Estado. Derivou-se da necessidade de unificação e centralização do poder jurídico-político do Território, mediante a substituição dos poderes, então segmentados na complexa organização feudal da época, pela figura da autoridade única, cujo poder não pudesse ser ultrapassado: o Soberano. A soberania surge então para legitimar a monopolização do poder jurídico-político do Estado. Para criar apenas um único poder em detrimentos de vários outros já estabelecidos. Enfim, para criar um poder solipso.

Contudo, ainda segundo Nicola Matteucci (1998), o conceito que se tinha de soberania, como sede última do poder, já era conhecida na Antiguidade e na Idade Média

através de diversos outros termos, como: *maiestas*, *summum imperium*, *summa potestas* e *plenitudo potestatis*.

Na Idade Média, o conceito de Rei “soberano” existia de maneira diferente do que viria significar a palavra soberania (e o seu correspondente adjetivo) na Idade Moderna. Na era medieval o termo “soberano” fora utilizado, pois, para designar o Rei enquanto grau máximo de hierarquia dentro de uma organização feudal. Indicava apenas um grau de proeminência dentro da sociedade. Servia tão somente para definir os direitos e deveres de classes diferenciadas numa complexa estrutura hierárquica que existia na Idade Média. Assim, da mesma forma que em uma baronia o barão era a autoridade última na hierarquia, e, portanto, soberano; no Estado medieval o rei era a autoridade máxima na hierarquia.

Tal distinção era apenas qualitativa e oriunda de um direito divino que transcendia os próprios poderes do soberano. Desta forma, a ninguém era permitido sobrepor-se, unilateralmente, aos direitos e deveres conferidos ao soberano, nem ele próprio.

Nesse período da história, a era medieval, o mais importante entre os *iura* dos reis era justamente o de promover a justiça conforme a vontade divina, ou seja, com base nas leis “consuetudinárias” do país. O Rei só era Rei porque representava a vontade divina na terra. Seu papel era aplicar a lei dos deuses no mundo dos homens. Ele encontrava-se sub lege em decorrência de encontrar-se *sub Deo*.

Contudo, com a evolução do pensamento da era medieval e a racionalização do poder na modernidade, bem como o avanço dos ideais iluministas, surge, então, a moderna teoria da Soberania. O novo Rei soberano agora não estava mais submetido à Lei. Pelo contrário, ele agora era quem as fazia, era fonte única de produção de Lei. O Rei não se encontrava mais *sub lege*, mas sim *supra legem*.

A racionalização do poder da teoria moderna da soberania surgiu da necessidade de se unificar o território, de descentralizar os poderes então segmentados nos feudos, nas autoridades locais, na igreja, enfim, nos diversos centros de poderes que existia na complexa organização feudal.

A Soberania surge, desta forma, como legitimação para unificação jurídico-político do poder. Foi a transformação do poder de fato em poder de direito. Rei Soberano transforma-se não apenas na autoridade hierárquica máxima, mas sim em detentor da soberania do Estado: do poder que não obedece a nenhuma ordem anterior.

A Soberania passa, então, no período moderno, a existir basicamente com uma dupla face: a face interna e a face externa; o que, nos ensinamentos de Canotilho (2003,

p. 90), “traduz num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional”, respectivamente.

A face interna da soberania, ou o poder supremo no plano interno, representa o poder do Soberano de substituir-se às vontades dos seguimentos sociais, isto é, às vontades individuais, mediando seus conflitos e promovendo a paz civil, isto é, impondo uma vontade única, pública, em detrimento das diversas vontades particularizadas, que, em conflito, caminhariam firmemente para a guerra civil. Nesse sentido a Soberania atuava como instância máxima e imperativa de instituição de ordem pública, como verdadeiro poder supremo.

Já a face externa, representa o poder do Soberano de decidir sobre a guerra ou a paz, ou seja, de balizar o relacionamento internacional do Estado com os outros Estados Soberanos. Era ele, o Soberano, o único – sem nenhuma exceção – que podia agir externamente tomando as decisões em nome da nação.

Portanto, pode-se afirmar que o conceito de Soberania surgiu na Idade Moderna como forma de legitimação do governo monárquico, em que todo o poder era centralizado em uma única autoridade governamental.

3 LIMITAÇÕES DA SOBERANIA

Como anteriormente explicado, a Soberania nasceu na Idade Moderna com a pretensão de legitimar um poder absoluto, sem limites, em que o monarca exercia um poder livre de amarras, o que fomentara a prática de atos extremados por diversos governos absolutistas.

Todavia, já na Idade Moderna, a Soberania não caminhara integralmente de forma ilimitada. Teorias para limitar o poder soberano não demoraram muito para aparecer. Já em Lock se via a concepção de soberania limitada em sua denominação de “supremo poder”, que entregue ao parlamento sofria limitações tanto da constituição quanto do próprio povo, a quem o parlamento incumbia-se de representar. Nesse diapasão, preleciona com maestria Nicola Matteucci (1998, p. 1185), sobre a limitação da soberania:

A lei se tornou, cada vez mais, o principal instrumento de organização da sociedade; mesmo assim a exigência de justiça e de proteção dos direitos individuais, intrínseca à concepção medieval do direito, fez-se novamente presente. Num primeiro momento, através das grandes doutrinas jusnaturalistas, que, defendendo a existência de um direito pré-estatal ou

natural, procuravam salvaguardar a exigência de racionalidade, por considerarem que é a veritas e não a auctoritas que legitima a lei; em seguida, através das grandes constituições escritas na época da revolução democrática que puseram um freio jurídico à Soberania, proclamando os direitos invioláveis do cidadão.

Continua exemplificando alguns dos limites impostos aos soberanos do início da modernidade (MATTEUCCI, p. 1185):

Além disso, o rei não podia lançar tributos arbitrariamente, uma vez que a senhoria pública (ou Soberania) tinha que deixar para cada indivíduo particular sua propriedade e a posse seus bens, em conformidade com a distinção entre imperium e dominium: cabe ao rei o que é público, cabe ao indivíduo particular o que diz respeito à sua propriedade.

Como já demonstrado na transcrição de Matteucci, as constituições escritas importaram inestimável avanço nas teorias das limitações da Soberania, representando conquista substancial na luta das gentes em promover os direitos e garantias individuais, principais fontes de limites à atuação estatal.

Aliás, foi a vitória do constitucionalismo e não a vitória do Estado absoluto que marcou a história moderna. Não se pode tentar conciliar ambos, pois democracia e soberania, como já dizia Matteucci, são conceitos antitéticos.

3.1 A mudança de paradigma e a atual Soberania (do Povo)

Com a redescoberta da democracia, operou-se também, na modernidade, a mudança de paradigma das formas de governo. O governo agora era engendrado de forma a limitar ao máximo a utilização do Estado para a consecução de interesses “individuais”. A limitação do poder se tornou o foco principal das democracias, cujo intuito era assegurar aos cidadãos que o interesse coletivo prevaleceria sobre o individual. A Soberania, então, passa a ser redesenhada e compreendida de forma diferente.

A necessidade agora não era mais centralizar e unificar o poder. Pelo contrário, os esforços agora estavam todos voltados para a divisão do poder, para a descentralização e para sua utilização em favor da sociedade. Agora o governo democrático é realizado como o governo do povo, pelo povo e para o povo, com bem advertira Lincoln.

A inversão da concepção dos reais detentores do poder contribuiu de forma significativa para a mudança do paradigma. O poder agora repousa na vontade do Povo e não mais de um único indivíduo (monarquia) ou de determinado grupo social

(aristocracia e oligarquia).

A Soberania entra, então, em verdadeira crise existencial. E os fatores são vários: desde a criação das primeiras constituições escritas até a judicialização do direito e a implementação dos sistemas anti-majoritários.

Esse é, senão, a visão de J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 90), que abordando questões sobre a Soberania reconhece sua crise, porém aponta outros fatores igualmente responsáveis, vejamos: “Este modelo, assente, basicamente, na ideia de unidade política soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal.”

Essa mudança silenciosa de paradigma fez com que a palavra Soberania fosse utilizada na atualidade de forma indiscriminada para representar, ainda, um poder sem limites e entregue ao povo para exercê-lo da forma que lhe convier.

Contudo, o perigo desta interpretação é a “iconização” do povo, ou seja, a sua utilização como justificação do exercício do poder sem limites. Devemos, pois, reinterpretar o conceito de Soberania buscando entender a forma em que ela subsiste na atualidade. Não mais como um poder imanente. Mas como a representação de um poder exercido em um determinado momento constitutivo.

Sábio e cristalino é o ensinamento de Nicola Mattucci (1998, p. 1185) sobre a concepção de Soberania, cuja transcrição faz-se imperativa, vejamos:

Na realidade, com a progressiva juridicização do Estado e com a sua correspondente redução a ordenamento, não faz muito sentido falar de Soberania, por nos encontrarmos sempre diante de poderes constituídos e limitados, enquanto a Soberania se caracteriza, na realidade, como um “poder constituinte”, criador do ordenamento. E é justamente desta forma que se manifesta hoje, cada vez mais, porque o poder constituinte é o verdadeiro poder último, supremo, originário. A Soberania, pois, é um poder adormecido, que se manifesta somente quando é quebrada a unidade e a coesão social, quando existem concepções alternativas acerca da constituição, quando há ruptura na continuidade do ordenamento jurídico. A soberania marca sempre o começo de uma nova organização civil: é um fato que cria o ordenamento.

Nessa nova perspectiva de Soberania, o Povo enquanto povo ativo instituidor de ordem originária é o Soberano. É quem exerce a Soberania de um Estado. Nesse ato de poder constitutivo, o povo criará diversos outros poderes constituídos, verdadeiras instituições de gerência e administração da vontade popular, centros de poder e não apenas um centro; repartições. O povo soberano age de forma ilimitada e incondicionada, sem respeito a qualquer ordem anterior, criando a Constituição de uma nação e se autolimitando prospectivamente. Seus demais atos são a ela subordinados, pois a única

expressão genuína da soberania.

Todavia, o Direito é um fenômeno que vive em constante mudança. Isso se dá pelo fato de ser ele o regulador e ao mesmo tempo o catalisador das relações sociais. Hodiernamente o avanço valorativo da moral ao direito, a universalização da dignidade da pessoa humana e o comunitarismo internacional começa a impor outra nova mudança de paradigma.

É nesse novel panorama que surgem os organismos e organizações internacionais de apoio e promoção aos direitos humanos, evitando, assim, verdadeiro retrocesso na conquista de direitos essenciais dos seres humanos. Assim, em um campo global onde os países cedem espaço normativo em prol de um ente transnacional, não se há mais de falar em retrocesso de direitos humanos conquistados frente a um “direito potestativo” nacional. O singular cede, cada vez mais, espaço para o plural. A soberania agora é transnacional.

4 A JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL COMO INSTÂNCIA COMPLEMENTAR DA SOBERANIA POPULAR

Com a reaproximação da moral com o direito implementada pelo pós-positivismo e a mudança de paradigma da soberania estatal para a soberania popular criou-se um campo fértil para o início das jurisdições internacionais, em especial a jurisdição penal internacional.

É justamente sobre a compatibilização da Jurisdição Penal Internacional com a Soberania nacional que passaremos a dispor brevemente nas próximas linhas deste artigo.

4.1 Gênese da Jurisdição Penal Internacional

A história da humanidade demonstrou o quão bárbaras podem ser as atrocidades cometidas por líderes de Estado, imbuído de sentimentos nacionalista, insuflados pela falsa percepção de que o poder soberano é poder absoluto. Não raras vezes esses líderes se agasalhavam de precedentes legais internos, que autorizavam suas ações no plano do direito interno. Quando isso não acontecia, não raras vezes, também, o próprio direito interno promovia a anistia ampla e irrestrita a esses agentes, com o fim de facilitar o processo de transição de governos ou de regime de governos.

Fato é que o direito interno demonstrou ser ineficaz para punir e reprimir graves violações de direitos humanos praticados por líderes de estado e de governo.

Diante desses fatos e da premência de se buscar a responsabilização de estadistas derrotados em guerras marcadas por conflitos ideológicos, a comunidade internacional tentou implementar, podendo se dizer que até mesmo de forma açodada, tribunais penais internacionais.

Segundo André de Carvalho Ramos (2018, *e-book*) a primeira tentativa de criação de um tribunal penal internacional se deu com a inclusão do art. 222 do Trato de Versailles, que previa um tipo de “tribunal especial” instituído para julgar o Kaiser Guilherme da Alemanha vencia. Ocorre que essa tentativa foi malsucedida, uma vez que a Holanda nunca chegou a extraditar o Kaiser, que obtivera asilo naquele país.

A primeira experiência “bem sucedida” de criação de um tribunal penal internacional se deu em 1945, com o final da segunda guerra mundial, com jurisdição para processar criminalmente nacionais de países estrangeiros, especialmente dos agentes do regime nazista, pela prática das atrocidades cometidas durante o regime ditatorial na Alemanha no período imediatamente antecedente.

Segundo André de Carvalho Ramos (2018, *e-book*):

Em 1945, finalmente um tribunal internacional penal foi criado. Pelo Acordo celebrado em Londres em 8 de agosto de 1945 foi estabelecido o Tribunal Internacional Militar, tendo como partes originais o Reino Unido, Estados Unidos, União Soviética e França, bem como 19 Estados aderentes. Seu Anexo 2 continha o Estatuto do Tribunal Internacional Militar (TIM), que possuía sede em Berlim, realizando os julgamentos em Nuremberg (por isso, passou para a história como “Tribunal de Nuremberg”).

Criado para punir e reprimir as graves violações cometidas pelos agentes nazistas, o Tribunal de Nuremberg possuía o grave vício de ter sido criado após a prática dos crimes para punir especificamente essas condutas, que até então não tinha uma tipificação penal estabelecida no cenário internacional.

O segundo tribunal penal internacional foi criado um ano após a criação o Tribunal de Nuremberg, em 1946, no Japão, e foi marcado por ter sido criado unilateralmente pelos EUA para processar e julgar as pessoas por eles indicadas.

Vejamos a lição de André de Carvalho Ramos (2018, *e-book*):

O segundo Tribunal internacional da história do século XX foi o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, com sede em Tóquio, criado em 1946 por ato unilateral dos Estados Unidos, potência ocupante, por intermédio do Chefe da Ocupação, General MacArthur, que editou suas regras de funcionamento. MacArthur nomeou 11 juízes, nacionais dos Aliados e os componentes da Promotoria. Coube ainda à potência ocupante (EUA) determinar a lista de acusados e a imunidade ao Imperador Hirofuto e sua

família. Julgou componentes do núcleo militar e civil do governo japonês por crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, sendo exigida conexão com os crimes contra a paz.

Depois dessas duas experiências, ainda foram criados outros tribunais penais internacionais no bojo da ONU, especialmente para julgar os crimes cometidos na antiga Iugoslávia e em Ruanda durante o ano de 1994. Ambos os tribunais traziam consigo as mesmas críticas às experiências anteriores. Tratava-se de tribunais “ad hoc”, criado após os acontecimentos e para julgar agentes determinados.

Para fins de legitimar a atuação da jurisdição penal internacional havia a necessidade de se respeitar os padrões internacionais de devido processo legal, com o estabelecimento de garantias processuais mínimas de julgamento imparcial, com juízes naturais.

4.2 Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma)

A adequação da jurisdição penal internacional às garantias processuais penais somente veio a ocorrer com a criação de um tribunal permanente, criado para julgamento de crimes posteriores à sua criação e com juízes imparciais eleitos para julgar qualquer agente submetido à sua jurisdição. O referido tribunal penal internacional foi instituído pelo famigerado Estatuto de Roma.

Sobre a criação do Tribunal Penal Internacional instituído pelo Estatuto de Roma, Flávia Piovesan (2013, p. 290) preleciona:

O Tribunal Penal Internacional permite limitar a seletividade política até então existente. Como visto, os Tribunais ad hoc, criados na década de 90 para julgar os crimes ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para as quais se requer o consenso dos 5 membros permanentes, com poder de veto, nos termos do artigo 27, parágrafo 3º, da Carta da ONU. Ao contrário, o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma aplica-se universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais frente ao Tribunal Penal, afastando-se a relação entre “vencedores” e “vencidos”.

Sobre os dados históricos de sua criação, ensina André de Carvalho Ramos (2018, *e-book*):

Após anos de negociação no seio das Nações Unidas, em 1998, durante Conferência Intergovernamental em Roma (Itália), foi adotado o texto do tratado internacional que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), também chamado de “Estatuto de Roma”. Esse marco no Direito Internacional dos Direitos Humanos ocorreu justamente no ano da comemoração do 50º aniversário da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948- 1998).

O texto do Estatuto foi adotado em Roma por 120 votos a favor, 7 votos contrários (Estados Unidos, China, Índia, Líbia, Iêmen, Israel e Catar) e 21 abstenções. Havia expectativa pessimista sobre a entrada em vigor do tratado, pois não cabia reservas (art. 120, impedindo exclusões ou modificações de dispositivos mais polêmicos) e exigiu-se o número mínimo de 60 ratificações para tanto (art. 126). Em 2002, contudo, o número foi atingido e, atualmente, 124 Estados são partes do Tribunal Penal Internacional (dados de 2017). Até hoje, notam-se ausências expressivas, como as da China, Estados Unidos, Israel, Irã e Rússia.

Como dito, o tribunal veio a trazer legitimidade à jurisdição penal internacional, na medida em que passou a respeitar padrões mínimos de garantia de processamento justo de indivíduos sujeitos à imposição penal.

O Estatuto previu quatro espécies de crimes que estão sujeitos à sua jurisdição, são eles: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e os crimes de agressão. Além disso, somente estariam sujeitos à sua jurisdição os crimes cometidos após a entrada em vigor do referido tratado e, portanto, posterior à sua criação, extirpando qualquer mácula de tribunal “ad hoc”. Também previu a nomeação de juizes independentes para o exercício de mandatos fixos e com independência de julgamento, acabando de uma vez por todas as críticas existentes aos tribunais antecessores no que diz respeito à garantia de julgamento por um juiz natural.

4.3 Complementariedade da Jurisdição Internacional

Deve se ressaltar, contudo, que a jurisdição penal internacional não nasceu com a pretensão de se sobrepor à jurisdição penal interna dos Estados, tão pouco de substituí-las. É o que ensina Flavia Piovesan (2013, p. 290):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a

responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.

Em verdade, o próprio Estatuto de Roma anuncia já em seu preâmbulo a natureza subsidiária e complementar da corte ao afirmar que “é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais”.

Assim, chegamos à questão principal da jurisdição penal internacional: ela surge como uma garantia adicional aos povos de que violações graves de direitos humanos, atentatórios à vida, à saúde e à dignidade dos indivíduos, não serão toleradas pela humanidade, nem mesmo quando amparados em instrumentos legais internos não oponíveis à ordem comunitária internacional.

Logo vemos, pois, que a submissão à jurisdição internacional, longe de ser uma limitação da soberania estatal, serve ao seu bel propósito, proteger aqueles que verdadeiramente são detentores do poder, o Povo, das atrocidades que a natureza humana já demonstrou ser capaz de fazer.

5 CONCLUSÃO

Como visto, com a reaproximação do direito com moral, sobretudo no cenário do pós-positivismo, a ressignificação dos conceitos de soberania, operada, em grande medida, pela redescoberta dos regimes democráticos de governo, logo se instalou no cenário internacional a necessidade de criação de tribunais penais internacionais para o exercício, em âmbito global, da jurisdição penal internacional como mecanismo de proteção de direitos humanos contra violações bárbaras à vida, à saúde e à dignidade dos povos.

Podemos concluir, portanto, que a virada kantiana operada pelo pós-positivismo e a redescoberta do povo como real detentor do poder soberano das ordens constitucionais foram marcos teóricos filosóficos importantes para consolidação de um terreno sólido de formação de uma jurisdição penal internacional, como forma complementar, subsidiária e última de proteção dos direitos humanos, contra as mais graves formas de violação de direitos, em especial aquelas que atingem a vida, a saúde e a dignidade dos povos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico** – 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, Vol. II.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** - 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11ª ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998 (Vol. II).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional** – 13. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. – (Série IDP). Versão digital (e-book)

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL** – 14 ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **CURSO DE DIREITOS HUMANOS** – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Versão digital (e-book).

**Submetido em 28 ago. 2019. Aceito em 31 ago. 2019.*



SISTEMA ACUSATÓRIO E O INQUÉRITO 4781 DO STF

Renata Maria Rocha de Vasconcelos Lucena*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve apontamentos sobre o sistema acusatório e o papel do Ministério Público; 3. Sistema acusatório e o Inquérito 4781/STF; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este artigo aborda os sistemas processuais penais, dando ênfase à análise do sistema acusatório. É necessário delimitar o papel de cada instituição dentro do sistema de justiça penal de sorte a evitar sobreposição de atribuições e hipertrofia de poder. Nesse contexto, há críticas ponderáveis à tramitação do Inquérito 4781, instaurado pelo STF a fim de apurar crimes contra a honra dos Ministros da Corte. A dignidade da função jurisdicional deve ser respeitada, inclusive sob a tutela do direito penal. Contudo, a investigação deve observar a necessária divisão de poder entre as instituições. Não é concebível que o Poder Judiciário investigue um fato que depois julgará.

Palavras-chave: Princípio Acusatório. Inquérito 7481/STF. Princípio do juiz natural.

ABSTRACT

This article deals with criminal procedural systems, with an emphasis on the analysis of the accusatory system. It is necessary to delimit the role of each institution within the criminal justice system in order to avoid overlapping attributions and hypertrophy of power. In this context, there are serious criticisms to the processing of Inquiry 4781, instituted by the STF in order to establish crimes against the honor of the Ministers of the Court. The dignity of the judicial function must be respected, including under the protection of criminal law. However, research must observe the necessary division of power between institutions. It is not conceivable that the judiciary investigates a fact that it will judge after.

Key-words: Accusatory Principle. Investigation 7481 / STF. Principle of the natural judge.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal é um termômetro do momento democrático de determinada sociedade. Quando o Estado começa a aplicar a lei sem o devido respeito às garantias constitucionais e às regras de competência, é sinal de que o processo penal está servindo de instrumento ao arbítrio.

* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Email: vasconcelos-renata@hotmail.com.

Nesse contexto, o presente artigo traça os elementos que caracterizam o sistema acusatório, reafirmando a necessidade fazermos valer no dia a dia seus princípios e ideais dentro da esfera de atribuição de cada ator que compõe o sistema de justiça penal.

No sistema acusatório, cada instituição tem o seu papel. Como em uma sinfonia, quando uma delas está desalinhada de sua missão constitucional, há um desarranjo perigoso no sistema de justiça.

A concentração de poder é indesejável para que haja uma coerência e harmonia sistêmica, razão pela qual, acertadamente, o nosso Ordenamento Jurídico repartiu as funções de investigar, acusar, defender e julgar. Trata-se de verdadeiro sistema de freios e contrapesos entre as instituições que atuam no sistema penal.

Quem investiga sabe aonde quer chegar, pois é natural (e recomendável) que uma investigação trace, desde o seu nascedouro, linhas investigativas para se alcançar determinado objeto. Assim, é natural que quem exerça a atividade investigativa fique psicologicamente vinculado aos elementos que são colhidos nesta etapa.

O princípio da imparcialidade do juiz é uma das pedras angulares que norteiam a atuação jurisdicional. O juiz deve se manter equidistante das partes, mas também do objeto do processo. Só assim poderá proferir uma decisão equilibrada e o mais próximo possível ao conceito de justiça.

Não temos dúvidas que a indesejada atuação investigativa do juiz o aproxima de tal forma do que será o objeto da futura ação penal que seria inviável que venha a ter a isenção necessária para decidir o caso.

Assim, o juiz deve ter o mínimo contato possível com uma investigação em curso, somente atuando quando for necessário tomar decisões que impactem em determinados direitos fundamentais do investigado, como sua liberdade, intimidade, privacidade e a incolumidade do seu domicílio. Ou seja, nas hipóteses em que estão sob a reserva de jurisdição.

Diante desse cenário, é necessária uma respeitosa análise crítica acerca do inquérito 4781, instaurado pelo STF a fim de investigar crimes cometidos contra a honra dos Ministros da Corte.

Não temos dúvidas de que a dignidade da função judicante deve ser tutelada, inclusive penalmente, quando há excessos criminosos. A liberdade de expressão não é um direito absoluto e não pode servir como escudo para a prática de manifestações de ódio ou para atacar a honra subjetiva de quem quer que seja.

Defendemos que tais atos sejam apurados pela polícia ou pelo Ministério Público. Caso seja comprovada a prática delitiva, que o Ministério Público ofereça a respectiva ação penal. E que o processo penal tramite perante o juiz competente, oportunizando à defesa a garantia do contraditório. Por fim, que seja prolatada uma decisão por um juiz imparcial. É assim, de forma bem resumida, que deve se pautar a persecução penal.

Qualquer atuação fora desse quadro deve ser analisada criticamente.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ao longo da história, o direito de punir era pautado na autotutela e exercido pela própria vítima. Trata-se da fase da pena como manifestação de uma “vingança privada”, que trazia desordem e injustiças de toda sorte no seio social.

Diante disso, viu-se a necessidade de transferir ao Estado o direito de punir, a fim de que a pena fosse aplicada de forma equânime e seguindo uma lógica estrutural, o que posteriormente viria a ser o processo penal.

E quem poderia acionar o Estado para que a pena fosse aplicada? Inicialmente, a própria vítima, que ficaria incumbida de juntar os elementos de prova do delito e apresentá-la ao órgão que julgaria a causa.

Contudo, a legitimidade do particular trazia inúmeros inconvenientes à vítima, que: a) nem sempre tinha capacidade técnica de formular uma denúncia formal ou condições de arcar com o ato postulatório; b) sofria risco de represálias, já que a acusação restava personificada e pessoalizada na vítima; c) via o prolongamento do seu sofrimento causado pelo fato criminoso, uma vez que teria que reviver as consequências nefastas do delito ao longo de todo o litígio processual.

A figura do “acusador particular” cedeu espaço ao acusador público, de sorte que o dever de punir passou a ser primordialmente exercido pelo Estado e igualmente provocado por um órgão estatal. Foi um mecanismo criado para blindar a vítima e trazer maior eficiência ao sistema punitivo.

Ainda hoje temos resquícios da acusação privada no nosso sistema processual moderno, mas em casos restritos, como em determinados crimes contra a dignidade sexual. É que, nessas hipóteses, a privacidade e a intimidade da vítima não podem ser ignoradas pelo Estado sob pena de, ao submetê-la a um processo público, saia duplamente punida pelo fato criminoso.

Pensamos que, apesar de necessária a criação da acusação pública, nosso sistema penal ainda protege muito pouco a vítima, que fica relegada a um plano de quase invisibilidade no curso do processo penal. Não raro, ficam vítima e réu sentados lado a lado na antessala de uma delegacia ou de uma Vara Criminal, sem que lhe seja garantido qualquer suporte. Muitas vezes, a palavra da vítima é ignorada no processo penal, ou pior: suas declarações são vistas sob a mácula da parcialidade de quem busca no resultado do processo uma revanche.

A acusação pública ficava a cargo do Poder Judiciário, que conduzia as investigações, acusava e, por fim, julgava. Tal sistemática indubitavelmente comprometia a imparcialidade judicial, já que não havia uma distinção entre as funções desenvolvidas. Tratava-se do modelo processual “*misto*”, que pressupunha a existência de um juízo de instrução, em que, a partir de certo ponto da investigação, a condução das atividades investigativas ficaria a cargo do Poder Judiciário.

Em verdade, não há nada de “*misto*” neste sistema. Trata-se de verdadeiro processo penal inquisitivo, pois o juiz investiga e julga, sem qualquer divisão clara entre tais funções.

Ao longo do desenvolvimento do processo penal, verificou-se a necessidade impositiva de se dividir as funções de investigar, acusar, defender e julgar. Nesse contexto é que foi pensado, criado ou fortalecido o Ministério Público. Os sistemas processuais modernos fazem essa divisão de poder, buscando resguardar primordialmente a imparcialidade do julgador, traço essencial para o exercício da atividade jurisdicional.

Sabemos que quem investiga sabe o que quer encontrar e aonde pretende chegar. A participação do juiz na fase investigativa indubitavelmente macula a sua imparcialidade, pois o ele fica vinculado psicologicamente aos elementos de informações que foram colhidos na fase investigativa.

O Sistema Acusatório tem sido o paradigma dos sistemas processuais modernos, adotado também pelo Tribunal Penal Internacional. Nesse contexto, temos que entender o que é o Ministério Público e onde ele se encaixa dentro do sistema.

A configuração do Ministério Público varia a depender do sistema jurídico (Romano-Germânico ou “*Common Law*”) e do Ordenamento de cada país, havendo alguns traços característicos em comum, senão vejamos.

Nos EUA, o *U.S. General Attorney Office* é um órgão do *Department of Justice* (DoJ), estando inserido na estrutura do Poder Executivo. O *U.S. General Attorney* não tem mandato fixo, sendo um cargo de livre nomeação e exoneração por parte do

Presidente da República. Normalmente, são escolhidos advogados e juristas com larga experiência nas ciências penais. É o chefe dos 93 (noventa e três) *U.S. Attorneys*, que atuam nos 93 distritos judiciais dos Estados Unidos, tendo como atribuição a aplicação da lei federal.

Nova York, por exemplo, é dividida em 4 distritos judiciais, onde atuam os respectivos *U.S Attorneys*. Estes, por sua vez, também são escolhidos pelo Presidente da República, mas devem passar pelo escrutínio do Senado Federal. Apesar de serem órgãos do Poder Executivo, há um costume constitucional de não interferência nos seus trabalhos.

Além da exclusividade para promover a ação penal, o *U.S. General Attorney Office* possui atribuição cível, orientando juridicamente o Presidente da República em casos específicos. Ademais, os *U.S. Attorneys* são responsáveis pela execução fiscal dos tributos e multas que não foram adimplidos na esfera administrativa. Vê-se, portanto, que o Ministério Público norteamericano acumula suas funções penais com atividades típicas da Advocacia Pública, tal qual ocorria no Ministério Público Federal até a promulgação da Constituição de 1988, quando então foi dada a opção entre os seus membros de permanecer no órgão ou migrar para os quadros da Advocacia Geral da União.

Ao lado dessa estrutura, cada Estado possui um *District Attorney*, com atribuição exclusivamente criminal, com competência residual para os crimes que não envolvam a aplicação da lei federal. A investidura do *District Attorney* é diferente em cada Estado, mas normalmente se dá por meio de eleições ou por indicação. É comum que políticos com filiação partidária concorram a tal posto, que serve usualmente como trampolim político para outro cargo eletivo junto ao Legislativo ou Executivo.

Já em países como França, Itália e Holanda o Ministério Público é carreira integrante da Magistratura, que se divide em magistratura judicial e magistratura ministerial. Trata-se de carreira única, com as mesmas vedações, garantias e forma de ingresso.

De forma inusitada, até 1986 não existia na Inglaterra a figura da acusação pública. A investigação era levada a cabo pela polícia que, ao fim, contratava um escritório de advocacia, para que, por sua vez, ajuizaria a ação penal. Como dito, em 1986 foi criada a acusação pública por meio da *Crown Prosecution Service*. O ingresso no órgão não se dá por meio de seleção pública, mas pelo recrutamento de advogados que normalmente desejam exercer tal função e obter experiência criminal.

No Brasil, o Ministério Público não faz parte da estrutura orgânica de nenhum dos 3 (três) poderes. Trata-se de instituição dotada de autonomia, cuja investidura do Chefe da Instituição se dá por ato complexo: nomeação pela Presidente da República e ratificação pelo Senado Federal. A escolha deve recair sobre qualquer membro do Ministério Público Federal, desde que tenha mais de 35 (trinta e cinco) anos.

Muito se fala que o Ministério Público no Brasil tem muito poder. Ousamos discordar. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é verdade que foi aberto um leque grande de atribuições ao Ministério Público, sem paralelo em outros modelos constitucionais, onde o Ministério Público tem basicamente funções criminais e investigativas, além do controle externo da atividade policial. Sobre o tema, vejamos a lição de Ela Wiecko (CASTILHO, 2010, *ebook*):

A redefinição do perfil institucional do Ministério Público e o alargamento de suas atribuições têm provocado um importante processo de reconstrução de identidade da instituição. Os textos legais, tanto a Constituição como legislações infraconstitucionais, dão os parâmetros, isto é, indicam a potencialidade. A velocidade e o sentido desta reconstrução, entretanto, dependem fundamentalmente da ação de seus membros. Tratando-se de uma organização de tipo monocrática, cada um de seus integrantes tem liberdade de agir como se fosse a própria instituição, não havendo, a rigor, uma hierarquia baseada em estritos princípios de mando e obediência.

Contudo, até hoje se discute se o Ministério Público poderia ter acesso a contas públicas de convênios. Foi necessária intervenção judicial para se julgar o óbvio (o que não é incomum no Brasil): conta pública de convênio não resguarda privacidade ou intimidade do seu titular; ao revés, sobre tais valores incide o princípio da transparência; logo, o Ministério Público pode ter acesso direto e irrestrito a tais movimentações bancárias, conforme decisão prolatada pelo STJ no HC 308.493-CE.

No Brasil, o fisco tem mais poder que o Ministério Público, que tem que demandar o Poder Judiciário para, por exemplo, ter acesso a dados bancários e fiscais dos investigados e réus em ações penais, tal qual decidiu o STJ no HC 160.646/SP.

De modo algum queremos desmerecer o importantíssimo trabalho que é desenvolvido pelos órgãos fazendários. Mas não se pode dar à função arrecadatária do Estado um peso maior do que a persecução penal de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, como a vida, liberdade, etc.

Na Holanda, para termos um paralelo, o membro do Ministério Público pode determinar diretamente a prisão de suspeito e apreensão de produtos de crimes. Já outras medidas como a busca domiciliar e a interceptação telefônica demandam decisão judicial.

Na Alemanha, em casos urgentes e em locais onde não há Poder Judiciário, o Ministério Público pode determinar cautelares pessoais, devendo tais dados serem ratificados (ou não) pelo Judiciário.

No âmbito de atribuições do Ministério Público, temos o controle externo da atividade policial. O Ministério Público é o ente encarregado de promover o Controle Externo da Atividade Policial, prevista no art. 129, inc. VII, da Constituição Federal, art. 3º da Lei Complementar 75, regulamentada pela Resolução 20 do CNMP, bem como pela Resolução 127/2012 do CSMPF no âmbito do Ministério Público Federal, sendo certo que os Ministérios Públicos Estaduais têm autonomia para disciplinar tal atividade na sua esfera de atribuição.

O objetivo do controle externo é manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias.

O controle externo não põe a polícia em uma posição de subordinação hierárquica frente ao Ministério Público, nem sob o prisma orgânico ou funcional. Em verdade, trata-se de mecanismo que busca equilibrar o sistema de freios e contrapesos, que incide também na relação entre instituições e órgãos (e não só entre Poderes).

Dito isso, temos que ter em mente que o controle externo busca não só uma atuação repressiva, isto é, não tem como função única reprimir condutas irregulares praticados no âmbito das polícias, mas, sobretudo, de buscar a prevenção de ilícitos, agindo de forma integrada com as forças policiais.

O nosso modelo tem como inspiração o Alemão, onde o Ministério Público foi pensado e criado para exercer 2 (duas) funções igualmente relevantes: a promoção da ação penal e o controle externo da atividade policial. Lá, o Ministério Público pode investigar um fato diretamente ou requisitar a instauração de inquérito policial.

No Brasil, como sabemos, o inquérito é presidido pelo Delegado de Polícia. O membro do Ministério Público não conduz as investigações policiais e somente preside os procedimentos investigativos da sua alçada, como os Procedimentos de Investigação Criminal.

A Emenda Constitucional 389/2009 pretende extinguir o Controle Externo do Ministério Público, transferindo tal função a um órgão político colegiado de composição

heterogênea, com atuação nacional e centralizada, composto em grande parte por delegados de polícia e dirigentes de corporações policiais.

O controle externo pode se dar de 2 (duas) maneiras: difuso e concentrado.

O controle difuso é realizado por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal quando do exame de procedimentos investigativos que lhe forem atribuídos.

Ao lado do controle difuso, temos o controle concentrado. Por meio dele, cabe ao Ministério Público velar pelo bom funcionamento da atividade policial de forma genérica e não vinculada a determinado inquérito. Um grupo de membros do Ministério Público fica destacado para realizar as inspeções periódicas nas delegacias de polícia, além de ter atribuição para instaurar procedimentos cíveis e criminais para apurar as questões envolvendo a atuação policial.

Importante notarmos que o controle externo ainda é exercido de forma muito deficiente por parte do Ministério Público. Sobre as razões deste déficit, vejamos mais uma vez o que diz Ela Wiecko (CASTILHO, 2010, *ebook*):

Entre todas as funções, a mais tradicional – a promoção da ação penal pública – é a melhor avaliada, com 71% de “ótimo” e “bom”. Em contraste, a que recebe a pior avaliação é o controle externo da atividade policial, com apenas 1% de “ótimo” e 7,5% de “bom” e 53% de “ruim” e “péssimo”. Por que o Ministério Público Federal tem avaliação pior nessa função? Tudo indica que isso decorre da polêmica com a Polícia, tanto na esfera federal quanto estadual, sobre o seu conteúdo e limites. O enfrentamento vinha sendo postergado pelo Ministério Público Federal diante do inevitável desgaste nas relações institucionais e pessoais, com as consequentes dificuldades para o exercício de funções compartilhadas.

É uma temática que merece uma atenção crítica por parte do Ministério Público brasileiro, estando intimamente ligada à concretização do sistema acusatório.

2.1. Investigação Defensiva

Seria possível a defesa técnica requisitar diligência no curso de um procedimento investigatório? O Ministério Público, no âmbito do controle difuso da atividade policial, tem o poder de requisitar diligências à polícia, buscando com que se produzam elementos de informações que, sob a ótica ministerial, são indispensáveis à formação da “*opinio delict*”.

A Lei 13245/16, em seu art. 7, XXI, inc. b, trazia a possibilidade de o advogado requisitar diligências no curso do inquérito policial. Contudo, tal dispositivo foi objeto de veto por parte do Presidente da República.

Requisição traduz a ideia de ordem ou mandamento. Advogado não pode requisitar diligências investigativas, pois tal medida comprometeria sobremaneira a eficácia das investigações.

Além disso, o procedimento investigatório é, por sua natureza, inquisitivo. É de se dizer: não se garante o contraditório em investigação. Por contraditório, entende-se a possibilidade de ter ciência dos atos praticados e a faculdade de se influenciar na decisão a ser tomada. Se o investigado tivesse o direito de ter ciência de todos os atos investigativos e, ainda mais, pudesse intervir requisitando diligências, a investigação estaria fadada ao fracasso quanto às suas finalidades. O contraditório, nesse caso, é diferido, ou seja, será exercido quando do processo judicial.

Vejamos as razões de veto ao dispositivo (BRASIL, 2016, P. 3):

Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea “a”, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal.

Contudo, isso não quer dizer que o advogado não pode sugerir diligências. Nos termos do art. 14 do CPP, é plenamente legítimo que a defesa técnica sugira diligências que reputa relevante para o deslinde da investigação. Caberá ao presidente do inquérito policial ou ao Ministério Público, quando a investigação se perfizer por meio de PIC, analisar e deferir (ou não) a diligência sugerida, sempre de forma fundamentada.

3 SISTEMA ACUSATÓRIO E O INQUÉRITO 4781/STF

No dia 14 de março de 2019, o Presidente do STF, de ofício, determinou a instauração do Inquérito 4781 e designou o Ministro Alexandre de Moraes como relator. Desde então, várias decisões juridicamente questionáveis vêm sendo proferidas no curso das investigações.

É necessária uma análise crítica, sob o enfoque constitucional e tendo como parâmetro o Sistema Acusatório, em torno de tal investigação.

A Portaria GP 69, DE 14/03/2019 é o ato inaugural de instauração do Inquérito 4781/19, tendo como fundamento o art. 43 do Regimento Interno do Supremo.

Ocorre que a portaria de instauração do inquérito não aponta um fato específico a ser investigado. Toda investigação deve ter um objeto inicial certo e determinado, ainda que seja plenamente possível, no curso das investigações, sua ampliação ou a alteração da linha investigativa traçada. Contudo, o que não se admite em uma democracia é a instauração de uma investigação formal para, genericamente, apurar “*fake news*” em redes sociais que afrontariam a honra dos Ministros do STF.

Dessa forma, qualquer pessoa que tenha uma conta nas redes sociais é potencial investigado neste inquérito, bastando que teça críticas que sejam reputadas como criminosas.

De fato, o art. 43 do regimento interno do Supremo prevê a possibilidade de o Presidente da Corte instaurar inquérito quando o crime ocorrer *na sede em dependência do STF*, podendo delegar tal atribuição a outro Ministro.

Questão preliminar é saber se as manifestações tidas como criminosas podem ser consideradas praticadas “*na sede ou em alguma dependência do STF*”, tal qual exige a norma regimental.

O art. 70 do CPP¹ traz como critério principal de fixação de competência o lugar de consumação do crime. E onde teriam se consumados os crimes? Tendo em vista que o objeto da apuração são manifestações em redes sociais que malfeririam a honra do servidor público ou a dignidade do cargo de Ministro, poderíamos enquadrar tais condutas, em tese, como desacato, tipificado no art. 331 do CPB, ou injúria qualificada contra servidor público, crime previsto no art. 140², incidindo a qualificadora prevista no art. 141, III, todos do Código Penal.

Decidiu o STJ no CC 106625/DF que a pluralidade de locais em que a informação injuriosa poderia ser acessada dificultava a determinação do local da infração, estipulando que a competência nesses casos deveria ser firmada de acordo com o local em que se encontra o responsável pela divulgação do texto, pois nessa localidade é que ocorreram as publicações proscritas no tipo penal.

¹ Art.70: A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

² Art. 140 - **Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.**

De forma bem resumida, o entendimento do STJ é no sentido de que o local do crime, para fins de competência, deve ser o local onde foi divulgado o texto. Dessa forma, entendemos que não podemos conceber que as manifestações contra os membros do Supremo podem ser enquadradas como “crime praticado na sede ou dependência do STF”, a não ser na remota hipótese, por exemplo, de alguma manifestação virtual ter sido cometida por um servidor do Supremo dentro da repartição pública, por exemplo.

De toda sorte, entendemos que referida norma do regimento interno do Supremo não passa pelo crivo de constitucionalidade. O art. 129, I³, da Constituição Federal consagra o sistema acusatório no nosso Ordenamento Processual, outorgando privativamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública.

Assim, a Constituição deixa clara que as funções de acusar, defender e julgar devem pertencer a órgãos diversos, buscando estabelecer um sistema de freios e contrapesos entre as instituições que fazem parte do Sistema Penal e evitando uma hipertrofia de poder de determinado órgão. Assim, busca-se resguardar a pedra angular do Judiciário: sua imparcialidade.

Desse modo, temos que o art. 43 do Regimento Interno do STF não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Ao tomar ciência de determinado crime, o magistrado deve encaminhar tais informações ao Ministério Público e à Polícia para que então seja instaurada uma investigação.

Não bastasse isso, o Presidente do STF, na portaria inaugural do inquérito, designou o Ministro Alexandre de Moraes para presidir o Inquérito 4781 sem prévia distribuição, o que viola frontalmente o princípio do juiz natural. Dessa sorte, seria necessária a livre distribuição do inquérito a um dos Ministros da Suprema Corte, não podendo haver um “julgador-investigador” designado sem critérios previamente definidos.

Quanto ao cerne meritório da questão, os crimes apurados teriam sido cometidos contra Ministros do Supremo. Ocorre que o art. 102, I da Constituição Federal traz o foro por prerrogativa de função a crimes cometidos por certas autoridades (desde que relacionados com o exercício funcional), e não contra elas.

Somente a Constituição Federal pode estabelecer casos de foro privilegiado em razão de determinada função, abrindo-se a possibilidade que as Constituições Estaduais

³ **Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

também possam determinar outros casos, nos termos do art. 125, § 1º da Constituição Federal⁴, desde que seja respeitada a simetria entre os cargos a nível federal e local.

O STF (2018, *online*) decidiu recentemente que:

As normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele. (STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018.)

De fato, nosso sistema constitucional traz um rol extenso de agentes públicos que tem direito a foro por prerrogativa de função. Para termos um paralelo, os EUA não têm previsão de foro privilegiado a nenhum agente estatal e a Itália só o prevê para o Presidente da República. Ainda que tenhamos um enorme número de agentes com tal benesse, a Constituição não estendeu a eles quando estiverem em condição de vítimas de um crime, mas tão somente quando forem sujeitos ativos de um delito.

Assim, em crime cometido contra os Ministros do STF, que seriam as vítimas do delito, a competência não é do Supremo, mas da Justiça Federal de 1ª instância. A competência federal se justifica em razão de haver lesão a interesse federal, uma vez que servidores públicos federais foram vítimas delitivas em razão do posto que ocupam ou de atos realizados em razão dos seus cargos.

Diante do cenário descrito, a Procuradoria-Geral da República (PGR) promoveu o arquivamento do Inquérito Policial.

Em se tratando de uma promoção de arquivamento apresentada pela PGR, não há como aplicar o art. 28 do CPP⁵. O Sistema Acusatório seria atingido em cheio e desfigurado caso o Judiciário “avance nesse retrocesso”. Não custa lembrar que a divisão e equilíbrio entra as funções no processo penal é medida que busca resguardar a democracia frente a superpoderes.

Outra hipótese seria, ao fim das investigações, remeter o feito ao Ministério Público Estadual com atribuição territorial para oferecer a denúncia, tendo em vista a manifestação da instância superior do MPF pelo arquivamento do inquérito.

⁴ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

⁵ **Art. 28.** Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Ocorre que, conforme visto, a competência seria da Justiça Federal de primeiro grau, já que violada a honra de servidor público no exercício das suas funções, tal qual entende o STJ em sua súmula 147: “*Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.*” É que as críticas proferidas aos Ministros do STF se dão, em sua maioria, em razão da função judicante por eles exercidas.

Ainda que, em verdadeiro rompimento ao entendimento sumulado e pacífico na jurisprudência citada, o STF entenda que a competência é estadual não faz sentido que o inquérito tramite perante o STF para depois ser remetido à primeira instância. Isso só reforçaria a tese de que o Supremo nunca teve competência para a condução do inquérito e o fez à revelia das regras de competência.

Outra possibilidade é o STF entender que, em verdade, as condutas se amoldam ao tipo penal previsto no art. 140 do Código Penal⁷, ou seja, injúria qualificada pelo fato de ter sido cometida contra servidor público em razão do exercício das funções (art. 141, III do Código Penal), o que desafiaria a legitimidade da vítima para ajuizar a ação penal privada.

Em verdade, a súmula 714 do STF¹ traz a legitimidade concorrente do ofendido e do Ministério Público, mediante representação, para a persecução criminal de crime contra a honra de servidor público cometido em razão de suas funções. Dessa forma, os Ministros vítimas de crime contra a honra têm a faculdade de ajuizar ação penal privada. Seria a única hipótese plausível. Mas isso não restaura a legalidade da investigação em curso.

4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o sistema acusatório, ainda que de forma tímida e ser mencioná-lo de forma expressa, conferindo ao Ministério Público a exclusividade para propor a ação penal pública, consagrando o contraditório e da ampla defesa como uma garantia fundamental e reafirmando a observância da imparcialidade do Poder Judiciário, por meio da previsão do princípio do juiz natural.

¹“É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.”

O sistema acusatório é só uma promessa da nossa Constituição. Cabe a cada ator do sistema de justiça implementá-lo dentro de sua esfera de competência e no dia a dia. Além disso, temos que reler os dispositivos do Código de Processo Penal à luz da Constituição de 1988. Tão importante quanto as mudanças legislativas e interpretativas necessárias à adequação das normas processuais ao que impõe a Constituição é a mudança de postura de cada magistrado, membro do ministério público, delegado, advogado e defensor público quando do exercício das suas funções.

Não podemos esquecer que o Código de Processo Penal foi promulgado em 1941, durante a “Era Vargas”, período da história do Brasil marcado por extremo autoritarismo. A Constituição de 1937 – paradigma constitucional da legislação processual – foi apelidada de “polaca”, exatamente por ser inspirada no modelo fascista polonês, tendo como traços característicos a concentração de poder, suspensão dos direitos políticos e extinção dos partidos. No plano internacional, ondas do nazifascismo nos emanavam um forte sentimento nacionalista e conservador, com perseguição às minorias e àqueles que eram vistos como “inimigos do Estado”.

Como sobredito, o processo penal serve como um termômetro da democracia de determinado país. Esse contexto político interno e externo indubitavelmente trouxe reflexos na criação da nossa legislação processual. Nesse contexto, não há outra saída senão o arquivamento do Inquérito 4781 que tramita perante o STF.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal. 4 ed.** – São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Despachos da Presidenta da República**. 2016. Diário Oficial da União (DOU), pág. 3. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=13/01/2016&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=72>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil . SciELO - Centro Edelstein. Edição do Kindle.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1**. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal , volume 1: parte geral.** 28 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória: doutrina, jurisprudência e legislação.** – Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001.

**Submetido em 25 jun. 2019. Aceito em 1º jul. 2019.*



DIREITO FUNDAMENTA À SEGURANÇA PÚBLICA E O GARANTISMO PENAL

Renata Maria Rocha de Vasconcelos Lucena*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Segurança Pública como uma garantia fundamental; 2.1. Mapa da violência no Brasil; 2.2. De onde extraímos que a segurança pública é uma garantia fundamental? 3. Garantismo penal integral. 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

RESUMO

Há direitos fundamentais expressos e implícitos, quais sejam, aqueles que decorrem do sistema e dos princípios. A segurança pública é uma garantia que decorre de valores constitucionalmente tutelados, como a liberdade de locomoção, a incolumidade física, a propriedade e a vida. Assim, gera direitos subjetivos aos seus titulares e impõe medidas concretas por parte do Poder Público, dentre as quais o dever de estruturar adequadamente os órgãos persecutórios. É certo que a Constituição federal traz um rol de direitos materiais e processuais dos investigados e presos, medidas próprias de um Estado Democrático de Direito. Contudo, os direitos difusos da sociedade, mormente a segurança pública, e os dos ofendidos ostentam igual quilate.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Segurança Pública. Garantismo Penal.

ABSTRACT

There are expressed and implied fundamental rights, namely those that derive from the system and the principles. Public security is a guarantee that stems from constitutionally protected values such as freedom of movement, physical safety, property and life. Thus, it generates subjective rights to its holders and imposes concrete measures by the Government, including the duty to properly structure the persecutory organs. It is true that the federal Constitution brings a list of material and procedural rights of the investigated and imprisoned, proper measures of a Democratic Rule of Law. However, the diffuse rights of society, especially public security, and those of the offended bear equal carat.

Keywords: Fundamental Rights. Public security. Criminal Guarantee.

1 INTRODUÇÃO

A história dos direitos humanos deriva da necessidade de controle do exercício abusivo do poder estatal. Em um segundo momento, constatou-se que não só o Estado

*Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: vasconcelos-renata@hotmail.com.

pode cometer abusos, mas também – e, a depender das circunstâncias, com maior intensidade – os particulares, mormente as grandes corporações. Assim, no nosso Ordenamento Jurídico, os direitos fundamentais são oponíveis tanto ao Estado quanto aos particulares, o que a doutrina chama de eficácia horizontal.

É certo que a Constituição federal reconhece direitos fundamentais implícitos, ainda que não constem no rol do art. 5º ou em outro dispositivo disperso do seu corpo. Nesse sentido, o art. 5º, § 2º da CF diz 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 seja parte.” A segurança pública é, portanto, um direito fundamental que decorre implicitamente do nosso regime constitucional, que garante o direito à vida e à propriedade privada.

O Brasil ostenta números alarmantes de violência, mormente contra grupos minoritários, mulheres, índios e negros. Na contramão de grande parte dos países, nossos índices vêm aumentando. Isso se dá por uma gama de fatores. A ausência de uma política pública de segurança pública estruturada e planejada a nível nacional é um deles.

Insistimos em um combate irracional ao tráfico de drogas. Referido combate tem que ser pensado de forma racional, focando nas grandes organizações criminosas e com implementação de medidas fiscalizatórias em portos e aeroportos, e não nas fronteiras, onde o controle é praticamente impossível. De pouco adianta prender as chamadas “mulas” do tráfico, que acabam sendo recrutadas pelas facções criminosas dentro dos presídios. Gastar energia e mobilizar toda uma estrutura policial para promover a prisão de pequenos traficantes não parece ser a melhor saída. Ao revés, as estruturas de segurança devem investir contra os produtores de droga em larga escala e as lideranças das organizações. É a medida possível dentro de um Estado com limitação de recursos materiais e de pessoal.

Contudo, as instituições precisam legitimar a sua existência, mostrando os resultados de suas ações. De forma intuitiva, sabemos que é mais fácil prender mulas do tráfico e pequenas associações. Com isso, a sociedade tem uma falsa percepção de que está sendo feita uma política de segurança efetiva. E, por outro lado, as instituições aparentam fazer o seu papel de forma eficaz, ostentando números elevados de detenções, denúncias penais e condenações.

Precisamos estruturar melhor as instituições de persecução penal, buscando uma integração entre os órgãos de modo a facilitar o intercâmbio de informações sensíveis. Além disso, é necessária uma modernização da investigação policial, promovendo sua

desburocratização. Por fim, é essencial o respeito à atividade-fim das instituições, de sorte que não é tolerável o aparelhamento ou direcionamento ideológico por parte do governo de ocasião.

Nosso sistema constitucional traz um rol grande de direitos dos investigados e réus. E assim deve ser em um Estado Democrático de Direito, que respeita as garantias processuais e promove uma divisão de funções de acordo com o sistema acusatório, que, por sua vez, tem como elemento essencial o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Ocorre que não só os direitos dos réus merecem tutela, mas também os direitos das vítimas de crimes e os direitos difusos de toda a sociedade. Além disso, a sociedade tem o direito à segurança pública, que se materializa por meio de um sistema estruturado que possa garantir a liberdade de ir e vir, a incolumidade física e a vida da população. Trata-se de garantia fundamental que decorre do sistema de direitos fundamentais e se materializa, dentre outros, pela possibilidade de se buscar os órgãos de persecução e requerer providências.

2 SEGURANÇA PÚBLICA COMO UMA GARANTIA FUNDAMENTAL

Temos que analisar os direitos fundamentais de forma holística. Nossa Constituição federal é plúrima e resguarda diversos valores que muitas vezes colidem. Contudo, a hermenêutica constitucional desenvolveu métodos e técnicas interpretativas para fazer com que os princípios coexistam e sejam aplicados em caso de tensão, sem que um exclua completamente o âmbito de incidência do outro.

Assim, os direitos penais e processuais dos investigados e réus no processo penal devem ser compatibilizado com outros valores caros eleitos pelo constituinte, como a vida, integridade física e o patrimônio. Desses direitos, surge a garantia fundamental à segurança pública adequada e efetiva.

2.1 Mapa da Violência no Brasil

O Brasil é um país extremamente violento. O ano de 2017 foi o que registrou os maiores índices de violência, com 62.605 mil homicídios registrados, dos quais 59% tiveram como vítimas pessoas entre 15 e 19 anos. Passamos por uma fase de transição demográfica em que a população brasileira está envelhecendo, transfigurando nossa pirâmide demográfica no seu ápice.

Para exemplificar, 23% dos jovens brasileiros não trabalham ou estudam, de sorte que as portas do crime lhes são escancaradas. Muitos desses jovens entram em organizações criminosas ligadas ao tráfico de drogas, envolvendo-se em confrontos com a polícia e facções rivais. Além disso, o tráfico de drogas é um crime que quase nunca “anda sozinho”, estando de mãos dadas com tráfico de armas, roubos e outros crimes patrimoniais. Além disso, aproximadamente 75% das vítimas de homicídio em 2017 eram negros ou pardos.

Em 2015, o Brasil ocupou o lamentável *ranking* de 5º lugar como país que mais mata suas mulheres. Somente a Rússia, Guatemala, Colômbia e El Salvador estavam à frente do Brasil nesse pódio de miséria. Verifica-se que 80% desses homicídios ocorreram dentro do próprio lar onde moram.

A escalada de violência contra a mulher é crescente, havendo um aumento de 30% se comparado o número de mortes entre 2007 e 2017, em que a média foi de 13 feminicídios por dia. A cada hora, 536 mulheres é vítima de agressão física. Frise-se que 76,4% das mulheres que sofreram agressão física narraram que o autor da violência foi alguém conhecido, mormente atuais ou ex companheiros ou namorados. Além disso, mulheres pretas sofrem mais agressões do que brancas ou pardas.

Muitas formas de violência moral, psicológica e patrimonial são perpetradas contra as mulheres sem que elas mesmas ou as pessoas ao seu redor se deem conta. Ocorre que a violência segue uma escalada silenciosa, que normalmente começa com um terror psicológico sutil, evoluindo para a agressão física e morte. No primeiro momento, costuma-se dar um caráter privado a esses tipos de violências.

Por outro lado, o perfil do agressor é normalmente uma pessoa sem histórico criminal, com bons antecedentes e aparente boa conduta social. Por tal perfil, muitas vezes não temos noção da sua real periculosidade e o nível de agressão que ele pode causar à esposa ou companheira e filhos. Muitas vezes a necessidade de segregação cautelar do homem decorre não de eventuais antecedentes criminais, mas do inconformismo em relação ao fim da relação amorosa, bem como de manifestações obsessivas e possessivas em torno da mulher. Não se trata de criminoso típico, mas de pessoa que normalmente é visto como um “cidadão de bem” no seio social.

Além disso, é comum haver certa empatia social com tais agressores, cujos atos são comumente amenizados com base em falsos argumentos passionais, o que pretensamente justificaria os atos criminosos. Acerca das nefastas consequências da violência familiar, vejamos (PEREIRA, 2019, p. 3649):

A violência ocorrida no meio familiar traz a quebra da expectativa da família como um porto seguro para se crescer. Expõe todos os membros às mazelas do que pode ser considerado o início ou o incentivo para muitas dificuldades e/ou desequilíbrios na vida adulta. Não por acaso, muitos estudos encaram a parentalidade como a “tarefa mais desafiante e complexa da vida adulta” (ZIGLER, 1995 APUD CALHEIROS, GARRIDO E SANTOS, 2012) o que envolve maturidade, desprendimento, atenção, inteligência de forma a incentivar o crescimento global da criança mas ao mesmo tempo protege-la e assegurará-la de qualquer perigo. A literatura na área da violência infantil indica que a mera exposição à violência doméstica pode ocasionar um impacto negativo, com exibição de sintomas físicos, emocionais, cognitivos e comportamentais, manifestados à curto, médio ou a longo prazo (SANI E CARIDADE, 2013). As evidências científicas também documentam que a exposição a múltiplas vitimizações poderá repercutir-se no ajustamento em diversos domínios (acadêmico, social, interpessoal), sendo importante avaliá-los (SANI E CARIDADE, 2016).

Todos esses dados acima descritos estão contidos no “mapa da violência”, produzido anualmente pelo fórum brasileiro de segurança pública. A estatística só confirma algo que sabemos: vivemos em um país extremamente violento e os grupos minoritários sofrem de forma mais acentuada as consequências da ausência de uma política eficaz de segurança pública.

É certo que a criminalidade também traz um custo econômico, sendo verdadeiro entrave ao desenvolvimento de determinados nichos de mercado. O poder público tem que dispendir vultuosos recursos no sistema penitenciário e, de forma contínua e crescente, promover concursos públicos para preenchimento de cargos policiais, além da necessidade de custeio de tais atividades. Pessoas em vida útil de trabalho são mortas, fazendo com que empresas e órgãos públicos fiquem desfalcados e percam o *know-how* e a *expertise* que muitas vezes foram adquiridos após custos e investimentos. E como é intuitivo, o sistema de saúde é onerado com a necessidade de socorrer pessoas que foram vitimadas pela violência. Em resumo, a criminalidade impacta no desenvolvimento econômico do país e traz enormes custos ao Estado.

Não podemos deixar de lado a discussão em torno da criminalização irracional do tráfico de drogas, que vem fomentando uma verdadeira guerra civil, trazendo mortes de traficantes, moradores de favelas e de honrados policiais.

É certo que o Brasil é um país continental, fazendo fronteira com inúmeros países. O estado do Amazonas, por exemplo, faz fronteira com a Colômbia e Venezuela, dois países que produzem a cocaína em larga escala. Além disso, as fronteiras que nos ligam a tais são “molhadas”, de difícil fiscalização. Mesmo com a presença do Exército brasileiro, Força Nacional de Segurança e da patrulha realizada pela Polícia Federal, o

estado do Amazonas se mostra como uma grande porta de entrada de drogas no país. No estado do Mato Grosso do Sul, o município de Ponta Porã faz fronteira com o Paraguai, outro país produtor de cocaína.

O que se observa, em primeiro lugar, é que a política de fiscalização é falha. Não adianta concentrar tantos esforços nas fronteiras, pois a fiscalização é difícil ou praticamente impossível. Melhor seria incrementar a fiscalização nos portos e aeroportos, locais de escoamento da droga em que é mais viável o Estado exercer seu poder fiscalizatório.

O tráfico de drogas é extremamente lucrativo e isento de tributação. Não se pode fechar os olhos para a existência de um enorme mercado consumidor que, a despeito da proibição legal, consome e continuará consumindo drogas. Não defendemos a liberação indiscriminada de todas as drogas, mas o Brasil deve iniciar um debate sério, utilitarista e racional acerca da guerra travada contra as drogas.

Temos que reconhecer que o atual modelo de combate ao tráfico fracassou. Ao revés, acompanhamos o crescimento de organizações criminosas e o surgimento de novas facções em torno do controle por essa fatia de “mercado”. A solução de simplesmente criminalizar o tráfico e o uso de drogas não vem rendendo bons resultados. Acerca do tema, vejamos a precisa ponderação (BURERGIMAN, 2019, p. 497):

Uma “organização criminosa” do tráfico não é igual a uma empresa, que tem responsáveis legais, endereço fixo e CNPJ. Ela é mais como uma rede conectando indivíduos, cada um deles trabalhando para si próprio. Na verdade, ela é puro capitalismo, sem nenhuma interferência ou regulação do Estado, movida pelo interesse individual de um monte de gente surfando no tsunami da demanda. Essa rede conecta pessoas em lugares diferentes do mundo. Por exemplo, o agricultor na Bolívia – ou na Colômbia, no Marrocos, no Afeganistão –, que vive na dureza, excluído de qualquer economia, plantando só para comer, sem dinheiro para comprar sabonete; aí chega um sujeito simpático, bem vestido, num avião, e oferece um negócio que, como por mágica, ajeita sua vida. Há também o piloto de avião em alguma cidade média do interior, que, para transportar droga, recebe talvez cinquenta vezes mais que num trabalho comum. E, claro, o moleque favelado dos pontos de distribuição, crescido numa família desestruturada, pai ausente porque já estava no tráfico, sem esperança de nada na vida.

O tema é complexo e não poderia ser esgotado neste trabalho, de sorte que a intenção foi somente lançar luzes às questões em torno da violência. De todo modo, é dever do poder público fomentar um modelo de segurança pública que, ao tempo que atua com eficiência para combater o crescente crime organizado e os delitos que

ordinariamente assolam a vida em sociedade, garanta uma participação social na consolidação desse modelo. Acerca do tema (COSTA, 2019):

Na atualidade, com o aumento da criminalidade violenta, a expansão do narcotráfico, do crime organizado e dos grupos paramilitares (milícias), a sociedade civil organizada tem se mobilizado e pressionado o Estado na direção de criar ações políticas de segurança pública que contenham os altos índices de violência. Suas reivindicações oscilam entre uma posição mais conservadora que busca no aumento do efetivo da polícia nas ruas, na instauração da pena de morte, na criminalização dos menores de 16 anos e no endurecimento das leis, a solução para o problema; e uma posição mais contemporizadora que vê no fortalecimento da polícia cidadã, a consolidação dos Conselhos de Segurança Pública (participação social) e políticas públicas que amparem crianças e adolescente, principais autores e vítimas desse processo de fragilização dos laços sociais, a maneira pela qual é possível construir a paz social.

Diante de um cenário de violência generalizada, atendendo ao clamor público, verificamos um recrudescimento no que pertine ao uso da força policial, materializado pelo uso excessivo da força, mortes em confrontos com a polícia e uma política que fomenta um viés autoritário. O uso da força pelo Estado é um termômetro do momento democrático de determinado país, apesar de ser um remédio amargo necessário em muitas hipóteses. Contudo, o poder coercitivo do Estado deve ser exercido sem arbítrios e com base em controles rígidos.

De acordo com o relatório da ONU – mais especificamente do seu Escritório sobre Drogas e Crimes (UNODC) -, o Brasil tem taxa de 30,5 homicídios para cada 100 mil pessoas, a segunda maior da América do Sul, depois da Venezuela, com 56,8. Em dados totais, cerca de 1,2 milhão de pessoas morreram por homicídios dolosos no Brasil entre 1991 e 2017. E essas taxas vêm aumentando exponencialmente: em 2012, o Brasil registou taxa de 26 homicídios para 100 mil habitantes; em 2017, a taxa subiu para 26; hoje, encontra-se em 30,5.

Para termos um parâmetro comparativo, a média global é de 6,1 homicídios para 100 mil habitantes. E essa taxa global vem diminuindo, haja vista que em 1992 havia uma média de 7,2 homicídios para cada 100 mil habitantes. O que se espera é que, com a evolução de padrões civilizatórios, os índices de mortes violentas provocadas por ações criminosas diminuam. Contudo, o Brasil, como vimos, parece estar na contramão do que se espera, haja vista o aumento crescente das taxas de homicídio.

O estudo da UNODC também chegou à conclusão de que 19% de todos os homicídios decorrem de atos cometidos por organizações criminosas. No Brasil, há uma

proliferação de organizações criminosas que atuam no tráfico de drogas, trazendo reflexos no indesejado aumento das taxas de mortes criminosas.

De acordo com o Relatório do Mapa da Violência, sistema integrado de informações penitenciárias e Ministério da Justiça, a polícia judiciária brasileira ostenta índices baixíssimos de investigações eficazes de crimes de homicídio, por exemplo. Somente 6% das investigações chegam à autoria delitiva. Em contrapartida, a polícia inglesa resolve 90% dos casos, a francesa 80% e a norte-americana 65%. Esses dados deixam muito claro que o direito fundamental à segurança pública não vem sendo respeitado.

A polícia judiciária vem falhando em exercer sua função de investigar crimes. Há várias razões para tanto, que passam da baixa qualificação na área de investigação e inteligência policial à falta de investimentos nas técnicas e instrumentos investigativos adequados.

2.2 De onde extraímos que a segurança pública é um direito ou garantia fundamental?

A Constituição federal trouxe um sistema amplo de garantias fundamentais, tanto no plano individual como no coletivo. Os direitos fundamentais formam uma teia de valores que, por imperativo constitucional, devem ser protegidos. O título II da Constituição Federal enumera, de forma não exaustiva, os direitos fundamentais explícitos. Há outros direitos fundamentais dispersos no texto constitucional como, por exemplo, a proteção a um ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Carta.

Além dos direitos fundamentais expressamente discriminados, o art. 5º, § 2º, da Constituição traz uma norma de abertura a novos direitos quando diz 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 seja parte”.

Da leitura do dispositivo, podemos concluir que há direitos fundamentais implícitos. Para reconhecê-los, é necessário verificar sua vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Acerca do tema, socorremo-nos de George Marlmstein (MARLMENSTEIN, 2019, p. 214):

Não é necessário que o direito fundamental esteja expressamente escrito na Constituição. Basta que ele possa ser, de alguma forma, extraído do espírito constitucional. Pode-se citar, a título ilustrativo, o direito ao sigilo bancário. Não há no texto constitucional nenhum dispositivo que proteja de forma clara o sigilo de dados bancários. Mesmo assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, inclusive do STF, consideram que a garantia desse sigilo constitui verdadeiro direito fundamental decorrente do artigo 5o, inc. X, 1 já que visa preservar a “esfera de intimidade financeira das pessoas. Ainda no mesmo sentido, pode-se mencionar o direito à proteção do local de trabalho contra invasões arbitrárias de agentes públicos, que, por interpretação jurisprudencial, decorre do art. 5o, inc. XI, 3 da Constituição de 88, conforme já visto.

Defendemos que a segurança pública é um direito fundamental que decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição federal.

O artigo 144 da Constituição federal traz ao Estado o dever de promover a segurança, evitando a prática de condutas criminosas, promovendo a apuração efetiva dos crimes e realização à punição dos responsáveis. Esse dever de segurança traz, por outro lado, um direito fundamental para os destinatários da atuação estatal. No mesmo sentido, Baltazar Júnior (2010, p. 189) defende que “o dever estatal de garantir segurança dos cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado”.

Assim, o direito fundamental à segurança pública decorre da proteção constitucional que se confere à vida, integridade física, liberdade de locomoção e propriedade. Toda pessoa é livre para se locomover no território nacional em tempos de paz. Se por um lado é necessário limitar o abuso de poder por parte do Estado vedando-se prisões arbitrárias, de outro temos que garantir a livre e seguro fluxo de pessoas no território estatal. Há riscos inerentes e a segurança pública, por óbvio, não terá como assegurar a incolumidade plena da população, o que seria impensável mesmo em países de primeiro mundo. Contudo, a sociedade tem o direito de ter a proteção do Estado por meio da existência efetiva de órgãos de segurança pública que possam realizar seu papel a contento.

3 GARANTISMO PENAL INTEGRAL

É necessário que se protejam os direitos individuais dos investigados e réus em processos penais, pois trata-se de marco civilizatório necessário. Assim, um investigado ou réu tem os seguintes direitos, todos previstos na Constituição federal: a) não é obrigado a produzir prova contra si mesmo; b) tem o direito de permanecer em silêncio sem que isso seja interpretado em seu desfavor; c) o réu tem o direito de ser julgado por

um juiz imparcial; d) o juiz da causa não pode ser designado especificamente para tratar de determinado processo, de sorte que devem ser observadas regras prévias de distribuição; e) são facultados 4 (quatro) graus recursais para, observados os pressupostos previstos na lei processual, rever as decisões judiciais proferidas em seu desfavor; f) prescrição da pretensão punitiva e executiva, levando à extinção da punibilidade quando o Estado não consegue condenar ou iniciar a execução da pena dentro dos marcos temporais previstos na lei; g) julgamento do processo dentro de uma duração razoável, de sorte que o Estado deve dar uma resposta célere; h) presunção de inocência, segundo a qual um réu só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória; i) respeito à ampla defesa e ao contraditório, de modo a garantir que o réu possa ter ciência de todos os atos processuais (ressalvados os sigilosos, enquanto o sigilo perdurar) e, assim, tenha como influenciar na prolação da decisão judicial; j) nos julgamentos do Tribunal do Júri, é garantida a plenitude da defesa, princípio de maior espectro do que a ampla defesa.

A Constituição federal de 1988 prevê o sistema acusatório, mesmo que de forma tímida e sem positivá-lo de forma expressa e clara, conferindo ao Ministério Público a exclusividade para propor a ação penal pública, elegendo o contraditório e da ampla defesa como garantias fundamentais e afirmando a necessidade da observância da imparcialidade do Poder Judiciário. Assim, o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados e réus – que não devem mais ser vistos como objetos de uma investigação ou processo, mas como sujeitos de direitos - é consectário necessário do sistema acusatório.

Todos esses direitos fazem parte de um marco em que se pretende estabelecer um sistema penal acusatório, superando o ranço inquisitivo que permeia ainda nossa legislação penal e processual. Dessa sorte, todos os dispositivos infraconstitucionais devem ser relidos sob a ótica de todas essas garantias acima listadas.

O artigo 21 do CPP traz que “incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.” Referido dispositivo ainda está formalmente em vigor na nossa ordem jurídica. Ocorre que a incomunicabilidade de pessoa investigada não passa pelo crivo das garantias asseguradas pela Constituição federal, que prevê o princípio da presunção de inocência e a necessidade de que toda prisão seja decretada pela autoridade judicial competente.

Contudo, há uma pleite de direitos que têm o mesmo peso constitucional. Observa-se que a Constituição protegeu os direitos individuais dos investigados e réus - os chamados direitos de primeira geração -, mas não teve a mesma preocupação com valores coletivos de igual quilate, o que gerou uma desproteção sistêmica da sociedade. Há inúmeros deveres constitucionais que merecem a mesma tutela estatal, dentre os quais a segurança pública. É necessário que, por meio da hermenêutica holística, busquemos a garantia de todos os direitos e deveres fundamentais.

O interesse do Estado não é de proteger apenas os direitos dos acusados a qualquer preço, de sorte que há o desejo social de que os crimes sejam elucidados e os transgressores devidamente punidos. A acusação penal é elemento essencial para alcançar a paz social. Punir é civilizatório. Mesmo em estruturas sociais desenvolvidas e com altos índices de desenvolvimento econômico e social há um sistema punitivo estruturado. O que dizer do Brasil, marcado pela pobreza, falta de oportunidade e impunidade? Assim, devemos buscar um equilíbrio entre direitos e obrigações do indivíduo e da sociedade.

Nosso ordenamento jurídico, por exemplo, não pune o réu que, de forma livre e consciente, formula mentiras em seu interrogatório policial ou judicial. Diferentemente, os Estados Unidos da América penaliza tal conduta, já que lá há o crime de perjúrio.

Há quem invoque que, como derivação do direito ao silêncio e à vedação à autoincriminação, existiria um suposto direito do réu de mentir. Não compactuamos com a existência de tal garantia. O Direito não pode albergar condutas deliberadamente antiéticas, já que toda norma jurídica traz em si um conteúdo valorativo. O Estado não pode criar um direito legal consubstanciado na mentira, mormente quando tal conduta traz prejuízos à elucidação dos fatos que são postos no processo penal. Acerca do tema, colacionamos as seguintes ponderações (MENDONÇA, 2011, p.194):

Parece-nos, assim, que se o juiz constatar que o réu mentiu, poderá considerar tal circunstância no momento da pena. Não é que se esteja estimulando a confessar – até porque para isto já há uma circunstância atenuante genérica -, mas apenas negando que ao juiz e ao Poder Judiciário possa se admitir que o réu venha em juízo e, perante um agente do Estado, possa mentir livremente, como se isto fosse algo normal e aceitável, como se entende atualmente.

É verdade que a conduta do réu que mente em seu interrogatório policial ou judicial é atípica, pois não há lei penal a prevendo como criminosa. Também sabemos que o réu ou investigado podem se valer do direito ao silêncio sem que isso possa ser usado como meio de prova para sustentar uma condenação. Contudo, caso o Poder Legislativo

resolva criminalizar a conduta de réus que mentem, referida lei será perfeitamente constitucional. A questão é mais semântica do que jurídica: direito de ficar em silêncio não se confunde com o direito de mentir e enganar os atores processuais. E o réu não precisa mentir para exercer o seu direito constitucional ao silêncio.

É certo que o Estado não pode coagir o réu a falar, mas nossa legislação traz estímulos positivos para aquele que resolve colaborar com a justiça e confessa os crimes que cometeu. Assim, o art. 65, inciso III, alínea “d” do CP estabelece que a confissão atenua a pena. O réu que confessa está colaborando com o Estado, de sorte que merece ter uma pena mais branda. Nesses termos, a súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) preconiza que *“quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal.”*

O art. 65 do Código Penal afirma que a confissão é circunstância que sempre atenua a pena. Ocorre que nem sempre a confissão traz este efeito jurídico. Caso o réu seja condenado à pena mínima prevista para o delito, o juiz não poderá atenuar a pena fixada, ainda que tenha havido confissão delitiva. A Súmula 231 do STJ corrobora com esse entendimento ao afirmar que *“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”*

Há divergência jurisprudencial acerca da incidência do benefício da atenuante da confissão qualificada, qual seja, aquela em que o réu assume a prática do crime, mas tenta justificá-la sob algum argumento de exclusão de ilicitude ou da culpabilidade. O STJ entende que, se essa confissão, ainda que qualificada, for utilizada como fundamento para a condenação, será aplicável a redução da pena, tal qual decidido no AgRg no REsp 1.198.354-ES. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no HC 119671 pela não incidência da benesse legal na hipótese. Filiamo-nos ao entendimento do STF por entendermos que o Estado não deve premiar condutas antiéticas. Além disso, uma confissão qualificada acaba comprometendo todo o arcabouço probatório produzido.

Espera-se que a confissão seja completa e sirva para elucidar os fatos criminosos. Contudo, ainda que a confissão seja parcial e o juiz venha utilizá-la como fundamento para condenar um réu, prevalece no STJ que se deve aplicar a atenuante legal, tal qual decidido no HC 217.683/SP. Além disso, ainda que já tenham outras provas nos autos que por si só possam embasar uma condenação, o réu que vier a confessar deve ter sua pena reduzida. Trata-se de medida premial outorgada ao réu que promove sua autodefesa de forma ética e proba.

Vimos que, de um lado, a legislação é benevolente com réu ou investigado que confessa parcialmente um fato criminoso, ou que confessa, mas, logo em seguida, levanta uma matéria de defesa que excluiria a ilicitude de sua conduta ou a culpabilidade (confissão qualificada). Ocorre que a lei processual não admite a suficiência da confissão nos crimes que deixam vestígios. O art. 158 do CPP diz que, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Ainda que não seja crime, a mentira deve gerar consequências jurídicas negativas. Em caso de condenação, o juiz deve aumentar a pena-base, tendo em vista que quem de forma deliberada mente em frente da figura do Estado-Juiz e Estado-Acusador revela traços negativos de sua personalidade, devendo tal circunstância prevista no art. 59 do Código Penal ser valorada negativamente.

Repelindo mais uma vez comportamentos inadequados por parte do réu, o STF decidiu no RE 640139 que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente, nos termos do art. 307 do CP. É que havia uma discussão anteriormente travada acerca de um suposto direito de o réu de se apresentar como terceira pessoa, tudo isso em decorrência do direito ao silêncio.

Já houve quem defendesse a suposta existência a um direito à fuga. No HC 101.981/SP o ministro do STF Dias Toffoli, em 2011, decidiu que a fuga do réu do distrito da culpa é um fato irrelevante para a decretação de uma prisão preventiva. Mais do que isso, consta na decisão que “em situações excepcionalíssimas, é legítima a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal.” Ou seja, se o réu achar que aquela ordem de prisão é ilegal, poderia fugir. No mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio decidiu no RHC n. 84.851/BA:

O simples fato de o acusado ter deixado o distrito da culpa, fugindo, não é de molde a respaldar o afastamento do direito ao relaxamento da prisão preventiva por excesso de prazo. A fuga é um direito natural dos que se sentem, por isto ou por aquilo, alvo de um ato discrepante da ordem jurídica, pouco importando a improcedência dessa visão, longe ficando de afastar o instituto do excesso de prazo

A decisão fala no direito natural de fuga. Ou seja, desde o seu nascimento, o réu teria um direito imanente e intrínseco de fugir de uma prisão derivada de uma decisão

judicial fundamentada e proferida por autoridade competente. Com o devido respeito, existe uma universalidade de recursos processuais disponíveis pelos quais pode ser levada a diversas instâncias a análise da legalidade de uma prisão, além do instrumento constitucional do habeas corpus.

Em decisão proferida no HC 129.936/SP, em 31 de maio de 2016, o ministro Dias Toffoli parece ter mudado de entendimento e decidiu que o direito à liberdade é relativo, de sorte que o réu tem que se submeter às consequências jurídicas do crime, negando a existência do direito à fuga e considerando tal conduta um ato ilícito. Colacionamos, por oportuno, trecho da decisão:

Nesse diapasão, se existe para o preso o dever de se submeter às consequências jurídicas do crime, não há como se lhe reconhecer o direito à fuga. Tanto isso é verdade que, embora a fuga sem violência não constitua crime por parte do preso, constitui ela falta grave (art. 50, III, da Lei nº 7.210/84), que o sujeita, além das penas disciplinares de advertência, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento e inclusão no regime disciplinar diferenciado, à regressão de regime e à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido (arts. 53; 118, I, e 127, I, todos da Lei nº 7.210/84). Nesse diapasão, ainda que desprovida de violência contra a pessoa, a fuga do preso definitivo ou provisório – que também se sujeita à Lei de Execução Penal, por força de seu art. 2º, parágrafo único – constitui ato ilícito, com reflexos sancionatórios nos direitos do preso e na própria execução da pena.

A decisão acerca da legalidade da prisão não pode ficar sob o crivo do preso, até porque não somos bons juízes de nós mesmo. Dificilmente um preso reconhecerá a justiça da decisão que o segregou. O Poder Judiciário tem, dentre outras, a função de analisar a legalidade da prisão, incumbência que não é do réu ou investigado preso. Não há como negar que há várias prisões ilegais e com excesso de prazo Brasil afora, o que merece uma análise crítica. Mas daí não podemos extrair um direito fundamental ou natural à fuga.

O tema foi rediscutido em 2018 pelo STF no Recurso Extraordinário 971959 em que foi considerado constitucional o art. 305 do Código de Trânsito, que tipifica como crime a fuga de local do acidente. A maioria dos ministros entendeu que a norma não viola a garantia de não autoincriminação, prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição federal. A defesa técnica alegou que a simples presença no local do acidente representaria violação da garantia de não autoincriminação, uma vez que ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

Contudo, prevaleceu o entendimento de que a fuga do local do acidente é ato que malfez a administração da justiça, uma vez que impede ou dificulta a identificação do infrator e a apuração do ilícito nas esferas penal e civil.

Por fim, o direito à não autoincriminação não pode ser interpretado como direito do suspeito ou acusado a não participar de determinadas medidas de cunho probatório. No julgamento, ponderou o ministro Luis Roberto Barroso que “se estendermos o direito à não autoincriminação à possibilidade de fuga, sem atenção à vítima ou a danos, estaríamos estimulando um comportamento de falta de solidariedade e de irresponsabilidade”.

4 CONCLUSÃO

A segurança pública é uma garantia fundamental da população. Os direitos materiais e processuais de investigados e réus não têm um peso maior do que aqueles conferidos às vítimas de crimes. É necessária uma interpretação holística dos direitos fundamentais de sorte a evitar que um não venha a excluir ou reduzir o âmbito de incidência do outro.

É plenamente possível respeitar simultaneamente os direitos do ofendido e do réu. Ocorre que o próprio tratamento constitucional e legislativo já traz um desequilíbrio. Enquanto a Constituição federal traz um grande rol de direitos do réu, somente fala da vítima quando trata da legitimidade da ação penal privada subsidiária da pública, cabível quando há omissão do Ministério Público. No mesmo sentido, o Código de Processo Penal parece ter colocado a vítima em uma posição subalterna e de quase invisibilidade, ao passo que traz inúmeras garantias processuais ao denunciado.

A jurisprudência dos tribunais superiores, em interpretação elástica dos direitos fundamentais dos réus e sob o fundamento de um pretense garantismo penal, já chegou a reconhecer o direito fundamental (ou natural) à fuga, o direito de mentir no processo penal e o de se apresentar falsamente às autoridades policiais. Ocorre que o direito não pode tutelar condutas antiéticas. E a liberdade não é um direito fundamental absoluto, podendo ser restringido em casos específicos pela autoridade competente. O Estado brasileiro ostenta números alarmantes e crescente de violência. A população tem o seu direito de ir e vir tolhido pelo caos da violência urbana e rural.

Com uma política racional de combate à criminalidade e com a devida estruturação dos órgãos de persecução penal, é possível diminuir os índices de violência.

Também não é tolerável o aparelhamento burocrático ou ideológico das instituições deve ser repellido.

O crime é multifatorial, de sorte que, paralelamente a tais medidas, é necessário investimentos em políticas públicas de educação e de inserção dos jovens no mercado de trabalho. O Estado falhou e a criança sem estudos, educação e oportunidade de ontem se tornou um adulto criminoso. Não acreditamos em um determinismo social, que criminaliza a pobreza e faz uma ligação consequencial cega entre pobreza e crime. Em verdade, há índices alarmantes de crimes tributários, contra a Administração Pública e de colarinho branco cometido pelas pessoas que ocupam o alto estamento social da nossa população, ostentando também altos índices de reincidência delitiva. Mas não há como negar o vínculo entre os crimes violentos – mormente os patrimoniais, como o roubo e latrocínio – e a pobreza.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BURGIERMAN, Denis Russo. **O Fim da Guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas**. Leya. *E-book*.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Local: Ed. Saraiva, ano de publicação.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. Atlas. *E-book*.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. 2. Ed. Salvador: Método, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória: doutrina, jurisprudência e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos**. Claris Editora. *E-book*.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento.** Cortez Editora. *E-book*.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais:** estudos de direito constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

**Submetido em 21 ago. 2019. Aceito em 31 ago. 2019.*



DIREITO AO RESPEITO: UM BREVE ENSAIO SOBRE O SURGIMENTO DA 7ª GERAÇÃO OU DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sérgio Assunção Rodrigues Júnior*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Antecedentes Históricos; 3. Gerações ou Dimensões?; 4. Tipos de Gerações ou Dimensões; 4.1. Primeira Geração ou Dimensão; 4.2. Segunda Geração ou Dimensão; 4.3. Terceira Geração ou Dimensão; 4.4. Quarta Geração ou Dimensão; 4.5. Quinta Geração ou Dimensão; 4.6. Sexta Geração ou Dimensão; 5. O Surgimento da Sétima Geração ou Dimensão (Direito ao Respeito); 5.1. Breves Considerações; 5.2. Direito ao Respeito no Plano Internacional; 5.2.1. Direito ao Respeito na Convenção Americana de Direitos Humanos; 5.2.2. Direito ao Respeito no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos; 5.2.3. Direito ao Respeito no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 6. Conclusão; 7. Referências.

RESUMO

O presente trabalho estudou o direito ao respeito, inserido na sétima dimensão ou geração de direitos fundamentais, analisando a importância do fornecimento a esse direito de uma autonomia que lhe permitisse se distinguir dos demais. O artigo realiza uma análise descritiva sobre todas as gerações ou dimensões, demonstrando o que cada doutrina entende sobre o tema, trazendo inclusive as divergências na quarta e quinta dimensão ou geração. Após essa análise das seis dimensões, inicia-se a abordagem da sétima, que prega o respeito a todos os direitos, com fito de evitar conflitos, desde os menores até os de grande escala. Dessa forma, através de pesquisas qualitativas e quantitativas, exploratórias, bibliográficas, diplomas internacionais de direitos humanos, baseando-se também na contemporaneidade, pretende-se aqui trazer uma nova dimensão dos direitos fundamentais, de modo a conferir autonomia a esse direito, dando-lhe protagonismo, neste momento em que o mundo se encontra tão polarizado, de forma que torna qualquer conflito um intermediador para um desrespeito a qualquer direito.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Direito ao Respeito. Sétima Dimensão. Sétima Geração. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present study studied the right to respect, inserted in the seventh dimension or generation of fundamental rights, analyzing the importance of providing this right, with an autonomy that allowed it to be distinguished from the others. The article performs a descriptive analysis on all the generations or dimensions, demonstrating what each

* Advogado, Professor de Direitos Humanos, Mestrando em Ciência Jurídica Forense pela Universidade Portucalense (2018 – 2020), Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Transformação Social” (UNESA), Pós Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela UNESA (2018 – 2020), Pós Graduando em Direito Desportivo pela UCAM (2018 – 2020), Pós Graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (2017). E-mail: sergioassuncaoalmeida@gmail.com.

doctrine understands about the subject, bringing even the differences in the fourth and fifth dimension or generation. After this analysis of the six dimensions, the seventh approach begins, which preaches respect for all rights, in order to avoid conflicts, from the smallest to the large scale. In this way, through qualitative and quantitative research, exploratory, bibliographical, international human rights diplomas, based on contemporaneity, it is intended here to bring a new dimension of fundamental rights, in order to grant autonomy to this right, giving it protagonism, at a time when the world is so polarized, in a way that makes any conflict an intermediary for a disrespect to any right.

Key Words: Fundamental rights. Right to Respect. Seventh Dimension. Seventh Generation. Rights.

1 INTRODUÇÃO

A Sociedade atualmente está vivenciando intensos conflitos, que geram uma grande polarização de ideias, separando as pessoas por grupos referentes ao que cada um acredita.

Essa segregação que ocorre devido ao pensamento de cada um é uma consequência decorrente da violação do direito ao respeito, seja ele com relação a etnia, raça, religião, clube de futebol, escola de samba e até mesmo partido político.

A falta de respeito de uma pessoa para com a outra gera o questionamento, se não seria necessário que esse direito ao respeito fosse tratado de forma autônoma pelos juristas. Com base nisso, esta pesquisa tem o intuito de trazer a autonomia merecida a esse direito, classificando-o como um direito fundamental de sétima dimensão ou geração.

Tal ideia vem com intuito de conferir maior visibilidade para esse direito, de modo que tanto as pessoas quanto os entes governantes tenham ciência de que o respeito é importante e merece ser posto em prática, pois o que se percebe é que as pessoas não detêm mais respeito pelo outro, apenas querendo que a sua ideia seja a prevalecente, sem respeitar a do próximo, o que muitas vezes gera a intolerância, seguida do ódio.

Em uma sociedade plural, que detém diversas raças, religiões e gostos pelas mais diversas coisas, não podemos aceitar que o respeito seja deixado de lado, pois este é a base da igualdade. Para tratarmos o outro com igualdade, primeiramente temos que respeitar essa pessoa, enquanto sujeita de direitos e deveres, independentemente da sua religião e seus gostos, mesmo que não seja a sua, pois o direito ao respeito é corolário da dignidade da pessoa humana, o que confere de fato um equilíbrio humanizador.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Karel Vasak (1982), jurista de nacionalidade francesa, foi o responsável pelo lançamento da ‘teoria das gerações dos direitos’, na Conferência realizada no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979, afirmando que os direitos humanos se dividiriam em três gerações, com características específicas para cada um.

Nessa conferência, Vasak associou cada “geração” a uma expressão referência da Revolução Francesa, que é a liberdade [primeira], igualdade [segunda] e fraternidade ou solidariedade social [terceira] (RAMOS, 2018, p. 60).

3 GERAÇÕES OU DIMENSÕES?

É importante que se fale que há uma intensa discussão sobre qual nomenclatura se deve adotar, ou seja, se gerações ou dimensões.

Quanto a esse dilema, o Supremo Tribunal Federal no MS 22.164, cujo Relator fora o ministro Celso de Mello, utilizou a nomenclatura advinda da teoria geracional, afirmando que (MORAES, 2018, p. 69):

[...] os direitos de primeira geração, compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda, acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Inobstante o STF utilizar a nomenclatura “gerações”, é importante que ressaltemos as críticas advindas a esta, por algumas razões, que serão expostas abaixo (RAMOS, 2018, p. 61-62).

A primeira justificativa é que o termo “gerações” transmite uma ideia de substituição de uma geração pela outra, fato que não há como concordar, pois esses direitos não se sucedem, e sim se complementam, tendo uma constante interação.

Uma segunda razão se encontra na ideia de que a opção por nomear em gerações pode trazer a ideia de que um direito é mais antigo ou posterior ao outro, o que não é verídico, pois no direito internacional os direitos sociais foram expostos em convenções internacionais em decorrência da Organização Internacional do Trabalho em 1919, ou

seja, antes dos tratados internacionais que surgiram após a 2ª Guerra Mundial.

Tem-se uma terceira justificativa para essa crítica, que aborda o fato de que o termo “gerações” fragmenta os direitos e ofende a indivisibilidade, podendo ser citado, como exemplo, alguns países que protegem de forma demasiada os direitos individuais e ficam na inércia no tocante aos direitos sociais.

Com base nessas exposições, temos doutrinadores que optam pela utilização do termo “dimensões”, ao invés de “gerações”.

É importante ressaltar que concordamos com a parte da doutrina que opta pela utilização da nomenclatura “dimensões”, pois a justificativa da complementariedade de um direito ao outro, nos parece mais adequada. Contudo, iremos sempre denominar de “gerações ou dimensões”, respeitando assim, todas as posições.

4 TIPOS DE GERAÇÕES OU DIMENSÕES

Segundo Rodrigo Padilha (2018, p. 371), os direitos fundamentais tradicionalmente se dividem em três dimensões, sendo que cada uma destas foi construída e conquistada em determinado momento histórico, motivo pelo qual alguns doutrinadores chamam de “geração”. Contudo, Padilha, afirma que este termo pode induzir ao erro que já abordamos acima, que é o de sucessão de uma para outra, o que não é real, pois na realidade cada direito acresce ao outro.

Inobstante o posicionamento acima citado, iremos elencar todas as gerações ou dimensões conhecidas, até a sexta, de modo a tornar a pesquisa, a mais expositiva possível.

4.1 Primeira Geração ou Dimensão

A primeira geração ou dimensão de direitos aborda os denominados direitos de liberdade (liberdade, igualdade, intimidade, propriedade e segurança), que em tese são direitos negativos, ou seja, que o Estado não deve se intrometer, protegendo assim a autonomia do indivíduo.

Afirmamos que é “em tese”, pois também há um lado positivo de atuação do Estado, tal qual o de se exigir ações do mesmo para garantia da segurança pública e administração da justiça, por exemplo.

Como os direitos de primeira geração ou dimensão delimitam o espaço de liberdade e ao mesmo tempo estruturam o modo de organização do Estado e do seu poder, os direitos de primeira geração são classificados como os direitos civis e políticos, razão pela qual são conhecidos como direitos individuais (RAMOS, 2018, p. 59-60).

André de Carvalho Ramos (2018, p. 60) afirma ainda que há alguns marcos para essa dimensão, tais quais as revoluções liberais do século XVIII na Europa e Estados Unidos, revoluções essas que tinham intuito de restringir o poder absoluto do monarca, trazendo limites à ação estatal.

Rodrigo Padilha (2018, p. 372) afirma que pode ser citado como antecedentes históricos dessa primeira dimensão, a Magna Carta Libertatum de 1215, Petition of Right de 1628, Habeas corpus Amendment Act de 1679, Bill of Rights de 1688, Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, e até a Revolução Francesa, que impôs restrições ao Estado para viabilizar o surgimento da primeira dimensão.

4.2 Segunda Geração ou Dimensão

A segunda geração ou dimensão de direitos humanos exige do ente estatal um papel ativo, no sentido de promover e assegurar os direitos sociais.

Os direitos sociais (saúde, previdência social, habitação), segundo André de Carvalho Ramos (2018, p. 60), são titularizados pelos indivíduos e podem ser oponíveis ao Estado, de modo que este garanta a todos, e principalmente àqueles mais necessitados, que esses direitos sejam de fato respeitados.

Esses direitos de segunda geração ou dimensão advêm das lutas sociais que ocorreram na Europa e Américas, tais quais a Constituição Mexicana de 1917, que trouxe a regulamentação do direito ao trabalho e previdência social, e a Constituição Alemã de Weimar de 1919, que esboçou os deveres de proteção pelo Estado aos direitos sociais (RAMOS, 2018, p. 60).

4.3 Terceira Geração ou Dimensão

No tocante aos direitos de terceira geração ou dimensão, estes trazem a realidade fática, os princípios da solidariedade e da fraternidade, atribuindo para todas as formações sociais, protegendo os interesses de titularidade coletiva ou difusa, cabendo ao Estado e à própria coletividade a incumbência de defender e preservar, em benefício das

presentes e futuras gerações, esses direitos de titularidade coletiva e de caráter transindividual (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 146).

Esses doutrinadores citam como exemplo desses direitos: “aqueles que assistem a todo o gênero humano, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade, ao progresso e desenvolvimento, entre outros” (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 146).

Para André de Carvalho Ramos (2018, p. 60-61), esses direitos são aqueles de titularidade da comunidade, tais como: o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado.

Esse doutrinador, afirma que esses direitos são denominados como direitos de solidariedade, sendo oriundos da vinculação do homem ao planeta, que detém recursos finitos com uma divisão desigual de riquezas em verdadeiros e ameaças concretas à sobrevivência humana (RAMOS, 2018, p. 60-61).

4.4 Quarta Geração ou Dimensão

Segundo a doutrina de Ramos (2018, p. 61), Paulo Bonavides defende o nascimento de uma quarta geração de direitos humanos, que advém do resultado da globalização dos direitos humanos, correlacionando aos direitos de participação democrática, direito ao pluralismo, bioética e limites à manipulação genética, incutidos na defesa da dignidade da pessoa humana contra abusos de pessoas ou do próprio Estado.

Norberto Bobbio (1992, p. 6), afirma que esta quarta dimensão, decorre dos avanços no campo da engenharia genética, quando colocam em risco a própria existência humana, em decorrência da manipulação do patrimônio genético.

Segundo os dizeres de Bobbio (1992, p. 6): “já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Por outro lado, Paulo Bonavides (*apud* LENZA, 2018, p. 1294) afirma que:

[...] a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”, destacando-se os direitos a: democracia (direta); informação; pluralismo. Assim, para Bonavides, os direitos da 4.^a

dimensão decorrem da globalização dos direitos fundamentais, o que significa universalizá-los no campo institucional.

Ingo Sarlet (2007, p. 51) por sua vez, afirma com veemência, que:

[...] a proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

4.5 Quinta Geração ou Dimensão

Paulo Bonavides (2010, p. 569) afirma ainda que existe uma quinta geração, que seria composta pelo direito à paz em toda a humanidade, direito esse que segundo Vasak, é de terceira geração.

É importante mencionar que Paulo Bonavides (2017, p. 593) entende que o direito à paz deve ser tratado de forma autônoma, afirmando ainda que a paz é axioma da democracia participativa, ou ainda, supremo direito da humanidade.

Com base nisso, a doutrina de Rodrigo Padilha, abordando o pensamento de Augusto Zimmermann, no tocante aos direitos de quinta geração ou dimensão, aponta para uma preocupação do direito, que são as questões inerentes ao universo virtual, de modo que, para ele, a quinta dimensão é apontada como o direito cibernético, o que engloba tutela de software, direito autoral pela internet e proteção dos crimes virtuais (PADILHA, 2018, p. 373).

É válido mencionar, que Rodrigo Padilha (2018, p. 413) afirma ainda (nota de rodapé 15) que José Adércio Leite Sampaio entende que o direito a quinta geração ou dimensão seria o direito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida, pois estas determinam o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado.

4.6 Sexta Geração ou Dimensão

Quanto à sexta geração ou dimensão, Zulmar Fachin (2010) afirma em um artigo que o direito a ser tratado nesta seria o direito de acesso à água potável, que permita a vida, tendo em vista que atualmente, detemos problemas sérios em relação a água e

energia elétrica. Afirma, ainda, que só existe vida em decorrência da água.

Contudo, segundo Rodrigo Padilha (2018, p. 373), para alguns doutrinadores, essa geração ou dimensão teria como escopo abordar o direito de buscar a felicidade, afirmação esta que Padilha não concorda, em razão de esse direito já haver sido disposto por Thomas Jefferson na declaração de independência dos Estados Unidos de 04 de junho de 1776, fato que por si só significa que ela já existia entre nós, antes mesmo da primeira geração, segundo Paulo Bonavides (2003, p. 571).

5 O SURGIMENTO DA SÉTIMA GERAÇÃO OU DIMENSÃO (O DIREITO AO RESPEITO)

5.1 Breves Considerações

Diante do exposto, é importante mencionarmos que detemos uma opinião de que é importante, que exista uma sétima dimensão dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos, qual seja o direito ao respeito.

Embora inicialmente possa se entender que esse direito se encontra incluso no direito à liberdade (primeira geração ou dimensão) ou até mesmo no direito à igualdade (segunda geração ou dimensão), entendemos que é necessária a menção a esse direito em sua própria particularidade.

É notório os conflitos atuais no mundo, com casos em que as pessoas não detém mais respeito pela outra, tanto nas expressões, assim como pelo que elas são ou fazem (profissão, raça, religião e partidos políticos), podem gerar discussões, conflitos e até mesmo guerras.

Os fatos atuais demonstram que é necessário abordar o direito ao respeito como direito autônomo, como circunstância que deve ter sua própria tutela, de modo a conferir proteção, para se evitar violações, como já exposto.

É importante ressaltar que o respeito é uma base sólida pra convivência do ser humano, pois este precisa das relações interpessoais para poder “viver” seu dia a dia.

Quando nos deparamos com a necessidade de tutelar tal direito de forma autônoma, isso decorre da percepção de que não se há mais respeito perante o outro, fato que faz com que nós tenhamos que buscar alterações nessas atitudes, tanto da população quanto dos próprios entes governantes, por meio da consagração do direito ao respeito como geração ou dimensão autônoma.

A partir do momento em que percebemos que a sociedade atual, está impregnada de racismo, machismo, homofobia, transfobia, misoginia, assim como ódio a determinadas religiões, determinados partidos políticos, clubes de futebol e escolas de samba, podemos detectar, que a intolerância está sendo uma realidade fática do nosso mundo, o que só faz gerar mais conflitos.

Ao perceber esse grave incidente de cunho mundial, no qual o ódio é que prevalece, em vez do bom tratamento, entendemos que é necessário tratar o respeito como direito de sétima geração ou dimensão, de modo que se reconheça e que seja conferida uma maior importância a esse bem jurídico, para que seja protegido e preservado, dando-lhe validade formal e material, relacionando todos a esta obrigação, que é a de respeitar e não odiar, por quaisquer motivos que possam existir.

Como fundamentação para nossa argumentação, é cabível informar que entendemos que o direito ao respeito se encontra lastreado em diversas ramificações na nossa Carta Magna, tal qual, o Artigo 3º, inciso IV, que afirma que é objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Quando esse dispositivo afirma que é objetivo promover o bem de todos, sem quaisquer discriminações, ele está afirmando que deve se haver o direito ao respeito, devendo ser ressaltado que, como o que está sendo abordado é um “objetivo”, entende-se que o respeito não é realidade na nossa sociedade, pois tudo aquilo que é objetivo, é algo que se tende a perseguir, alcançar, ou seja, que não existe. Com base nisso, o poder constituinte, ao elaborar a Carta Magna, trouxe o intuito de conferir o direito ao respeito sua própria importância.

Um outro exemplo de direito ao respeito que consta na nossa Carta Magna se encontra no tocante à crença religiosa, pois o Art. 5º, no inciso VI, afirma que é inviolável a liberdade de consciência e de crença e já no inciso VIII determina que ninguém será privado de direitos por razões de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, o que ao nossos entender é um ótimo de exemplo de respeito as diferenças, configurando o direito ao respeito em larga escala.

Conforme bem já dissemos, temos ciência de que o direito ao respeito para alguns pode ser entendido como já embutido em algum outro direito, como igualdade ou até mesmo de não discriminação. Contudo, podemos afirmar que, diante dos recentes acontecimentos, é extremamente importante a conferência de autonomia e proteção devida a esse direito, respaldando-o, por meio de uma dimensão única a ele.

5.2 Direito ao Respeito no Plano Internacional

No tocante ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, devemos ressaltar que a própria Constituição de 1988 afirma no seu Artigo 5, §2º, que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, ou seja, os direitos previstos nos tratados já recepcionados pela ordem jurídica brasileira também poderão estar no leque de direitos e garantias. Com base nisso, irá ser exposto abaixo alguns diplomas internacionais que trazem ao nosso entender, o direito ao respeito.

5.2.1 Direito ao Respeito na Convenção Americana de Direitos Humanos

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, podemos perceber no Artigo 1, item 1, o direito ao respeito previsto de forma expressa, quando a própria convenção afirmar que os Estados devem se comprometer a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

No seu Artigo 5º, a segunda parte do dispositivo menciona que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano, fato que demonstra que o direito ao respeito está expressamente previsto neste diploma.

No Artigo 11º, item 1, temos a previsão de que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Já no Artigo 13º, item 2, tem-se a previsão de que o exercício do direito a liberdade de expressão não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas.

Percebe-se que na CADH o direito ao respeito encontra diversas previsões ao longo de todo o diploma, motivo que nos leva a crer que o respeito, deve ser enquadrado como a

sétima geração ou dimensão.

5.2.2 Direito ao Respeito no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no Artigo 10º, item 1, temos a previsão de que toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

Por sua vez, no Artigo 19º, item 3, afirma-se, que:

[...] o exercício do direito a liberdade de expressão, implicará deveres e responsabilidades especiais, fato que conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para, assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas.

Com base nos dois dispositivos citados, percebe-se que no PIDCP também encontra-se previsto o direito ao respeito, de modo que só corrobora o nosso intuito de conferir autonomia a este, como sétima geração ou dimensão.

5.2.3 Direito ao Respeito no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No tocante ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o Artigo 13º, item 1, tem-se a afirmação de que:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Com base no exposto, está nítido, que pelo PIDESC, os Estados têm a obrigação de fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, sendo responsabilidade do ente estatal também a conferência do direito ao respeito, resguardando e fortificando-o.

6 CONCLUSÃO

Por meio do que foi estudando neste trabalho, é de fácil constatação o quão

importante é a análise do tema das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, principalmente no tocante ao direito ao respeito.

Em suma, tal direito é oriundo da própria necessidade do ser humano de compreender que qualquer pessoa com quem ele interage também é possuidora de vontades e gostos, e estes devem ser respeitados, mesmo que não concorde.

O estudo do direito ao respeito perpassa sobre as previsões constitucionais que acreditamos ter correlação com o mesmo, no tocante à liberdade religiosa, assim como nos tratados internacionais de direitos humanos, que expressamente tocam no termo “respeito”, dando-nos a entender que esse direito tem que ser abordado de forma autônoma, conferindo-lhe uma visibilidade maior, tanto para as pessoas quanto para os entes governantes, de modo a de fato respeitar esse direito.

É importante ressaltar que o direito ao respeito decorre da própria dignidade da pessoa humana, pois uma pessoa só terá sua dignidade de fato, quando esta for respeitada pelo que ela é, não podendo sofrer atitudes negativas em razão das suas opções pessoais, as quais só dizem a respeito a si próprio.

Sendo assim, é evidente e clara a importância deste tema, como marco da expansão das dimensões dos direitos fundamentais, pois ao conferir o título de sétima dimensão para o direito ao respeito, está sendo dada uma autonomia de grande relevância, de modo a trazer o debate pra sociedade, sobre o que de fato é o respeito e como deve ser posto em prática tal direito, pois é dando exposição e espaço a um direito que o mesmo se torna conhecido e conseqüentemente, respeitado.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2215369/direito-fundamental-de-acesso-a-agua-potavel-uma-proposta-de-constitucionalizacao-zulmar-fachin-e-deise-marcelino-silva>>.

Acesso em: 1 jun 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VASAK, Karel. For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity. *In*: VASAK, K. (ed). **The international dimension of human rights**. Inaugural lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July 1979. Paris: Unesco, 1982. v. 1 e 2.

**Submetido em 26 ago. 2019. Aceito em 08 set. 2019.*



O PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM* (VEDAÇÃO À DUPLA INCRIMINAÇÃO) NA SEARA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DO SISTEMA BRASILEIRO, PORTUGUÊS, INTERAMERICANO E EUROPEU

Sérgio Assunção Rodrigues Júnior*

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípios Processual Penal; 2.1. Princípio da Presunção de Inocência (Não Culpabilidade); 2.2. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa; 2.3. Princípio da Publicidade; 2.4. Princípio da Busca da Verdade Real; 2.5. Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos; 2.6. Princípio do Juiz Natural; 2.7. Princípio do Nemo Tenetur se Detegere; 2.8. Princípio da Proporcionalidade; 2.9. Princípio do *Non Bis In Idem* (Vedação à Dupla Incriminação); 3. A Vedação da Dupla Incriminação no Brasil e em Portugal; 3.1. Vedação à Dupla Incriminação no Brasil; 3.1.1. Jurisprudência do STF; 3.1.2. Jurisprudência do STJ; 3.2. Vedação à Dupla Incriminação em Portugal; 3.2.1. Acórdão do STJ; 3.2.2. Acórdão do Tribunal Constitucional; 3.2.3. Acórdão do TRP; 3.2.4. Acórdão do TRL; 3.2.5. Acórdão do TRC; 3.2.6. Acórdão do TRG; 3.2.7. Acórdão do TER; 4. O *Non Bis In Idem* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; 4.1. O *Non Bis In Idem* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 4.1.1. Caso Loayza Tamayo vs. Peru; 4.1.2. Caso Mohamed vs. Argentina; 4.2. O *Non Bis In Idem* no Sistema Europeu dos Direitos do Homem; 4.2.1. Caso Simkus vs. Lituânia; 4.2.2. Caso Johannesson e outros vs. Islândia; 5. Efeitos da Aplicação do Princípio da Vedação à Dupla Incriminação; 5.1. Efeitos Penais e Processuais; 5.2. Efeitos Criminológicos; 6. Conclusão; 7. Referências.

RESUMO

Este trabalho teve o intuito de realizar um estudo acerca do princípio do *non bis in idem* e sua aplicação no Brasil, Portugal, no Sistema Interamericano e no Sistema Europeu dos Direitos Humanos, com fito de demonstrar as consequências do atuar desse princípio, nessas searas. Para tanto, fora necessário realizar uma pesquisa nos julgados recentes dos Tribunais Brasileiros, Portugueses, Corte Interamericana e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, analisando as decisões em que tinham menção a esse princípio. Além disso, o presente trabalho trouxe em sua parte inicial os princípios mais utilizados no direito processual penal, como modo de demonstrar a forte presença principiológica nessa disciplina, assim como, na parte final, foram inseridos os efeitos da aplicação do princípio do *non bis in idem* na seara penal, processual e criminológica. Dessa forma, por

* Advogado, Professor de Direitos Humanos, Mestrando em Ciência Jurídica Forense pela Universidade Portucalense (2018 – 2020), Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Transformação Social” (UNESA), Pós Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela UNESA (2018 – 2020), Pós Graduando em Direito Desportivo pela UCAM (2018 – 2020), Pós Graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (2017). E-mail: sergioassuncaoordriguesjr@gmail.com.

intermédio de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, por meio do método quantitativo e qualitativo, pretendeu-se trazer a análise do *princípio do non bis in idem* nos diversos âmbitos em que este atua, assim como a percepção de alguns dos efeitos de sua aplicação.

Palavras-Chave: *Non bis in idem*. vedação à dupla incriminação. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Etiquetamento.

ABSTRACT

The purpose of this study was to study the principle of *non bis in idem* and its application in Brazil, Portugal, the Inter - American System and the European Human Rights System, in order to demonstrate the consequences of this principle in these fields. In order to do so, it was necessary to conduct a survey in the recent judgments of the Brazilian, Portuguese, Inter-American Court and European Court of Human Rights, analyzing the decisions in which they mentioned this principle. In addition, the present work brought in the initial part the principles most used in criminal procedural law, as a way to demonstrate the strong presence of principles in this discipline, as well as, in the final part, it was inserted the effects of the application of the principle of *non bis in idem* in the criminal, procedural and criminological area. Thus, through bibliographical research, jurisprudential, through the quantitative and qualitative method, it was intended to bring the analysis of the principle of *non bis in idem* in the various areas in which it operates, as well as the perception of some of the effects of its application.

Key Words: *Non bis in idem*. fence to double incrimination. Inter-American Court of Human Rights. European Court of Human Rights. Labeling.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Pós Positivismo Jurídico e o surgimento da concepção do Neoconstitucionalismo, que tem como principal ideia o desapego à análise estrita e única da legislação positivada, percebe-se que a utilização de princípios para embasar uma decisão se tornou mais presente na ciência jurídica como um todo, auxiliando os aplicadores do Direito a ter mais um tipo de fundamentação para se utilizar na sua função.

Dentre os princípios mais abordados na temática do Direito Processual Penal, tem-se o Princípio do *Non Bis in Idem* ou da Vedação à Dupla Incriminação, que proíbe que uma pessoa seja julgada ou punida duas vezes pelo mesmo fato criminoso.

Tendo em vista esse conceito, é importante ter a compreensão sobre a aplicação desse princípio no âmbito do Estado Brasileiro, Português, do Sistema Interamericano e Europeu, além de suas normativas como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, para que se tenha um panorama completo da aplicação do *non bis in idem*, na atualidade.

Para tanto, pretende-se analisar a jurisprudência recente dos Tribunais Brasileiros

(Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), Portugueses (Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal Constitucional, Relação do Porto, Lisboa, Coimbra, Guimarães e Évora), da Corte Interamericana e do Tribunal Europeu, que tenham mencionado esse princípio, sendo esse o principal método de pesquisa, demonstrando como cada decisão abordou a temática.

Além disso, será debatida a importância da análise dos efeitos da aplicação desse princípio na seara penal, processual e criminológica, pois existem diversas consequências da sua utilização, como, por exemplo, na reincidência e no etiquetamento, que leva a uma estigmatização do apenado, gerando uma dupla punição.

A relevância jurídica deste trabalho para a sociedade é ter uma análise completa da aplicação do princípio do *non bis in idem*, em todas as searas, tanto nacionais, quanto internacionais, demonstrando todas as nuances em que referido princípio é aplicado e debatido, assim como compreendendo a importância das consequências da sua utilização, pois impede que uma pessoa que já foi julgada por um fato criminoso, ou que já cumpriu sua pena, seja novamente julgada ou penalizada, pelo mesmo motivo, o que caracteriza uma dupla incriminação.

2 PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL PENAL

Diante da era Neoconstitucionalista, percebe-se que a utilização dos princípios vem ocorrendo de forma demasiada, sendo um caminho para o magistrado utilizar, quando ocorrer um embate de normas que deva ser resolvido pela ponderação.

Com base nisso, é importante ressaltar que a Principiologia Processual Penal é extensa, motivo pelo qual neste tópico, serão abordados alguns dos princípios mais conhecidos na doutrina processualista, para dar um maior embasamento ao tema deste trabalho.

2.1 Princípio da Presunção de Inocência (Não Culpabilidade)

Esse princípio informa que somente quando não forem cabíveis mais recursos contra a sentença condenatória é que a parte ré poderá ser considerada culpada (REIS; GOLÇALVES, 2018, p. 67).

No entanto, é válido dizer que esse princípio não tem conteúdo absoluto no ordenamento brasileiro, pois a CRFB/88, no art. 5º, inciso LXI, admite a prisão provisória

antes da condenação, quando forem preenchidos os requisitos legais: “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; [...]”.

Esse princípio se remonta ao art. 9 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (“*Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable*”), sendo criado com objetivo de assegurar garantias às pessoas que, até aquele momento, eram vistas como objeto do processo, tão somente (ROIG, 2018, p. 40).

2.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

É com base no contraditório que se tem a ideia de que as partes têm direito de ser ouvidas e de ter oportunidades de se manifestar em igualdade de condições (REIS; GOLÇALVES, 2018, p. 68).

No tocante à ampla defesa, afirma-se que esse princípio obriga o juiz a observar o pleno direito de defesa aos acusados na ação penal, motivo pelo qual, ainda que o réu diga que não quer ser defendido, o juiz deverá nomear um defensor para este (REIS; GOLÇALVES, 2018, p. 68).

Contudo, o contraditório com a doutrina do italiano Elio Fazzalari, passou a incluir o critério de igualdade, no sentido de que a participação, então garantida, fizesse-se em simétrica paridade (PACELLI, 2018, p. 271). Já na ampla defesa, o autor afirma que a participação do acusado no processo penal se completa e engrandece, pois passa a ser exigida a garantia, assim como sua efetiva participação, assegurando que o réu tenha uma efetiva contribuição ao resultado final do processo.

2.3 Princípio da Publicidade

No tocante a esse princípio, os atos processuais serão públicos, tais como as audiências, que devem ser feitas com as portas abertas, podendo qualquer pessoa assistilas, assim como a consulta aos autos e a obtenção de certidões, que também devem ser públicas (REIS; GOLÇALVES, 2018, p. 71).

Contudo, a CRFB/88 menciona que a legislação poderá restringir a publicidade dos atos processuais, dando esse poder ao juiz, que irá analisar o caso concreto e verificar se há necessidade de restrição, exceto nos casos de crimes contra a dignidade sexual, que

o Código Penal, no art. 234-B, prevê o segredo de justiça como regra.

2.4 Princípio da Busca da Verdade Real

O intuito desse princípio é trazer a ideia de que o processo penal tem o fito de desvendar como os fatos efetivamente ocorreram, não permitindo ficções e presunções processuais, situação que ocorre no processo civil (REIS; GOLÇALVES, 2018, p. 73).

É válido dizer que esse princípio encontra algumas limitações, como, por exemplo, a proibição do uso de prova ilícita e da “revisão criminal *pro societate*”, pois, se após a absolvição transitar em julgado, surgirem provas contundentes contra o réu, a decisão, mesmo assim, não poderá ser revisada.

Além disso, o maior “mal” causado por esse princípio seria a disseminação de uma cultura inquisitiva, que atingiu todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução criminal, tornando a verdade real uma meta principal do processo penal (PACCELLI, 2018, p. 274).

2.5 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos

O Artigo 157 do CPP brasileiro prevê que as provas ilícitas (aquelas obtidas com violação a preceitos constitucionais ou legais) devem ser desentranhadas do processo, bem como aquelas que lhe são derivadas (REIS; GOLÇALVES, 2018, p. 67).

Como bem adverte Pacelli (2018, p. 296), a imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente faz gerar a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), que afirma que a descoberta de um fato criminoso por meio de uma prova ilícita torna-se nula, tendo em vista que a ilicitude da prova utilizada contaminaria tudo que ela abrangesse, eivando assim de nulidade o que fora descoberto.

2.6 Princípio do Juiz Natural

Segundo alerta Alexandre Cebrian (2018, p. 66), quando a CRFB/88 dispõe que ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, ela está determinando a existência de um regramento prévio em relação à divisão de competência entre os juízes, de modo que, com a prática de uma infração penal, seja possível saber a qual juízo

incumbirá o julgamento do fato. Contudo, no caso de haver mais de um juiz competente, deverá ser feita a distribuição com sorteio aleatório dos autos a um deles.

Vale dizer, inclusive, que o julgamento realizado por um juízo que seja absolutamente incompetente gera a nulidade da ação, na forma do art. 564 I, do CPP.

2.7 Princípio do *Nemo Tenetur Se Detegere*

Esse princípio, segundo Cebrian e Rios (2018, p. 69), informa que o Poder Público não pode constranger o indiciado ou acusado a auxiliar na investigação penal ou a produzir provas contra si próprio, não podendo ser obrigado, e, se acaso recusar, não podem ser extraídas consequências negativas no campo da convicção do juiz .

Corroborando o dito acima, a CRFB/88, no seu art. 5º, LXIII, prevê que o réu tem o direito de permanecer calado. Por sua vez, o art. 186, parágrafo único, do CPP Brasileiro, afirma que o silêncio não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, devendo o acusado ser alertado desse direito de permanecer calado antes do interrogatório.

Além disso, o art. 8º, nº 2, g, da CADH, que o Brasil aderiu por meio do Decreto n. 678/92, prevê que toda pessoa acusada da prática de infração penal tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

2.8 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade decorre da ponderação do que está em conflito no caso concreto, ou seja, a proporcionalidade decorre de um regime de análise equânime de uma situação, por meio do qual se paira o bom senso do magistrado, com base nos costumes e daquilo que se compreende como justo.

Vale dizer que desse princípio decorrem três subprincípios, que são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ademais, segundo Renato Brasileiro (2017, p. 84), esse princípio não está previsto de maneira expressa na Constituição, contudo sua essência encontra-se nesta, inserida no aspecto material do princípio do devido processo legal, que, no art. 5, LIV, afirma que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

2.9 Princípio do *Non Bis In Idem* (Vedação à Dupla Incriminação)

Segundo Norberto Avena (2017, p. 59), o *non bis in idem* é considerado um princípio geral de Direito, que consiste na proibição de que o réu seja julgado novamente por fato que já foi apreciado pelo Poder Judiciário.

Para o STF, no HC 80.263/SP, esse princípio não está previsto expressamente na Constituição federal, contudo sua incorporação ao ordenamento jurídico vem complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela CRFB/88, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Constituição impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar.

Além disso, esse princípio fora incorporado à CADH, que dispõe no art. 8, n.º 4 que o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

3 A VEDAÇÃO DA DUPLA INCRIMINAÇÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL

3.1 Vedação à Dupla Incriminação no Brasil

A vedação à dupla incriminação é um princípio que tem como objetivo evitar o risco duplo, ou seja, a dupla punição ou ver processado o agente, pelo mesmo fato, duas vezes (TÁVORA, 2017, p. 260).

Conforme já dito anteriormente, esse princípio, para o STF, não está previsto na CRFB/88, contudo, considera-se o mesmo um direito individual, a partir de uma interpretação em consonância ao direito constitucional de liberdade do indivíduo.

Contudo, segundo os ensinamentos de André de Carvalho Ramos (2018, p. 537), esse princípio tem base constitucional (art. 5º, XXXVI), podendo o acusado, quando processado pela segunda vez em relação ao mesmo fato, utilizar o recurso de exceção de coisa julgada.

Com base nisso, vale trazer as lições de Alexis de Couto Brito (2015, p. 38), que afirma que a jurisdição tem caráter impositivo, que assegura a efetividade na prestação jurisdicional, fazendo com que essa efetividade ocorra, impedindo a dupla punição, prevenindo, assim, que alguém seja processado, incriminado ou condenado mais de uma vez pelo mesmo fato.

Além disso, por meio de uma análise sistemática, junto à previsão do art. 8, nº4 da

CADH, que fora incorporada ao ordenamento brasileiro, através do Decreto 678/1992, podemos compreender que a vedação à dupla incriminação é um direito individual conferido ao cidadão.

No entanto, entendemos que há uma previsão indireta de proibição à dupla incriminação no art. 8º do Código Penal brasileiro, quando este afirma: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Como é perceptível na normativa demonstrada, se o agente cumpriu uma pena no estrangeiro e esse fato for considerado crime também no Brasil, sendo também julgado aqui, a sua pena será atenuada se os fatores forem diferentes, e computada se idênticos, o que demonstra um viés indireto à lógica da vedação à dupla incriminação.

3.1.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)

Na Petição 7378/SP, o STF, que em razão do RE 453.000/RS que fora submetido à repercussão geral, decidiu que a circunstância agravante da reincidência, que está prevista no art. 61 do Código Penal brasileiro, não ofende o princípio do *non bis in idem*.

Essa discussão se perfaz através da discussão sobre a constitucionalidade da reincidência, pois ela agrava a pena da pessoa que cometeu o ilícito, pelo fato de já ter tido uma sentença condenatória transitada em julgado por outro crime, ou seja, seria em tese uma dupla punição pelo fato cometido, o que de fato configuraria uma dupla incriminação.

Contudo, o STF entendeu nesse julgado pela constitucionalidade da reincidência, afirmando que a aplicação desta agravante não caracterizaria uma dupla incriminação.

3.1.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

No tocante ao STJ, é importante mencionar dois julgados recentes que estão contidos em informativos.

O primeiro julgado a ser debatido é o HC 433.898/RS, que se encontra no Informativo 625 STJ, discutindo a inexistência de *bis in idem* no tocante ao motivo torpe e ao feminicídio.

Essa decisão, de forma expressa, informa que não caracteriza *bis in idem*, o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de feminicídio no crime de

homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, pois o feminicídio é uma qualificadora de ordem objetiva, motivo pelo qual esta só irá incidir sempre que o crime estiver relacionado à violência doméstica e familiar, enquanto o motivo torpe é de natureza subjetiva, estando adstrito as razões que levaram o acusado à praticar o injusto.

Já o segundo julgado a ser abordado é o ERESP 1.417.380/RJ, que se encontra no Informativo 631 STJ, afirmando que é possível aplicar a agravante do art. 70 II, “I” do Código Penal Militar ao crime de concussão (art. 305), não configurando assim um *bis in idem*, quando praticado por militar em serviço.

O intuito dessa decisão foi trazer a ideia de que não há ocorrência de *bis in idem* nessa circunstância, pois a ideia de exigir vantagem indevida em virtude da função não tem correlação com o fato de o militar estar em serviço de escala especial.

3.2 Vedação à Dupla Incriminação em Portugal

Quanto à Dupla Incriminação no Sistema Jurídico Português, é válido dizer que, no Artigo 29, nº 5 da Constituição de Portugal, é determinado que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

Com base nessa previsão expressa, depreende-se que no ordenamento de Portugal, o princípio da proibição da dupla incriminação existe e tem que ser respeitado, como forma de se efetivar a dignidade humana e a humanidade das penas, que são princípios basilares na seara do direito processual penal.

Para demonstrar a presença desse princípio no âmbito do ordenamento português, abaixo serão correlacionados acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Constitucional, Tribunais da Relação de Porto, Lisboa, Coimbra, Guimarães e Évora.

3.2.1 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ)

Na Seara do STJ, temos o Acórdão do STJ 30/18.6YFLSB de 21/03/2019, que trouxe o entendimento de que a aplicação ao mesmo arguido em ulterior processo disciplinar de outra sanção disciplinar por infrações conexas com os crimes pelos quais fora depois condenado não constitui violação do princípio do *non bis in idem*.

O STJ afirmou ainda que o princípio do *non bis in idem* é aplicável, em virtude da sua *ratio*, à perseguição de infrações disciplinares no domínio dos sistemas

sancionatórios públicos. Além disso, informou que desse princípio decorre a proibição de, na atividade sancionatória, proceder-se a uma dupla valoração do mesmo substrato fático.

3.2.2 Acórdão do Tribunal Constitucional

No Acórdão do TC 95161-1 de 23/03/1995, entendeu-se que, no tocante à autonomia da responsabilidade disciplinar, decorre a ideia de que a imposição a uma mesma pessoa de duas sanções diferentes, ou seja, uma penal e outra disciplinar, em razão de um mesmo fato, não gera violação ao princípio do *non bis in idem*, principalmente em razão da natureza distinta destas.

3.2.3 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

No âmbito do Tribunal da Relação do Porto (TRP), tem-se o Acórdão JTRP000 de 07/12/2018, que citou trecho do Acórdão do próprio Tribunal da Relação do Porto de 08/02/2017 (processo nº 557/15.0T8MAI.P1.), que afirma:

[...] perante um comportamento que configura contraordenação estradal e, simultaneamente, integra um dos crimes previstos no art.º 69.º, n.º 1, alínea a), do C.Penal, esgotando a prática do crime o âmbito da contraordenação, por forma a que possa entender-se que a consome, a sanção acessória de inibição de conduzir a aplicar deve ser decretada com base no art.º 69.º do C.Penal, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem*, dado que a aplicação concomitante da pena acessória de proibição de conduzir prevista na legislação penal e da sanção acessória de inibição de conduzir prevista no Código da Estrada se traduziria em dupla sanção pela mesma conduta.

Com base no trecho trazido, a Relação do Porto mencionou que o princípio *non bis in idem*, vigente no processo penal, por meio da previsão no art. 29º, nº 5 da Constituição da República Portuguesa, seria violado com a aplicação conjunta da pena acessória de proibição de conduzir (prevista na legislação penal), com a sanção acessória de inibição de conduzir prevista no Código da Estrada, em razão de esse fato se configurar uma dupla sanção pela mesma conduta.

3.2.4 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

No tocante ao Tribunal da Relação de Lisboa, tem-se o Acórdão

4678/18.0T8LSB.L1-3, de 28/11/2018, que concluiu que a proteção do *non bis in idem* dirige-se, em primeiro momento, à pessoa, enquanto necessário à sua proteção da sua dignidade, que é corolário do Estado de Direito.

O Tribunal da Relação afirma, ainda, que caso julgado e *non bis in idem* não são a mesma coisa, apesar de o âmbito de proteção poder coincidir e desse modo o *non bis in idem* sair reforçado com o caso julgado.

De forma expressa, a Relação do Porto afirmou que no caso desse processo, o arguido não foi submetido a um julgamento material, motivo pelo qual não há razão para se verificar qualquer violação do direito do *non bis in idem*, nem tão pouco de caso julgado, pois, no caso, o sujeito da ação não fora considerado como arguido na decisão que realizou o juízo sobre os fatos e a culpa dos agentes proferida no processo do qual fora extraído.

3.2.5 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra

Com relação ao Tribunal da Relação de Coimbra, o Acórdão 48/15.0GBLSA.C1 de 09/03/2016 trouxe a noção de que quando for observado se há existência de caso julgado e conseqüentemente de violação do princípio do *non bis in idem*, o julgador deve se atentar que a expressão “mesmo crime” não deve ser interpretada, no discurso constitucional, no sentido técnico jurídico unicamente, e sim como uma certa conduta ou comportamento.

Citando Frederico Isasca (2003, p. 242 e 229), o TRC, insere este trecho no acórdão:

Nestes termos, o que transita em julgado é o acontecimento da vida que, como e enquanto unidade, se submeteu à apreciação de um tribunal, ou, dito de outro modo, todos os factos praticados pelo arguido até à decisão final que directamente se relacionem com o pedaço de vida apreciado e que com ele formam a aludida unidade de sentido, ainda que efectivamente não tenham sido conhecidos ou tomados em consideração pelo tribunal, não podem ser posteriormente apreciados.

Logo, percebe-se que o TRC, exige do julgador um olhar mais atento, no tocante a existência da violação ao princípio do *non bis in idem*.

3.2.6 Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães

No Acórdão do TRG 3572/01.9TBGMR-C.G1, de 05/07/2010, aplicou-se o entendimento de que a mera circunstância de o agente de dois crimes ser o mesmo e exercer funções na mesma empresa que se encontra em uma situação financeira ruim, não permite concluir que se tem uma única e sequencial atividade criminosa, até porque, no segundo processo, a conduta de fato relativa ao arguido, se referia à falta de entrega de montantes específicos em um determinado prazo, relativos ao IVA, sem que seja sequer debatida a anterior falta de pagamento que realizou a segurança social.

Nos autos, podemos depreender o seguinte trecho:

[...] Em causa, nos presentes autos, está a prática de um crime de abuso de confiança em relação à Segurança Social, ao passo que naqueloutro foi o arguido julgado e condenado pela prática de um crime de abuso de confiança fiscal, por referência a diferentes períodos temporais.

Sendo assim, o TRG entendeu que os fatos integradores do ilícito que foram apreciados nos autos demonstram-se ausentes da decisão proferida no segundo processo, motivo pelo qual não há repetição de julgados, nem violação do princípio do *non bis in idem*, pois a matéria fática constante em ambas as decisões é autônoma, inexistindo qualquer referência entre elas.

3.2.7 Acórdão do Tribunal da Relação de Évora

No Acórdão do TRE 487/16.0T9STR.E1 de 06/02/2018, fora entendido que, no caso de ocorrência da alteração substancial dos fatos, a simples constatação dessa situação implicará a inexistência de identidade de fatos para efeitos de análise do princípio *non bis in idem*.

O TRE mencionou que, no tocante à violação do princípio do *non bis in idem*, o arguido fora acusado em um processo pela prática de crime de infidelidade, sendo tal acusação julgada improcedente, em razão do tribunal ter compreendido que houve alteração substancial dos fatos e que foi deduzida nova acusação pelo Ministério Público por crime de abuso de confiança.

Com base nisso, como fora configurada a alteração substancial dos fatos, que é a imputação de fatos diversos dos constantes da acusação, entendeu-se que não há como se analisar o princípio do *non bis in idem*, não havendo sua violação.

4 O NON BIS IN IDEM NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS

HUMANOS E NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Neste tópico será analisado a aplicação deste princípio no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de modo a se ter um panorama global de como ocorre esta concretização.

4.1 O *Non Bis in Idem* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

No tocante ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é importante mencionar que o art. 8, n° 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Já no âmbito do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, temos o art. 14, parágrafo 7, que prevê: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”.

Nota-se que a previsão da dupla incriminação já é instaurada na Convenção, assim como no Pacto, de modo a prever a vedação a este tipo de acontecimento, motivo pelo qual se entende como importante mencionar alguns julgados que de forma expressa abordaram a proibição do *bis in idem*.

4.1.1 *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*

Este caso se iniciou com a denúncia apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que alegava que a Senhora María Elena Loayza Tamayo, de nacionalidade peruana, professora, fora presa no dia 06 de fevereiro de 1993, junto com um familiar, por membros da Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE) da Polícia Nacional do Peru.

Ocorre que essa prisão, que ocorreu sem ordem judicial, decorreu em razão da delação de Angélica Torres García, que fora presa no dia 05 de fevereiro de 1993, fazendo uso da chamada “Lei de Arrependimento”, sendo inclusive a Sra. Loayza considerada colaboradora do grupo subversivo Sendero Luminoso.

No tocante à prisão, a Sra. Loayza permaneceu presa e incomunicável por dez dias, tendo sido submetida a torturas e a tratamentos cruéis, com fito de que ela assumisse

a culpa e declarasse pertencer ao Partido Comunista do Peru (PCP), contudo, a Sra. Loayza se declarou inocente e negou pertencer a esse partido.

Na circunscrição da persecução penal, foi processada e absolvida na jurisdição militar pelo crime de traição à pátria, tendo sido julgada por “juízes militares sem rosto”. Já na instância recursal, confirmou-se a absolvição, mas os autos foram remetidos à Justiça Comum para apreciar o crime de terrorismo, deixando a Sra. Loayza presa até esse momento.

Já no âmbito da Justiça Comum, ela foi condenada pelo “Tribunal Especial sem rosto” a uma pena de vinte anos de prisão pelo crime de terrorismo.

Tendo em vista esta condenação, o caso foi levado à Corte IDH, que entendeu que houve a violação do *non bis in idem*, ressaltando que a garantia da CADH possui um tratamento mais benéfico para o acusado em comparação ao PIDCP, pois aquela menciona no art. 8.4, a expressão “os mesmos fatos”, já o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por exemplo, no art. 14, item 7, utiliza-se da expressão “o mesmo delito”, ou seja, a CADH proíbe que o cidadão absolvido em processo criminal seja novamente submetido a processo criminal pelos mesmos fatos, sendo esta proteção mais ampla, do que a do PIDCP que aborda somente o termo “mesmo delito”.

Com base nesse entendimento, a Corte mencionou que a violação ao *non bis in idem* de fato ocorreu, pois os crimes de traição à pátria, dos quais a Sra. Loayza fora absolvida na jurisdição militar, e o de terrorismo, pelo qual fora condenada na Justiça Comum, são estreitamente vinculados.

Em relação a essa decisão da Corte, é importante mencionar o entendimento doutrinário de Caio Paiva e Thimotie Heemann (2017, p. 79-80), que afirmam que a diferença entre as duas normativas existe e pode gerar consequências práticas, como ocorreu no caso citado, pois, embora os crimes apurados na jurisdição militar fossem distintos, o contexto fático era o mesmo.

4.1.2 Caso Mohamed vs. Argentina

Neste caso, os fatos se iniciaram em março de 1992, quando o Sr. Oscar Alberto Mohamed, que trabalhava como motorista de ônibus na cidade de Buenos Aires, atropelou uma senhora, provocando a sua morte.

Diante disto, o Sr. Mohamed foi processado pelo crime de homicídio culposo, e, em agosto de 1994, a primeira instância do Poder Judiciário Argentino o absolveu,

motivo pelo qual houve interposição de recurso de apelação por parte da representação da ofendida, que, em fevereiro de 1995, foi julgado, tendo a segunda instância reformado a sentença e condenado o Sr. Mohamed.

A grande problemática dessa situação é que no ordenamento jurídico argentino não havia previsão de nenhum recurso ordinário para recorrer da condenação proferida na segunda instância, somente existindo o recurso extraordinário, que foi interposto pela defesa do Sr. Mohamed, sendo tal recurso, rechaçado pelo Judiciário argentino, sob o argumento de que o recorrente se referia a questões de fato, de prova e de direito comum, as quais não podem ser debatidas na instância extraordinária, sob pena desta se tornar uma terceira instância ordinária.

Diante dessa situação, o Sr. Mohamed foi demitido do seu emprego de motorista de ônibus em razão da pena acessória de inabilitação para dirigir.

Quando o caso chegou à Corte, esta absolveu o Estado Argentino da alegação de violação à proibição de *bis in idem*, afirmando que não há que se falar em novo processo, quando a acusação interpõe o recurso de apelação dentro do prazo legal, eis que o processo se desenvolve em etapas, sendo a etapa recursal apenas uma delas.

Vale trazer o entendimento doutrinário de Caio Paiva e Thimottie Heeman (2017, p. 494-495), que afirma que a garantia do duplo grau possui a característica da bilateralidade (e não da unilateralidade), destinando-se tanto à defesa quanto à acusação. Com base nisso, a interposição de recurso pelo Ministério Público não consiste em *bis in idem*, já que esse somente ocorre quando há um segundo julgamento após uma sentença absolutória transitada em julgado. Além disso, o julgamento do recurso da acusação não implica em novo processo, mas apenas numa outra etapa do mesmo processo.

4.2 O *Non Bis in Idem* no Sistema Europeu dos Direitos Humanos

No tocante ao Sistema Europeu dos Direitos Humanos, deve ser citado o Protocolo número 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que menciona no seu Artigo 4, que:

Artigo 4º - Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.
2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo,

nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento.

3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15.º da Convenção.

É perceptível que essa previsão traz de forma explícita o direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez, fortificando em âmbito europeu a previsão da proibição ao *bis in idem*.

Diante dessa previsão, é importante termos ciência, acerca dos casos que ocorrem no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), razão pela qual serão expostos abaixo dois casos, julgados no ano de 2017, que abordaram de forma extremamente prática a proibição da dupla incriminação.

4.2.1 Caso Šimkus vs. Lituânia

Esse caso se originou por meio do pedido nº 417811 contra a República da Lituânia, que fora apresentado ao Tribunal pelo Sr. Raimundas Šimkus, em 07 de junho de 2011.

O recorrente (Sr. Raimundas) alegou que tinha sido julgado no âmbito do processo penal pelo mesmo crime, no qual lhe foi aplicada uma sanção administrativa, atitude que violaria o princípio do *non bis in idem*, consagrado no art. 4º, nº 1, do Protocolo nº 7.

Em 23 de julho de 2006, agentes da guarda da fronteira entre a Lituânia e a Rússia, na madrugada, notaram alguns carros se aproximando do rio e ouviram o som de um barco na água. Ao se aproximar de um dos carros, encontraram uma caixa de cigarros, fazendo com que suspeitassem que as mesmas fossem contrabandeadas da Rússia, motivo pelo qual ocorreu a prisão dos três indivíduos que estavam no automóvel, K.B., E.L. e M.G, tendo o primeiro recebido um disparo, sendo assim encaminhado para o hospital.

Ocorre que, durante a madrugada, o telefone de E.L. tocou e um dos policiais atendeu, ouvindo imediatamente do interlocutor da chamada, que “iria encontrar e disparar” sobre o oficial que feriu K.B., sendo identificado o feitor da chamada, por meio de exame forense.

O requerente chegou ao hospital por volta de 4 da manhã e, assim que se deparou com os agentes que escoltavam K.B., utilizou-se de vários palavrões, exigindo que o

libertassem, sob ameaça de espancamento e morte, deixando logo em seguida o hospital.

Ocorre que, no mesmo dia, fora aberto um inquérito contra o requerente, em razão de ele ser suspeito de ameaçar assassinar ou ferir gravemente policiais e obstruí-los e abusar verbalmente deles no exercício de suas funções oficiais, nos termos dos artigos 145 § 1 e 231 § 2 do Código Penal.

Em 5 de dezembro de 2006, no entanto, foi suspensa a investigação por falta de provas, afirmando a promotoria que, quanto às palavras e declarações utilizadas pelo requerente na sua interação com os agentes fronteiriços, o requerente teria cometido a infração administrativa de vandalismo (artigo 174.o do Código das infrações administrativas). Assim, a decisão do procurador foi enviada ao Serviço de Guarda de Fronteiras do Estado, instruindo-os a decidir se seria instaurado um processo administrativo contra o requerente. Contudo, três dias após, um promotor superior anulou a decisão e reabriu a investigação preliminar, sendo instaurado logo após, um processo administrativo contra o demandante.

Em 18 de dezembro de 2006, o Tribunal considerou que o recorrente cometera a infração administrativa de vandalismo, quando utilizou palavrões na presença de agentes fronteiriços no hospital, não tendo sido oferecido recurso sobre esta.

Ocorre que, em 6 de agosto de 2008, o procurador acusou o requerente de ameaçar assassinar ou ferir gravemente os agentes da lei, insultando-os no exercício das suas funções oficiais, na forma dos artigos 145 §1 e 290 do Código Penal, tendo essa acusação alegado que o recorrente tinha cometido as infrações no hospital em 23 de julho de 2006.

Em 23 de outubro de 2009, o promotor afirmou que as ações do requerente não haviam constituído crime de ameaça de assassinato ou ferir gravemente os policiais, porque não havia nenhuma circunstância objetiva indicando que ele poderia ter realizado essas ameaças, além de que o requerente não poderia ser processado por insultar os oficiais porque ele já havia recebido uma sanção administrativa pelo mesmo comportamento. Sendo assim, se continuasse o processo penal contra ele, ocorreria uma violação ao princípio do *non bis in idem*.

Em 11 de junho de 2010, o Ministério Público anulou a decisão do procurador e reabriu a investigação, observando que a sanção administrativa dada ao requerente não impedia automaticamente o processo penal contra ele, fato que levou o recorrente a interpor recurso dessa decisão para um procurador geral. Contudo, em 30 de junho de 2010, o recurso foi rejeitado, pois considerou-se que, em conformidade com a

jurisprudência dos tribunais nacionais, uma sanção administrativa não se opunha à instauração de um processo penal subsequente relativo ao mesmo comportamento, devendo logicamente observar o princípio do *non bis in idem*, ou seja, se uma pessoa foi considerada culpada no processo penal, a anterior sanção administrativa deve ser anulada ou, se isso for impossível, deve ser levada em consideração durante a sentença.

Em 2 de novembro de 2010, o recurso do recorrente foi procedente e assim foi-se anulada a decisão do procurador, entendendo-se que o processo penal contra o recorrente só podia prosseguir após a anulação da sanção administrativa.

No entanto, em 8 de dezembro de 2010, o Tribunal Regional anulou a decisão do tribunal de primeira instância, reiterando a fundamentação da decisão do procurador de 30 de junho de 2010, não tendo sido esta decisão objeto de nenhum outro recurso.

Em junho de 2011, o caso foi transferido para o Tribunal Distrital de Jurbarkas, para exame do mérito, tendo o processo se encerrado em 6 de setembro de 2011, em razão da prescrição, decisão essa que não fora apelada.

Por esses motivos, o TEDH entendeu por unanimidade, na decisão de 13 de junho de 2017, que houve uma violação do Artigo 4 § 1 do Protocolo No. 7 da Convenção, pois o recorrente foi julgado duas vezes pelo mesmo crime, afirmando, ainda, que nem o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 nem a jurisprudência do Tribunal permitem exceções ao princípio *non bis in idem*.

Além disso, embora seja competência dos Estados Contratantes escolher como organizar seus sistemas legais, incluindo seus procedimentos de justiça criminal, o sistema escolhido não deve contrariar os princípios estabelecidos na Convenção. Logo, percebeu-se que a legislação lituana parece inequívoca ao declarar que uma pessoa que tenha sido sancionada administrativamente não pode ser responsabilizada criminalmente pelo mesmo crime e que a anulação de uma sanção administrativa anterior após uma condenação pela infração penal não tornará o processo, de acordo com o princípio do *non bis in idem*.

4.2.2 Caso Jóhannesson e outros vs. Islândia

Nesse caso, o processo fora originado pelo pedido número 22007/11, contra a República da Islândia apresentado por Jón Ásgeir Jóhannesson e T. Tryggvi Jónsson e pela sociedade Fjárfestingafélagið Gaumur, em 21 de março de 2011.

A principal alegação dos recorrentes é que eles teriam sido julgados duas vezes

pelo mesmo crime através da imposição de sobretaxas fiscais e posterior julgamento criminal por crimes fiscais agravados, em violação do artigo 4 do Protocolo nº 7 da Convenção, uma vez que os dois conjuntos de processo tinha sido baseado em fatos idênticos.

O fato iniciou-se em 17 de Novembro de 2003, quando a Direção de Investigações Fiscais iniciou uma auditoria, tendo encerrado o do primeiro requerente em 27 de outubro de 2004, com a análise de que este não tinha declarado alguns eventos específicos, como pagamentos recebidos e impostos.

Já para o segundo recorrente, fora encerrado em 24 de novembro de 2005, entendendo-se que ele não tinha declarado pagamentos significativos recebidos de 1999 a 2002 e que não declarou os valores pagos em 1999 a 2000 pela empresa do Grupo Baugur à título de seguro de vida, como provisões tributáveis.

Quanto à terceira recorrente, fora encerrado em 29 de julho de 2004, entendendo-se que esta não havia contabilizado e declarado os subsídios (como automóveis e habitação) de que beneficiou o primeiro requerente e os outros empregados e não reteve os impostos públicos sobre esses subsídios e os pagou ao Tesouro do Estado. Além disso, os lucros e perdas da venda de ações da empresa do Grupo Baugur não tinham sido declarados corretamente, e que as despesas de 2000 a 2002 tinham sido declaradas em excesso.

Vale ressaltar que os três tiveram reavaliadas as situações e foram subtaxados em 25%, motivo pelo qual interpuseram recurso, havendo confirmação da imposição das sobretaxas pelo Internal Revenue Board.

Ocorre que, em 18 de dezembro de 2008, o Comissário Nacional da Polícia indiciou os requerentes por crimes fiscais agravados, motivo pelo qual, em 01 de junho de 2010, o Tribunal da circunscrição de Reykjavik declarou que as infrações pelas quais os recorrentes foram pessoalmente indiciados se baseavam nos mesmos fatos que as decisões das autoridades fiscais acima referidas, constatando ainda que o processo relativo às sobretaxas fiscais, envolvia a determinação de uma “acusação criminal”, na forma do Art. 4 do Protocolo nº 7 da Convenção, de modo que o referido tribunal julgou improcedentes as acusações por se tratarem de infrações pelas quais os recorrentes já tinham sido julgados e punidos pelas decisões da Direção de Receitas Internas de 30 de Dezembro de 2004 e 29 de dezembro de 2005, conforme confirmado pela Receita Federal nas suas decisões de 29 de agosto e 26 de setembro de 2007.

No entanto, o Comissário Nacional de Polícia interino interpôs recurso para o

Supremo Tribunal, que, em setembro de 2010, anulou a decisão do Tribunal Distrital e ordenou que houvesse o exame o mérito do caso, utilizando como argumento a seção 2 da Lei sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (nº 62/1994), na qual o legislador reiterou a validade do princípio do dualismo do direito nacional e do direito internacional em matéria de direitos humanos.

Segundo o Supremo Tribunal, a jurisprudência do Tribunal Europeu não é pacífica sobre a questão, havendo incerteza quanto ao âmbito e conteúdo do Art. 4 do Protocolo nº 7, motivo pelo qual o Supremo considerou que os tribunais nacionais não podiam decidir que o atual sistema de sobretaxas fiscais e processos penais subsequentes viola a Convenção.

Com base nisso, em dezembro de 2011, o tribunal de primeira instância verificou que os dois primeiros demandantes agiram com negligência suficiente para a responsabilidade penal nos termos da lei fiscal, sendo condenados nas acusações que foram formuladas. Contudo, o Tribunal Distrital suspendeu a sanção por um ano, em razão das autoridades fiscais terem imposto uma taxa adicional de 25% aos recorrentes.

Diante dessa decisão, o primeiro e segundo recorrente interpuseram recurso, sendo que, no dia 07 de fevereiro de 2013, o Supremo Tribunal confirmou a primeira e a segunda condenação dos requerentes na sua maior parte, além de condenar o primeiro requerente em duas outras acusações pelas quais ele fora absolvido pelo Tribunal Distrital.

Em razão do exposto, o TEDH, por unanimidade, decidiu que houve uma violação do Artigo 4 do Protocolo 7 da Convenção, em razão de os recorrentes terem sofrido um prejuízo desproporcional por terem sido julgados e punidos pelo mesmo ou substancialmente idêntico comportamento de diferentes autoridades em dois processos diferentes que não tinham a conexão requerida.

5 EFEITOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DUPLA INCRIMINAÇÃO

Tendo por base a apresentação da aplicação desse princípio no âmbito do Estado Brasileiro e Português, assim como no Sistema Interamericano e Europeu, entendemos como necessário apresentar alguns efeitos que podem decorrer da aplicação dessa principiologia.

Inicialmente é cabível dizer que este princípio está previsto em várias normativas

internacionais e internacionais, tais como: Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos (Regras Nelson Mandela), Lei 13.445/2017, que prevê o processo de extradição, dentre outros, ou seja, a previsão normativa desse princípio existe em âmbito mundial, motivo pelo qual deve ser dada a devida atenção ao mesmo.

Em razão disso, ao percebermos que o princípio da vedação à dupla incriminação tem um aspecto global, podemos entender que esse princípio pode possuir vários efeitos que decorrem da sua aplicação, tais como, penais, processuais e criminológicos, que serão expostos abaixo.

5.1 Efeitos Penais e Processuais

No tocante aos efeitos penais, podemos citar o questionamento da aplicação da reincidência como agravante, pois, segundo o que preleciona Alexandre Paranhos (2016, p. 185), a reincidência não pode ser considerada uma agravante, e sim uma atenuante da pena, em razão da corresponsabilidade do Estado, pois, apesar de o Código Penal brasileiro ter a ressocialização como um dos intuitos da pena, na prática, a pena privativa de liberdade não ressocializa, além de segregar a personalidade do indivíduo, retirar a aptidão deste para o trabalho, inserindo-o em um meio corrupto e de sevícias, fato esse que auxilia o apenado a voltar a delinquir quando sair do cárcere, ou seja, é um fato que decorre da culpa do próprio Estado, motivo pelo qual deve ser também responsabilizado, atenuando a reprimenda penal do indivíduo.

Ainda no tocante à reincidência, Paranhos (2016, p. 338) cita o ensinamento de Juarez Cirino dos Santos, pois este afirma que a reincidência conduz a uma dupla punição (*bis in idem*), em razão de o agente ser punido por meio da primeira pena aplicada, bem como a majoração da pena, se a segunda infração que praticar for após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, além de inviabilizar institutos despenalizadores ou dificultar acesso a estes, sendo inconstitucional, por ir de encontro ao princípio do *non bis in idem*.

Com base no exposto, entendemos também que a reincidência é inconstitucional e inconveniente, pois o agente acaba sendo punido duas vezes em razão do mesmo fato, tendo em vista que, quando o juiz aumenta a pena do crime posterior, está majorando a pena do crime anterior, o que fica evidente no somatório das reprimendas que se dará na fase de execução.

Logo, percebe-se que a reincidência tem íntima ligação com o *bis in idem*, pois ela agrava a pena, quando na realidade deveria diminuir, e ainda assim, conforme parte da doutrina, deveria ser considerada inconstitucional, pois pune o indivíduo duas vezes, pelo mesmo fato, o que fere o princípio estudado nesta pesquisa.

5.2 Efeitos Criminológicos

Quanto aos efeitos criminológicos, é importante que seja mencionada uma teoria que tem ligação direta com o princípio do *non bis in idem*, que é a Teoria da Rotulação, Labeling Approach ou Etiquetamento, que surgiu nos anos 1960, nos Estados Unidos.

Segundo Paulo Sumariva (2017, p. 75), essa teoria afirma que o crime carece de consistência material, visto que se trata de um processo de reação social, arbitrário e discriminatório de seleção do comportamento humano desviado.

Além disso, essa teoria cria um processo de estigma aos condenados, funcionando a pena como geradora de desigualdade, pois o sujeito acaba sofrendo reação de família, amigos, conhecidos, colegas, acarretando a marginalização no trabalho e na escola.

Em suma, o indivíduo que adquire o status de desviado ou de delinquente, dificilmente conseguirá se libertar desta condição, por dois motivos, que são a dificuldade da sociedade aceitá-lo novamente em seu convívio e porque a experiência de ser considerado delinquente e a publicidade que isso comporta culminam num processo no qual o próprio indivíduo se concebe como tal.

Tendo em vista o exposto, entendemos que quando o apenado cumpre sua reprimenda penal, e mesmo após sair do cárcere, continua sendo estigmatizado em razão desse crime já cometido e com pena cumprida, tem-se um resquício de *bis in idem* nesse comportamento da sociedade, o que denominamos de “*bis in idem* social”, pois o ex apenado está sendo punido duas vezes pela mesmo fato delituoso, sendo a primeira quando fora aprisionado e a segunda quando sofre a estigmatização da sociedade que se utiliza de condutas antissociais para afastar ainda mais o ressocializando de uma vida mais humana e digna.

6 CONCLUSÃO

Pelo que fora estudado, é válido constatar a importância da análise do princípio do *non bis in idem* no Estado Brasileiro, Português, assim como no Sistema Interamericano e

Europeu dos Direitos Humanos.

O estudo realizado perpassou pela análise dos princípios mais utilizados na seara do Direito Processual Penal e, em seguida, observou como ocorre a aplicação do princípio do *non bis in idem*, nas searas citadas.

Percebeu-se que esse princípio tem previsões normativas tanto nacionais quanto internacionais, sendo perceptível na Constituição Portuguesa, na Convenção Americana dos Direitos Humanos, assim como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Contudo, há de se ressaltar que, na Constituição Brasileira, uma parte da doutrina prevê que a previsão do asseguroamento a coisa julgada seja uma vedação ao *bis in idem*.

Além disso, foram abordado neste trabalho, os efeitos da aplicação desse princípio na seara penal, processual e criminológica, detalhando a problemática do instituto da reincidência, que a nosso ver deveria ser uma atenuante de pena e não agravante, quando o judiciário entendesse que esse instituto é constitucional, pois a opinião correta, ao nosso ver, é que a reincidência é inconstitucional, por punir o indivíduo duas vezes pelo mesmo fato criminoso, o que afronta de forma veemente o princípio da vedação à dupla incriminação.

É notável que tal assunto tenha relevância para a sistemática processual penal, assim como para a dos direitos humanos internacionais, tendo em vista que esse princípio é constantemente aplicado nos tribunais respectivos, motivo pelo qual todas as suas nuances e abordagens tem que ser debatidas, de modo a todos operadores do direito terem acesso, por meio desta pesquisa, sobre como ocorre a utilização dessa principiologia.

Sendo assim, é evidente e clara a importância do tema pesquisado como marco na disciplina do Direito Processual Penal e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois através da análise das normativas (nacionais e internacionais), assim como da jurisprudência dos Tribunais já citados, pode-se ter uma abordagem completa da aplicação desse princípio, podendo inclusive trazer alguns efeitos de sua utilização, fato que será de grande utilidade para a compreensão dessa temática principiológica.

7 REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. ISBN: 978-85-309-7514-2.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, dez 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 abr 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, out 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 abr 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 80.263/SP**. Relator: Ilmar Galvão, julgado em 20 de fevereiro de 2003. Publicado em 27 de junho de 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771653/habeas-corpous-hc-80263-sp>>. Acesso em: 15 abr 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 433.898-RS**, 6ª Turma, Informativo 625 STJ, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 24 de abril de 2018. Publicado em 11 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0625.pdf>. Acesso em: 16 abr 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PETIÇÃO 7378/SP**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 22/11/2017. Publicado em 27 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28NON+BIS+I+N+IDEM%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/yay4m2v5>>. Acesso em: 16 abr 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EREsp 1.417.380-RJ**. 3ª Seção, Informativo 631 STJ, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 08 de agosto de 2018. Publicado em 14 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270631%27>>. Acesso em: 16 abr 2019.

BRITO, Alexis Couto de, *et al.* **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN: 978-85-224-9814-7.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 abr 2019.

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. Protocolo nº 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Estrasburgo, 22 de novembro de 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>. Acesso em: 18 abr 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Julgado em 17 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_ing.pdf>. Acesso em: 18 abr 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Mohamed vs. Argentina. Julgado em 23 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_ing.pdf>. Acesso em: 18 abr 2019.

ISASCA, Frederico. **Alteração Substancial dos Factos e sua relevância no Processo Penal Português**. 2. ed. (reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2003. ISBN: 9789724008899.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. ISBN: 978-85-442-1289-9.

MARQUES, Alexandre Paranhos Pinheiro. **Direito Penal: Parte Geral (Coleção Defensoria Pública: ponto a ponto)**. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN: 978-85-472-1071-7.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN: 978-85-97-01454-9.

PACTO Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. [1966]. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 18 abr 2019.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. ISBN: 978-85-93614-00-2.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 2 de outubro de 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>>. Acesso em: 16 abr 2019.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo: 30/18.6YFLSB**. Secção Contencioso. Relator: Tomé Gomes, julgado em 21 de março de 2019. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1eafc7620d54847b802583c5004e52e5?OpenDocument&Highlight=0,non,bis,in,idem>>. Acesso em: 16 abr 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 95-161-1**. Processo: 92-0498, Número Convencional: ACT C00005383. Relator: Assunção Esteves, julgado em 23 de março de 1995. Publicado em 08 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/904714e45043f49b802565fa004a5fd7/dde2a3593d7a02238025682d00644a28?OpenDocument&Highlight=0,non,bis,in,idem>>. Acesso em: 16 abr 2019.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. **Processo: 48/15.0GBLSA.C1**. Relatora: Isabel Valongo, julgado em 09 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/096261a4eeeb40dd80257f73004a82ab?OpenDocument&Highlight=0,non,bis,in,idem>>. Acesso em: 16 abr 2019.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. **Processo: 487/16.0T9STR.E1**. Relator: Gomes de Souza, julgado em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/f12c72be722ec9a0802582350031f490?OpenDocument&Highlight=0,non,bis,in,idem>>. Acesso em: 16 abr 2019.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. **Processo: 3572/01.9TBGMR-C.G1.** Relatora: Margarida Almeida, julgado em 05 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/bc27f0406212fd3080257760004920a0?OpenDocument&Highlight=0,non,bis,in,idem>>. Acesso em: 16 abr 2019.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Processo: 4678/18.0T8LSB.L1-3.** Relator: Maria Perquilhas, julgado em 28 de novembro 2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2990e8dfc876b7998025837d003dc311?OpenDocument&Highlight=0,non,bis,in,idem>>. Acesso em: 16 abr 2019.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Processo: 39/15.1GTAVR.P1.** , Relator: António Luís Carvalhão, julgado em 07 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/171770e7e5766dec802583a2003ebf39?OpenDocument&Highlight=0,non,bis,in,idem>>. Acesso em: 16 abr 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 . ISBN 978-885472300579.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547231071.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547230654.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática.** 4 ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2017. ISBN: 978-85-7626-927-4.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. ISBN: 978-85-442-1039-0.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. Primeira Seção. Caso Jóhannesson e Outros vs. Islândia. Application no. 22007/11. [2017]. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173498>>. Acesso em: 18 abr 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. Quarta Seção. Caso Šimkus vs. Lituânia. Application no. 41788/11. [2017]. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174398>>. Acesso em: 18 abr 2019.

**Submetido em 28 ago. 2019. Aceito em 08 set. 2019.*



A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS E A NATUREZA JURÍDICA *PROPTER REM* DA OBRIGAÇÃO

Thiago Voracoski Santos*

Sumário: 1. Introdução; 2. A responsabilidade civil por danos ambientais e a natureza jurídica *propter rem* da obrigação; 3. Considerações finais; 4 Referências.

RESUMO

O presente artigo analisa a responsabilidade civil por danos ambientais, sob a perspectiva de que, no Direito brasileiro e de acordo com a jurisprudência atual dos tribunais superiores, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a personalidade jurídica do degradador, público ou privado, proprietário ou administrador da área degradada, mesmo ocorrendo a ação exclusiva de terceiros, não isenta o proprietário de responsabilidade civil ambiental por dano ao bem protegido, em que pese não ter contribuído para a deflagração do dano. Trata-se da aplicação da responsabilização de feição objetiva e *propter rem*.

Palavras chave: Responsabilidade Civil. Dano Ambiental. Obrigação.

ABSTRACT

This article analyzes civil liability for environmental damages, under the perspective that, under Brazilian law and in accordance with the current jurisprudence of the higher courts, civil liability for environmental damage, whatever the legal personality of the debtor, public or private, owner or administrator of the degraded area, even in the event of the exclusive action of third parties, does not exempt the owner of environmental liability for damage to the protected good, in spite of not having contributed to the outbreak of damage. It is the application of objectively factual and *propter rem*.

Keywords: Civil responsibility. Environmental Damage. Obligation.

1 INTRODUÇÃO

No atual contexto econômico e social, voltado à produção massiva de capitais, produtos, renda e de geração de riquezas, ocorrem vários fenômenos que transformam profundamente o meio ambiente, de modo que, inevitavelmente, diversas interferências do homem atingem de modo prejudicial, causando degradação ambiental.

* Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Ambiental e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário UNINTER. Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Advogado. Procurador Municipal. thiagovoracoski@gmail.com.

Notadamente, um dos maiores problemas contemporâneos enfrentados pela humanidade diz respeito ao meio ambiente, sendo cada vez mais comum a ocorrência de danos ambientais que causam enormes prejuízos à coletividade, com alterações climáticas e extinção em larga escala de espécies da fauna e da flora.

Neste aspecto, mormente aos diversos negócios jurídicos celebrados entre particulares que consubstanciam a transferência de propriedade entre os homens, surge a necessidade de se verificar a responsabilidade civil por danos ambientais, conjugada com a obrigação de recuperar a degradação ambiental.

Tema de maior relevância e controvérsia entre particulares hodiernamente, o presente estudo analisa a questão da obrigação de recuperar a degradação ambiental, a qual recai sobre o titular da propriedade do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*.

A metodologia de estudo utilizada abrange referenciais doutrinários, jurisprudenciais e análise de casos concretos, em cotejo com a legislação aplicável na esfera cível e ambiental.

Inicialmente, cumpre expor conceituações modernas de meio ambiente, de impacto ambiental, degradação ambiental e dano ambiental, com ênfase em legislação e doutrina.

Um passo a frente, a definição doutrinária de meio ambiente, o conceito de obrigações *propter rem*, bem como a responsabilidade civil pela reparação de danos ambientais.

Finalmente, será apresentado ao leitor casos concretos que foram levados aos tribunais, abrangendo todos os termos conceituados, quais sejam, meio ambiente, obrigações *propter rem*, bem como a responsabilidade civil pela reparação de danos ambientais.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS E A NATUREZA JURÍDICA *PROPTER REM* DA OBRIGAÇÃO

Inúmeros são os conceitos acerca do que vem a ser meio ambiente, degradação ambiental, impacto ambiental, dano ambiental, reparação do dano, responsabilidade civil objetiva e obrigação *propter rem*, ao passo que compete a este artigo jurídico, preliminarmente, a demonstração conceitual sob a perspectiva do direito moderno.

A Constituição Federal de 1988 tutelou o direito ao meio ambiente, nos seguintes

termos:

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 a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

De acordo com a Lei Federal nº 6. 938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, depreende-se nestes termos:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Sobre o conceito contido na Lei Federal nº 6. 938/81, Hugo Nigro Mazzilli (2007, p.152) preleciona que:

O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, com base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis n. 6.938/81 e 7.347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência.

Com o condão de ampliar a abrangência de todos os bens jurídicos tutelados, a Resolução CONAMA 306/2002 alargou o conceito de meio ambiente, dispondo que: “Meio Ambiente é o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Outrossim, objetivando ampliar o conceito de meio ambiente, a ISO 14001/2004 define meio ambiente como “circunvizinhança em que uma organização opera, incluindo-se ar, água, solo, recursos naturais, flora fauna, seres humanos e suas inter-relações”.

Quanto a responsabilização do poluidor em decorrência de dano ambiental, de acordo com o §3º do Art. 225 da Constituição Republicana, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou

jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A responsabilidade é decorrência de toda manifestação humana, seja ativa ou omissiva, e tem como escopo impor a uma pessoa uma obrigação de reparar ou indenizar os danos sofridos por alguém. No âmbito cível, trata-se de cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, e no pagamento de condenação em dinheiro.

A degradação ambiental é resultante de um complexo interativo de fatores econômicos, políticos, tecnológicos e culturais. A degradação ambiental não surge apenas de fatores conjunturais ou do instinto humano. Como também suas consequências não só derivam do uso irracional dos recursos naturais, e sim de uma conjuntura, derivado do capitalismo, modernidade, industrialismo, urbanização e tecnocracia (LOUREIRO, 2008, p. 183).

O impacto ambiental deve ser entendido como uma ação que ocorre no meio ambiente, decorrente de fenômenos naturais, e de ações da humanidade. As consequências desses atos trazem problemas ao local de origem, da mesma forma que pode atingir outros lugares, chegando a níveis globais. O homem se constitui numa das figuras que torna a questão mais complexa, haja vista que ele intervém de forma extensa (ARAÚJO JUNIOR, 2006, p.1)

A doutrina conceitua dano ambiental como (MILARÉ, 2007, p. 812):

(...) toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.

De acordo com a Lei Federal nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, degradação ambiental consiste em:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

A esse respeito, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2011, p. 212) asseveram que:

Na esfera do direito ambiental brasileiro, o legislador, através dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, ambos da Lei 6.938/81 e art. 225, § 3º, da Constituição Federal, estabeleceu ao degradador a obrigação de *restaurar e/ou indenizar* os prejuízos

ambientais. A opção do legislador indica que, em primeiro plano, deve se tentar a restauração do bem ambiental e, quando inviável esta, partir-se para a indenização por sucedâneo ou compensação.

Tratando-se da obrigação de recuperar a degradação ambiental, dispensa-se a verificação do sujeito ativo que ensejou o dano, bastando a verificação da titularidade da propriedade do imóvel, mesmo que o atual proprietário não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO "Não há como se eximir a adquirente desta obrigação legal, indistintamente endereçada a todos membros de uma coletividade, por serem estes, em última análise, os beneficiários da regra, máxime ao se considerar a função social da propriedade. (REsp 1.056.540/GO. Rel. Ministra Eliana Calmon. Data do Julgamento: 25.08.2009. 12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 843.036/PR. Rel. Ministro José Delgado. Data do Julgamento: 17.10.2006)

As obrigações *propter rem*, para Orlando Gomes, “nascem de um direito real do devedor sobre determinada coisa” (GOMES, 2008, p. 21).

Arnoldo Wald preleciona que obrigações “derivam da vinculação de alguém a certos bens, sobre os quais incidem deveres decorrentes da necessidade de manter-se a coisa” (WALD, 2006, p. 60).

Sobre a questão da reparação integral do dano ambiental, a doutrina dispõe que (MIRRA, 2004, p. 317):

(...) a reparação integral do dano ao meio ambiente deve compreender não apenas o prejuízo causado ao bem ou recurso ambiental atingido, como também, na lição de Helita Barreira Custódio, toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso, o que inclui os efeitos ecológicos e ambientais da agressão inicial a um bem ambiental corpóreo que estiverem no mesmo encadeamento causal, como, por exemplo, a destruição de espécimes, habitats e ecossistemas inter-relacionados com o meio afetado; os denominados danos interinos vale dizer, as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do prejuízo e a efetiva recomposição do meio degradado; os danos futuros que se apresentarem como certos, os danos irreversíveis à qualidade ambiental e os danos morais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental.

Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, ressalta que a responsabilidade objetiva ambiental significa que, quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo, sem a necessidade de questionamentos sobre os motivos e a

razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar (MACHADO, 2004, p. 326-327).

E continua o referido autor expondo que não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo da responsabilização civil objetiva ambiental. Posteriormente, se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano (MACHADO, 2004, p. 326-327).

Por derradeiro, preleciona o autor que (MACHADO, 2004, p. 326-327):

Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação. Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá consequências não só para a geração presente, como para a geração futura.

Com relação às situações concretas, especialmente em situações recorrentes de desmatamento ambiental, a obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MÍNIMO ECOLÓGICO. DEVER DE REFLORESTAMENTO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. ART. 18, § 1º, DO CÓDIGO FLORESTAL de 1965. REGRA DE TRANSIÇÃO.

1. Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até "da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente" (REsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse. [...]

3. "A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*" (REsp 1.090.968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010), sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O "novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento. Precedentes" (REsp 926.750/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4.10.2007; em igual sentido, entre

outros, REsp 343.741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 7.10.2002; REsp 843.036/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 9.11.2006; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.203.101/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 18.2.2011). Logo, a obrigação de reflorestamento com espécies nativas pode "ser imediatamente exigível do proprietário atual, independentemente de qualquer indagação a respeito de boa-fé do adquirente ou de outro nexos causal que não o que se estabelece pela titularidade do domínio" (REsp 1.179.316/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 29.6.2010).

Ainda:

ADMINISTRATIVO. RESERVA LEGAL. REGISTRO. NOVO ADQUIRENTE. ART. 16 DA LEI Nº 4.771/65. ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO.

1. Inexiste omissão quando o Tribunal de origem analisa a questão debatida nos autos de forma clara e objetiva, utilizando-se dos elementos que julga suficientes para o deslinde da causa.

2. A ausência de prequestionamento inviabiliza o conhecimento do recurso especial.

3. Ao adquirir a área, o novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 926750/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 20/09/2007, DJ 04/10/2007)

Assim, o adquirente torna-se responsável pelo passivo ambiental do imóvel adquirido. Afirmar contrariamente ensejaria a tormentosa situação de ausência de responsabilidade pelo dano, uma vez que bastaria consumir a infração e desfazer-se do bem lesado para que o dano ambiental estivesse consolidado e legitimado, sem qualquer ônus reparatório. Extrai-se a necessidade de evitar essa lacuna e da possibilidade de impunidade pela ofensa ambiental, logo, a obrigação de reparação segue a coisa (*propter rem*), independentemente do atual titular do domínio/posse.

Vale ressaltar que o simples fato de o novo proprietário se omitir quanto à regularização ambiental, consubstancia-se em nexos causal entre a conduta e o dano.

Nesse sentido, Laila Abud (2011) preleciona que:

Assim, a título exemplificativo, se determinada construção foi realizada em área de preservação permanente ou certo imóvel rural esteja irregular quanto à identificação e registro da reserva legal, não basta ao novo proprietário – que adquiriu a propriedade já naquele estado – promover, respectivamente, a demolição da construção ou averbação da área nos termos da Lei. Imperioso que também adote as medidas adequadas para recuperar ou compensar o dano causado, promovendo a recuperação de áreas degradadas, o replantio de espécies raras, o reflorestamento de determinada área etc.

Destarte, impõe-se as devidas cautelas aos adquirentes de imóvel, especialmente no meio rural, pois, se existir alguma degradação, aparente ou não, necessariamente assume a obrigação pelo passivo ambiental, surgindo o dever de recuperar a área.

Mesmo nos casos em que exista dúvida sobre a conduta do agente (proprietário ou possuidor), não estaria afastado o dever de recuperar a área degradada, tendo em vista o sistema de responsabilidade objetiva decorrente de danos ambientais. A restauração do dano, conforme preconiza a ordenamento jurídico vigente, configura-se verdadeira obrigação imposta ao proprietário ou possuidor da área degradada.

Forte nestes argumentos, os atuais proprietários possuem a responsabilidade direta sobre as atividades desenvolvidas na área, *v.g.*, edificações, e pelos danos ambientais que se consumaram ou tiveram continuação, por ação ou omissão do proprietário.

Não obstante a Constituição Federal de 1988 estabelecer a tríplice responsabilidade ambiental (cível, penal e administrativa), o adquirente não pode ser punido nas esferas administrativa e criminal por fatos que precederam sua posse ou propriedade sobre o bem.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de abordar didaticamente a distinção da responsabilidade civil, penal e administrativa na esfera ambiental:

AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO. [...]

5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.

6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.

7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.

8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual "[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

11. O art. 14, caput, também é claro: "[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]".

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).

13. Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).

14. Mas fato é que o uso do vocábulo "transgressores" no caput do art. 14, comparado à utilização da palavra "poluidor" no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem.

(REsp 1251697/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 12/04/2012, DJE 17/04/2012)

Conforme o julgado supracitado, pelo princípio da intranscendência das penas, com base no Art. 5º, inc. XLV da Constituição Federal de 1988, aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível responsabilizar penal e administrativamente o adquirente por fatos que precederam sua posse ou propriedade sobre o bem.

Conclui-se do julgado que a aplicação de penalidades administrativas e penal não obedecem à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda manifestação humana, seja omissiva ou comissiva, que cause degradação ambiental, tem como escopo impor a obrigação de reparar ou indenizar os danos, mesmo

existindo causas que afastem a responsabilidade civil, haja vista que na esfera ambiental a obrigação de reparar a degradação ambiental adere-se à propriedade.

Conforme analisado, no que se refere aos vários modelos de negócios jurídicos celebrados entre particulares que consubstanciam a transferência de propriedade, surge a necessidade de se verificar a responsabilidade civil por danos ambientais precedentes a transferência da posse e do domínio do bem, eis que poderá surgir a obrigação de recuperar a degradação ambiental, mesmo sendo preexistente ou causado por culpa exclusiva de terceiros.

Tendo em vista o exposto no decorrer deste estudo, conclui-se que predomina na doutrina e na jurisprudência a tese de que a obrigação de recuperar a degradação ambiental é do titular da propriedade do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*.

Ainda, constatou-se que, tratando-se da obrigação de recuperar a degradação ambiental, dispensa-se a verificação do sujeito ativo que ensejou o dano, bastando a verificação da titularidade da propriedade do imóvel, mesmo que o atual proprietário não tenha contribuído para a deflagração do dano.

Evidenciou-se que recaí ao adquirente da propriedade a responsabilidade objetiva do pelo passivo ambiental do imóvel adquirido, mesmo que preexistente o dano ou culpa exclusiva de terceiros.

Conforme analisado, a jurisprudência firmou tese preocupando-se em evitar situações em que, causado o dano, bastaria consumir a infração e desfazer-se do bem lesado para que o dano ambiental estivesse consolidado e legitimado, sem qualquer ônus reparatório. Destarte, efetiva-se a tutela do direito ao meio ambiente de qualidade e saudável, com a respectiva responsabilidade e ausência de impunidade, independentemente do atual titular do domínio/posse.

Vale ressaltar que o simples fato de o novo proprietário se omitir quanto à regularização ambiental, consubstancia-se o nexos causal entre a conduta e o dano.

No entanto, quando configurar no caso concreto a aplicação de medidas essencialmente punitivas, somente podem ser impostas a quem praticou as atividades que culminaram com a degradação ambiental, ou seja, o adquirente não pode ser punido nas esferas administrativa e criminal por fatos que precederam sua posse ou propriedade sobre o bem.

Assim, pelo Princípio da Intranscendência das Penas, com base no Art. 5º, inc. XLV da Constituição Federal de 1988, não é possível responsabilizar penal e

administrativamente o adquirente por fatos que precederam sua posse ou propriedade sobre o bem, devendo observância à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

A dinâmica dos países e sociedades vem se transformando rapidamente, de forma que a previsão de uma vida futura em um ambiente natural e de boa qualidade, tal qual temos hoje, são improváveis se a política ambiental não for repensada, bem como na busca incessante pelo aprimoramento de mecanismos legislativos, judiciários e de aplicação prática pelos tribunais, tais como a responsabilidade civil objetiva pelos danos ambientais, fazendo com que todos, independentemente se causadores ou não de danos ambientais, repensem suas atitudes para com a coletividade, garantindo para as presentes e futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4 REFERÊNCIAS

ABUD Leila. **A responsabilidade ambiental como obrigação propter rem**. Disponível em: <<http://www.edgardleite.com.br/publicacoes/artigos/2011/02/a-responsabilidade-ambiental-como-obrigacao-propter-rem/>>. Acesso em: 02-12-2016.

ARAUJO JUNIOR, Arlindo Matos de. **Geografia: Impactos Ambientais**. (Tutorial) Dezembro de 2006. Disponível em <<http://www.juliobattisti.com.br/tutoriais/arlindojunior/geografia036.asp>>. Acesso em 03-12-2016.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo; LAYRARGUES, Philippe Pomier; CASTRO, Ronaldo Souza de. (orgs.); **Sociedade e meio ambiente: a educação ambiental em debate**. 5ªed. São Paulo: Cortez, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2007.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 05 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery, in. **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

** Submetido em 26 jun. 2019. Aceito em 07 ago. 2019.*



ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO

Yasmin Souza da Silva*

Sumário: 1. Introdução; 2. O Estado e a Administração Pública; 2.1. O Estado Democrático de Direito; 2.1.1 Separação dos Poderes e o Sistema dos Freios e Contrapesos; 2.2. A Administração Pública Democrática; 2.2.1. Os Poderes da Função Administrativa; 3. Ato Administrativo; 3.1. Atos vinculados x Atos discricionários; 3.2. Submissão aos Princípios Constitucionais; 4. Controle Jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários; 4.1. Limites aos Exercício do Controle Jurisdicional dos atos discricionários realizado pelo Poder Judiciário; 5. Conclusões; 6. Referências.

RESUMO

Este estudo possui o escopo de analisar, de forma não exaustiva, o controle do Poder Judiciário sobre o mérito do ato administrativo discricionário em face da nova ordem jurídica iniciada com a Constituição federal de 1988, na qual um novo conceito de Estado é apresentado, com consequências diretas na atuação da Administração Pública. Durante muito tempo sustentou-se que o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário era limitado à análise da legalidade desses atos, sendo-lhe vedado adentrar na análise de mérito (oportunidade e conveniência). Ocorre que, ao longo do tempo, tal impedimento acabava por propiciar a prática de abusos e extrapolações pela Administração Pública. Em decorrência disso, boa parte da doutrina modificou o seu entendimento no sentido de limitar os atos discricionários administrativos, submetendo-os cada vez mais ao controle jurisdicional. É a partir da Constituição federal de 1988, a qual sedimenta o Estado Democrático de Direito, trazendo novo sentido ao nosso ordenamento jurídico, ampliando os direitos e garantias da sociedade e do indivíduo, que surge a necessidade de uma Administração Pública Democrática, em que não há mais fundamento para que o Poder Judiciário se quede inerte quando instado a se manifestar acerca da análise de mérito do ato administrativo discricionário.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Administração Pública. Ato discricionário. Controle. Poder Judiciário. Ato administrativo.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze, objectively, the control of the Judiciary Power over the merits of the discretionary administrative act according to the new legal order initiated with the federal Constitution of 1988, which presents a new concept of state with direct consequences for the Public Administration. For a long time it has been argued that the control of discretionary administrative acts by the Judiciary Power has been limited to

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Direitos Difusos pela Universidade Anhaguera – LFG. Advogada. E-mail: yasmin.souza@gmail.com.

the legality analysis of these acts, not being allowed the merit analysis (due to opportunity and convenience). This impediment eventually led to the practice of abuse and extrapolation by the Public Administration. As a consequence, the legal interpretation has changed in a way to limit administrative discretionary acts, increasingly subjecting them to judicial control. From the federal Constitution of 1988, which consolidates the Democratic Rule of Law, bringing new meaning to the legal system, expanding the society and individual rights and guarantees, arises the need for a Democratic Public Administration in which there is no longer basis for the Judiciary to be inert when required to convey about the merits analysis of the discretionary administrative act.

Key words: Democratic Rule of Law; Public Administration; Discretionary Act; Control; Judicial Power; Administrative Act.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos exercidos com base no poder discricionário da Administração Pública, ou seja, dos atos formados em parte por elementos de subjetividade do administrador.

À Administração Pública é permitido emanar atos com base nos critérios de oportunidade e conveniência, tendo em vista a insuficiência da lei em abranger todas as possibilidades que irão existir no caso concreto. Afinal, ao legislador é impossível presumir e regradar todas as situações existentes nas relações sociais.

No entanto, o problema é que a Administração Pública não pode utilizar-se das suas faculdades discricionárias para afrontar direitos e garantias dos cidadãos, considerando que o Estado, a partir da Constituição federal de 1988, ganhou o status de Democrático de Direito, passando a ter o objetivo principal de defender o interesse público, estando o Estado como um todo submetido ao ordenamento jurídico.

É importante registrar que o presente trabalho não possui a pretensão de exaurir o tema tratado, pois ainda se encontra em fase de transição, mas, sim, auxiliar e contribuir na reflexão e no debate acerca do controle jurisdicional e da discricionariedade administrativa, em que se objetiva demonstrar a possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário à luz dos preceitos constitucionais.

Inicialmente, discorrer-se-á acerca do Estado Democrático de Direitos e da Administração Pública Democrática, esta com ênfase em sua função administrativa discricionária e vinculada. Posteriormente, adentrar-se-á na conceituação de ato administrativo, distinguindo-se o discricionário do vinculado. Por fim, discutir-se-á

acerca do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, bem como o seu limite.

2 O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na análise do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, é necessário que, primeiramente, decorra-se acerca da delimitação dos conceitos de Estado e de Administração Pública. É no conceito de Estado que se encontra toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos, os quais serão prestados aos administrados, de acordo com o posicionamento de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 60).

Para Moreira Neto (2011, p. 19), o Estado deve ser entendido como sendo uma instituição juspolítica, a qual concentra poder e o exerce sobre pessoas e bens em seu território até o alcance de sua ordem jurídica, a fim de realizar a sua destinação, qual seja, servir aos interesses públicos. Ademais, a concessão pela sociedade de poderes ao Estado é o que garante a instituição do Poder Estatal, que, por existir em uma sociedade democrática, tem por fim o interesse público¹, o qual garante ser denominado também de Poder Público.

Já a Administração Pública deve ser entendida através de três sentidos, segundo a análise de Meirelles (2010, p. 65-66), o qual aduz que:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica *atos de governo*; pratica, tão-somente, *atos de execução*, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados *atos administrativos*.

Desse modo, os conceitos de Estado e Administração Pública se entrelaçam na medida em que este é complemento, componente essencial daquele para se garantir a organização social em busca da satisfação de um interesse coletivo, o qual é um direito preservado, principalmente, na Constituição Federal de 1988, ao fazer alusão à

¹ No entendimento de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 119), o “interesse público é a aspiração de uma coletividade para a obtenção de um bem, de uma atividade ou de um serviço de fruição geral”.

democracia, ao se garantir um Estado Democrático de Direito.

2.1 O Estado Democrático de Direito

O surgimento do Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição de 1988, garante à sociedade mais participação popular, trazendo direitos e garantias a serem seguidos pelos representantes, pois o Estado é submisso à lei e ao Direito. Para Flávia Bahia Martins (2013, p. 305):

A noção de Estado Democrático de Direito compreende, portanto: a) Estado de direito – submissão ao império da lei, divisão de poderes; b) Estado democrático – é o fundamento na soberania popular, o povo participa na evolução do seu país; c) componente revolucionário – é a vontade de transformação social, o povo participa das decisões principais de seu país.

Desse modo, percebe-se que os reflexos da Carta Magna visam repelir possíveis abusos que venham a ser praticados pelo poder público, em que as mudanças presentes limitam o poder de atuação do Estado. Com isso, afirma Oliveira (2010, p. 18) que: “A consagração da noção de Estado de direito por um Texto Constitucional teria, em linhas gerais, dupla finalidade: a imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos”.

No mesmo sentido, Di Pietro (2011, p. 29) aduz que:

Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do *Estado Democrático de Direito*. Duas ideias são inerentes a esse tipo de Estado: *uma concepção mais ampla do princípio da legalidade* e a ideia de *participação* do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública.

A Constituição de 1988 traduz a necessidade de submeter o Estado ao controle da lei e do Direito através dos princípios e valores existentes no seu texto. Entende-se que os liames trazidos vinculam as três esferas de poder, devendo, quando verificado a inobservância dos mesmos, ocorrer o controle dos atos, em especial aqui tratando de atos administrativos discricionários. Assim, assevera Di Pietro (2011, p. 29) que:

Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito.

A base de todo esse pensamento ocorre por meio da Constituição federal de 1988, no art. 1º, o qual aduz que a República Federativa do Brasil se constitui pelo Estado Democrático de Direito, em que se constata que o termo democrático qualifica o Estado, e, de acordo com José Afonso da Silva (2010, p. 119), “[...] irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”.

O Estado Democrático de Direito, portanto, é concretizado a partir das normas e princípios estabelecidos na legislação, os quais garantirão o poder de participação da sociedade na formação das decisões estatal em busca de garantir que sua atuação seja voltada ao interesse público.

2.1.1 Separação dos Poderes e o Sistema dos Freios e Contrapesos

Para garantir a eficácia do Estado Democrático de Direito, é necessário que o poder não esteja na mão de uma só pessoa, de modo a não se permitir abusos e violações de direitos. Desta forma, impõe-se a separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário.

É impossível tratar do controle jurisdicional sem compreender, inicialmente, a Separação dos Poderes ou a Teoria da Tripartição dos Poderes, que é entendida, hoje, como princípio, o qual tem por fundamento inicial impedir que o poder político fosse concentrado nas mãos de apenas uma pessoa. (COELHO, 2002, p. 134). Diante disso, o referido autor (COELHO, 2002, p. 135) assevera que “[...] construiu-se a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), cujo objetivo outro não é senão assegurar o exercício independente, porém controlado de cada um dos poderes”.

À vista disso, o Poder Judiciário poderá intervir tanto no Poder Legislativo, ao realizar o controle de constitucionalidade das leis, quanto no Poder Executivo por meio do controle jurisdicional dos atos administrativos. (COELHO, 2002, p. 135). Com a presença do *checks and balances*, ou teoria dos freios e contrapesos, o que se pretende é que haja a independência do exercício das funções típicas de cada poder, contudo, não implicando em exercício soberano e incontestável.

Desse modo, tendo em vista a existência do Princípio da Separação dos Poderes, justifica-se o sistema de freios e contrapesos. Com isso, nenhum dos Poderes existirá com poder absoluto e infinito, havendo sempre o controle, em princípio, ao ocorrer quebra da legalidade, uma vez que o controle será realizado sempre, em primeiro lugar, com

parâmetro na Constituição federal de 1988, a qual é a base de todo ordenamento jurídico.

Assim, o princípio da separação dos poderes não deve ser levantado como razão para impedir o exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, uma vez que não existe poder absoluto. São, sim, independentes os três poderes, todavia, a partir do momento que há violação dos princípios, das garantias, das leis, do Direito, ou seja, de alguma parte do ordenamento jurídico, deverá o Poder Judiciário – desde que acionado – cumprir o seu papel e jamais se eximir da sua função.

2.2 A Administração Pública Democrática

Atualmente, tem-se um ordenamento jurídico voltado a concretizar um Estado Democrático de Direito, em que se procura priorizar a sociedade. Não existe mais um Estado soberano e sem limites, devendo, assim, ser o mesmo submetido às leis e ao Direito. Isso acaba refletindo no nível da participação popular no Estado, bem como na forma de atuar da Administração Pública.

Assevera Oliveira (2010, p. 21) que:

No que tange à realidade institucional brasileira, a junção da noção de *democracia* à de *Estado de direito*, levada a efeito pela atual Constituição, muito mais que estabelecer um qualificativo do modo de ser do nosso Estado Federal, foi responsável pela atribuição aos cidadãos de um direito de primeiríssima grandeza, de importância inquestionável: o *direito de participação nas decisões estatais*.

Desse modo, entende-se que a participação popular na administração é um dos principais meios, considerando o poder de intervir, direta ou indireta, do cidadão na gestão do Poder Público, garantidores da efetivação da democracia administrativa. (OLIVEIRA, 2010, p. 21-22).

A participação popular tem grande influência na ingerência do Poder Público, vez que visa controlar as decisões emanadas pelo mesmo, conforme explica Baptista Machado (1996 *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 22), ao sustentar que:

[...] a participação teria uma dupla função: uma função legitimadora, que pretende assegurar uma maior legitimidade político-democrática às decisões da Administração Pública e ao exercício da função administrativa; e uma função corretiva, cujo objetivo se traduz em aumentar a correção das decisões administrativas, quer sob o ponto de vista técnico-funcional, quer sob o prisma da sua justiça interna.

Já para Odete Medauar (2003 *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 168), a participação popular na Administração Pública refere-se:

a) à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; b) ao decréscimo da discricionariedade; c) atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; e d) às práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses.

Portanto, entende-se que a efetivação da Administração Pública Democrática se dará por meio da permissibilidade do controle do poder público pelo indivíduo, em que o povo tem mais acesso e poder nas decisões administrativas. A participação popular é o principal acesso do cidadão nas ações realizadas pelo Estado.

2.2.1 Os Poderes da Função Administrativa

A Administração Pública, para que desempenhe a sua função administrativa e satisfaça o interesse público e coletivo, possui determinados poderes para a realização das atividades administrativas, os quais são pautados pelos princípios norteadores, em que se privilegia o interesse público em relação ao interesse individual.

Nesse sentido, Meirelles (2010, p. 119) afirma que:

Para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de *poderes administrativos* – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas.

Os poderes administrativos são classificados² em: poder vinculado, poder discricionário, poder hierárquico, poder disciplinar, poder regulamentar e poder de polícia. Para este estudo, interessa trazer apenas a distinção entre o poder vinculado e o poder discricionário, os quais são contrapostos.

Há poder vinculado quando a Administração Pública está adstrita ao que ordena a lei, no momento em que pratica determinado ato, não existindo margem de escolha para o administrador. Sobre o tema, destaca Dirley da Cunha (2012, p. 79) que:

A atividade administrativa será vinculada quando o regramento legal impuser

² A classificação dos poderes administrativos trazida no presente trabalho é a utilizada pelo doutrinador Hely Lopes Meirelles (2010, p.119), em que se deve destacar que não é uma classificação unânime entre os doutrinadores, todavia, será a utilizada.

todas ou quase todas as exigências para a sua atuação, ordenando a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto de maneira impositiva e cogente. Como consequência disso, no exercício de atividade vinculada só há uma solução, que é a que decorre da lei, não podendo a Administração Pública adotar outra.

Dessa forma, podemos dizer que o poder vinculado é o garantido pela lei à Administração Pública, a fim de que pratique os seus atos de acordo com os elementos determinados e os requisitos necessários para a sua formação (MEIRELLES, 2010, p. 120). Por sua vez, o poder discricionário confere ao Administrador Público o poder de escolha, de acordo com a oportunidade e conveniência para o interesse público, na realização de atos administrativos. Acerca do tema, Irene Patrícia Nohara (2009, p. 28) afirma que:

O poder discricionário é a prerrogativa que tem a Administração Pública de optar, dentre duas ou mais soluções, segundo critérios de oportunidade e conveniência (juízo de mérito), por aquela que melhor atenda ao interesse público no caso concreto. Ele não é um poder autônomo, na medida em que implica a liberdade de atuação dentro da lei. A Administração, ao praticar um ato discricionário, deve respeitar os limites da lei em que se fundamenta. Diferenciam-se, portanto, os conceitos de discricionariedade e arbítrio, sendo que este último gera uma situação de ilegalidade.

Com isso, o poder discricionário deve ser entendido como aquele concedido pela lei – tanto expressa como implicitamente – ao Poder Público, no intuito de praticar os atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. (MEIRELLES, 2010, p. 121).

3 ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo é ato jurídico, que não se confunde com fato administrativo. Como bem assevera Meirelles (2010, p. 154), que o ato administrativo é uma manifestação volitiva da Administração Pública, quando se encontra desempenhando sua Função Pública, na pretensão de produzir efeito jurídico, o que acaba distinguindo do fato administrativo, que não possui conteúdo jurídico, sendo uma atividade pública material.

Diante disto, percebe-se que os atos administrativos recebem essa nomenclatura tendo em vista serem atos jurídicos emanados intencionalmente pela Administração Pública. Há divergência na doutrina quanto ao conceito de “ato administrativo”. Sendo assim, vejamos alguns conceitos retirados de renomados doutrinadores.

Assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 389) que:

[...] é possível conceituar ato administrativo como: *declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*

Na visão de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 153), o conceito de ato administrativo “*é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*”.

Para Di Pietro (2011, p. 194-195), o ato administrativo deve ser definido com base nos critérios subjetivo e objetivo, em que no primeiro o ato administrativo é o que os órgãos administrativos ditam, sendo excluídos os atos do Legislativo e do Judiciário, e incluídos os atos da Administração. Já pelo critério objetivo, os atos administrativos são somente aqueles praticados no exercício exclusivo da função administrativa.

Ocorre que, enquanto o particular pode realizar qualquer ato desde que não esteja proibido em lei, a Administração Pública só pode realizar ato administrativo quando a Lei assim permitir, ou seja, os atos administrativos estão adstritos ao que prevê a lei.

O ato administrativo se compõe por cinco elementos³ ou requisitos, de acordo com a doutrina majoritária, quais sejam: o sujeito, a forma, a finalidade, o objeto e o motivo.

Desta forma, considera-se sujeito quem a própria lei designa para a prática do ato. O renomado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 395) define o sujeito como o autor do ato, aquele que possui os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo. Ou seja, aquele que é competente para realizar o ato.

No que concerne à forma, entende-se que é o meio pelo qual o ato administrativo se manifesta no mundo exterior. O autor Alexandre Santos de Aragão (2011, p. 47) afirma que “ao contrário do direito privado, em que a forma dos atos jurídicos é em princípio livre, no Direito Administrativo as formas são sempre estabelecidas em lei, sendo por via de regra estabelecida a forma escrita”. Percebe-se que, para que seus atos tenham validade, deve a Administração Pública emaná-los com estrito rigor a lei, de forma legal.

Já a finalidade é resumida pelo fim público que se pretende atingir. Aduz Di

³ No presente estudo, utilizou-se a classificação dos atos administrativos quintipartite amplamente divulgada por Hely Lopes Meirelles (2010, p.155). Todavia, na doutrina existe intensa divergência quanto à divisão dos elementos formadores do ato administrativo.

Pietro (2011, p. 211) que “é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato”. Diante disto, nota-se que a finalidade busca um efeito mediato, a fim de atender ao interesse público.

Enquanto a finalidade pretende um efeito mediato, o objeto tem efeito jurídico imediato. Meirelles (2010, p. 158) afirma que o “ato administrativo tem por *objeto* a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público”.

Por sua vez, o motivo, como bem assevera Di Pietro (2011, p. 212), serve de fundamento para o ato administrativo, sendo pressuposto de fato e de direito. Todavia, cabe ressaltar, que o mesmo não deve ser confundido com a motivação, a qual é a exposição dos motivos, ou seja, é quando se demonstra, por escrito, os motivos de fato e de direito que levaram a realização do ato administrativo.

Neste ponto, destaca-se que a discussão acerca do tema tratado se encontra no âmbito, em regra, do objeto e do motivo do ato e, em casos excepcionais, na forma do mesmo, devendo-se registrar que jamais haverá discricionariedade no sujeito e na finalidade do ato.

Na doutrina, os atos administrativos recebem diversas classificações, que para o presente trabalho só nos interessa a referente quanto ao grau de liberdade da Administração Pública na prática do ato administrativo, o qual é dividido em vinculado e discricionário.

3.1 Atos Vinculados X Atos Discricionários

A partir da classificação dos atos administrativos quanto ao grau de liberdade do Administrador Público para a prática da atividade estatal é que temos a divisão entre atos vinculados e atos discricionários. Quanto aos atos vinculados, aduz Meirelles (2010, p. 171) que:

Atos vinculados ou *regrados* são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.

Dessa forma, quando o Poder Público pratica esse tipo de ato, está sujeito às indicações legais ou regulamentares, não podendo delas se afastar ou desviar sem,

contudo, viciar a ação administrativa. (MEIRELLES, 2010, p. 171). Nos atos vinculados o Administrador está adstrito a todos os elementos (sujeito, forma, finalidade, motivo e objeto) que compõe o ato administrativo, os quais são definidos em lei previamente.

Enquanto no ato vinculado há o engessamento do atuar da Administração Pública, no ato discricionário há liberdade quanto à escolha dos motivos (oportunidade) e do objeto (conveniência). Logo, na discricionariedade nem todos os elementos do ato serão discricionários, a competência, a finalidade e a forma encontram-se ainda vinculados pela lei.

Convém registrar que ato discricionário não é sinônimo de ato arbitrário. Nos ensinamentos de Meirelles (2010, p. 172), percebe-se que a discricção e arbítrio apresentam-se como conceitos totalmente opostos, em que, na discricção, a liberdade de ação encontra-se dentro dos limites da lei, e já o arbítrio é uma atitude do administrador totalmente oposta e excedente da lei. Portanto, afirma o doutrinador que, quando permitido pelas normas, o ato discricionário é legal e válido, enquanto que o ato arbitrário é e sempre será inválido e ilegítimo.

Dessa forma, ao garantir o exercício da competência discricionária, jamais estará se justificando o exercício de qualquer ação arbitrária, a ser realizada ao arrepio da lei. Assim, o ato discricionário é exercido através da permissão da lei e com a observância e sujeição a ela. (MEIRELLES, 2010, p. 173). Para entender o que distingue esses dois atos, apresenta-se os ensinamentos do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 434-435):

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.

Após essas relevantes considerações, um ponto é importante deixar claro. Ensina Meirelles (2010, p. 174) que independente de ser vinculada ou discricionária a atividade do administrador público, esta deverá sempre ser exercida para o fim legal, que deve colimar o bem comum, em última análise. Assim, o ato administrativo discricionário, apesar de garantir certa margem de escolha no que diz respeito à conveniência e à oportunidade (o mérito), sempre estará adstrito aos princípios jurídicos e ao ordenamento

jurídico como um todo.

Nessa linha, percebe-se que, ao estar diante de um ato discricionário, tem o administrador público o dever de tomar uma decisão que seja correspondente com o interesse público, pois terá sempre a função de bem administrar. Dessa forma, o juízo de oportunidade e conveniência se efetiva no momento em que o administrador público escolhe determinado ato que melhor satisfaça o interesse público, dentre os meios legais, idôneos, úteis, proveitosos, eficientes para a sociedade.

Por isso que uma apreciação equivocada pelo Poder Público das situações que estejam num juízo subjetivo do administrador público, tendo em vista a lei não esgotar as situações de fato e com precisão, pode ensejar o ato administrativo inoportuno e inconveniente, onde se apresenta uma escolha errônea, por conta de todo ordenamento jurídico.

Diante disto, aduz Juarez Freitas (2007, p. 45-46) que:

O “mérito” (atinentes ao campo dos juízos de conveniência ou de oportunidade) não é diretamente controlável, mas o *demérito ou a antijuricidade* o serão, *inescapavelmente. Mais que nunca, a discricionariedade legítima supõe o aprofundamento da sindicabilidade, voltada à afirmação dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública.* No rumo desse expressivo avanço, força consolidar uma nova era dos atos administrativos, agora sob o signo promissor da *motivação*.

Por fim, entende-se que é essencial, a fim de se cumprir o direito fundamental de boa administração e de garantir o efetivo interesse público, que o ato administrativo discricionário seja sempre motivado, visto que permitirá a transparência da decisão do agente público, facilitando, com isso, o controle jurisdicional do mérito dos atos discricionários.

3.2 Submissão aos Princípios Constitucionais

Um ponto importante que regula a atuação do Poder Público, permitindo, com isso, a atuação do Poder Judiciário através do controle, é a submissão dos atos da Administração Pública aos princípios, explícitos ou implícitos, previstos na Constituição federal de 1988.

Os princípios que norteiam a Administração Pública estão consagrados na nossa Carta Magna, os quais são elevados à categoria de princípios constitucionais e são de extrema importância quanto ao tema tratado, tendo em vista que são balizadores da

atuação administrativa, conduzem toda atuação do Poder Público.

Meirelles (2010, p. 88) ao tratar do tema dos princípios discorreu:

[...] por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.

Os princípios se distinguem das regras em virtude de seu conteúdo, pois expressam valores ideais, em que as regras estabelecem condutas. Ademais, os princípios são superiores às regras, possuindo uma densidade normativa menor que as regras, tendo em vista serem construídos a partir de enunciados, ao contrário das regras que descrevem condutas, e, por muitas vezes, estabelecem consequências.

Segundo Mello (2013, p. 975):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Dessa forma, os princípios possuem a função fundamental de limitar e condicionar o exercício de qualquer competência discricionária, em que, atualmente, os princípios do Direito Público e do Direito Administrativo começam a ganhar destaque perante essa função, como, por exemplo, os princípios da moralidade, eficiência, proporcionalidade etc., segundo Aragão (2011, p. 55).

Percebe-se que, apesar da presença do binômio oportunidade e conveniência, haverá limitações aos elementos discricionários dos atos, as quais são realizadas através dos princípios gerais do Direito e das regras da boa administração. (MEIRELLES, 2010, p. 123). Assim, o Poder Judiciário estará habilitado, vez que é perfeitamente cabível, a realizar o controle de mérito dos atos discricionários.

Logo, verificado pelo agente público que diversas são as possibilidades de ação, ele tem obrigação de realizar aquela que melhor se coadune aos fundamentos e aos objetivos da República, garantindo que o interesse público seja respeitado.

Com isso, Hely Lopes Meirelles (2010, p. 123) com bastante propriedade aduz que:

[...] a atividade discricionária permanece sempre sujeita a um duplo condicionamento: externo e interno. Externamente, pelo ordenamento jurídico a que fica subordinado toda atividade administrativa, [...]; internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa.

Portanto, o mérito dos atos administrativos discricionários está submetido, além do que aduzem as leis, aos princípios gerais de direito, os quais impõem restrições à atuação do Poder Público, permitindo que não ocorram abusos e nem ameaças ao Direito.

4 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

No âmbito da Administração Pública, entende-se que controle, segundo Meirelles (2010, p. 697), “é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre conduta funcional de outro”.

Segundo Di Pietro (2011, p. 735), o controle da Administração Pública tem por fim garantir que sua atuação seja em consonância com os princípios impostos pelo ordenamento jurídico, o qual pode ocorrer até nos aspectos discricionários da atuação administrativa, diante de certas circunstâncias.

Diferentemente do que ocorre em inúmeros países europeus que adotam o sistema francês, no Brasil o que vigora é o sistema de jurisdição única, o qual permite apenas e exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, definitivamente, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, independentemente de quais sejam os litigantes. Diante disto, o Poder Judiciário controla, *in concreto*, a atuação da Administração Pública, podendo anular suas condutas ilegais ou ilegítimas, com base no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, presente na Carta Magna. (MELLO, 2013, p. 962-963).

Durante muito tempo, a doutrina e a jurisprudência entenderam que a atuação do Poder Judiciário era limitada a legalidade do ato administrativo, em que era inadmissível a análise de mérito do respectivo ato. O controle só podia ser realizado na parte extrínseca do ato discricionário, jamais podendo o judiciário adentrar na parte intrínseca, ou seja, na sua justiça ou injustiça. (COELHO, 2002, p. 42-43).

No entanto, a existência do controle jurisdicional acerca do mérito do ato administrativo discricionário é meio eficaz para garantir a liberdade do cidadão, pois evita que a Administração Pública tenha controle absoluto. Não se admite, na

Administração Pública Democrática, a qual deve priorizar os princípios da legalidade, transparência, democracia, justiça, a ausência da análise do mérito dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário. De acordo com Juarez Freitas (2007, p. 7):

O Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como *o Estado das escolhas administrativas legítimas*. Assim considerado, nele não se admite a discricionariedade pura, intátil, sem limites. Em outras palavras, impõe-se controlar (ou, ao menos, mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. Faz-se cogente, sem condescendência, enfrentar todo e qualquer “demérito” ou antijuricidade das escolhas públicas, para além do exame adstrito a aspectos meramente formais.

Diante disso, o Poder Judiciário passa a ter um importante papel, posicionando-se como meio de garantir a efetivação dos preceitos constitucionais. Não incorrendo em inobservância da tripartição dos poderes. Tendo em vista que no Estado Democrático de Direito, de acordo com o art. 2º da CF/1988, não existe uma separação dos poderes totalmente, o que há é uma relação harmônica e interdependente entre eles.

Todavia, há questionamentos acerca da interferência do Poder Judiciário quando da análise de mérito do ato administrativo discricionário, com base no argumento de que haveria violação da tripartição dos poderes presente na Carta Magna. Ocorre que o sistema de freios e contrapesos surge justamente a fim equilibrar as relações entre os poderes.

Dessa forma, não é possível admitir que a separação dos poderes seja utilizada como argumento ao desacato ou ao descumprimento de direitos da cidadania. Percebe-se que, diante do exposto, o ato administrativo discricionário na sua análise de mérito é perfeitamente passível de controle pelo Poder Judiciário, e de acordo com Meirelles (2010, p. 123): “Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois a Justiça poderá dizer sobre sua legitimidade e os limites de opção do agente administrativo, ou seja, a conformidade da discricionariedade com a lei e com os princípios jurídicos”.

Nota-se que, como o legislador não poderia prever os inúmeros casos concretos existentes, é necessário que a lei garanta uma margem de liberdade a fim de não engessar a Administração Pública. Todavia, é a lei em si que traz no seu bojo uma discricionariedade, tendo em vista que, ao analisar o caso concreto, o administrador deverá realizar um determinado ato conforme a ponderação de valores, princípios e

garantias. Assim, entende-se que a determinação legal é discricionária, mas o ato por si próprio é vinculado, a decisão realizada pelo agente público deve se limitar às garantias presentes essencialmente na Carta Maior.

Posto isso, é perfeitamente plausível que o Poder Judiciário controle os atos administrativos quando o agente público no uso da discricionariedade (binômio oportunidade e conveniência) inviabiliza os direitos e garantias do administrado a fim de garantir a estrita obediência à lei e ao Direito.

4.1 Limites ao Exercício do Controle dos Atos Discricionários realizado pelo Poder Judiciário

O Poder Judiciário, quando acionado, pode controlar os atos administrativos discricionários, inclusive quanto ao seu mérito. No entanto, este controle deverá observar determinados limites, no sentido de se evitar que um Poder se sobreponha a outro, tornando-se uno.

Acerca dos momentos em que poderá o Judiciário atuar no controle dos atos discricionários, discorre Badin (2013, p. 70):

Classicamente, a doutrina sustenta que o ato administrativo deve ser anulado pelo Poder Judiciário quando (i) não se inclua nas atribuições legais do agente que o praticou (*incompetência*); (ii) importe violação da Constituição, lei, regulamento ou outro ato normativo (*objeto ilícito*); (iii) desrespeite as formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato (*vício formal*); (iv) seja motivado em matéria de fato ou de direito materialmente inexistente ou juridicamente inadequado ao resultado obtido (*motivação*); e (v) desvie de sua finalidade visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (*desvio de finalidade*).

Além disso, devemos acrescentar que caberá ao Poder Judiciário anular ato emanado pelo Poder Executivo sempre que esteja demonstrada violação aos princípios e direitos fundamentais, inclusive no espaço de liberdade concedido pelo Poder Legislativo ao Executivo, nomeado de oportunidade e conveniência, ou seja, o mérito do ato administrativo discricionário.

Entretanto, há ainda, na doutrina, autores que defendem a não intervenção do judiciário no âmbito do mérito (binômio oportunidade e conveniência) do ato discricionário, os quais entendem que aqui é que está presente a limitação da atuação do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário. Esse posicionamento deve ser rechaçado, de acordo com Moraes (1999, p. 35-36):

A concepção clássica de discricionariedade – traduzível na impossibilidade de controle judicial, concebida à época em que o Direito se identificava com a legalidade – “direito por regras”, precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea do “direito por princípios”, o que implica também a redefinição de categorias afins, como o mérito do ato administrativo.

Desse modo, não se coaduna com a tese da impossibilidade de controle judicial do mérito do ato discricionário, em que pese tal posicionamento ainda existir na doutrina, tendo em vista que foi formulado e sedimentado através de construção doutrinária, e que aos poucos vem sendo desconstruída.

Isso se deve ao fato de não existir em lei nenhuma do ordenamento jurídico pátrio referência à impossibilidade de o Poder Judiciário controlar o mérito dos atos discricionários. Pelo contrário, a nossa Constituição, em seu art. 5º, XXXV, protege a inafastabilidade da tutela jurisdicional. Ademais, os princípios passam a ganhar força no ordenamento jurídico, tendo o papel primordial de garantir a efetividade do interesse público.

Destaque-se que, segundo Siraque (2005, p. 91-93), o termo correto a ser utilizado não seria controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, mas sim controle social. Isso porque o autor diferencia controle e julgamento, explicando que o controle seria realizado pela parte interessada, a qual exerce um direito que lhe é concedido, e o julgamento é exercido pelo Judiciário, que possui um poder. Assim, para esse autor, o controle dos atos administrativos é realizado pela sociedade, através do controle social, ao ativar o Poder Judiciário, o qual tem por regra ser inerte, atuando apenas quando provocado.

Frise-se que o limite do Poder Judiciário está justamente em não ultrapassar as possibilidades de atuação dele que aqui foram expostas. Com isso, caberá a cada magistrado entender qual o limite de sua atuação dentro do caso concreto que lhe é apresentado.

Os limites do controle do Poder Judiciário estão estabelecidos nas opções em que se entende cabível a realização o controle. Ou seja, no momento em que o administrador público atua no exercício de discricionariedade dentro dos liames legais e principiológicos, não será admissível a atuação do controle jurisdicional. No entanto, caso tais liames sejam extrapolados, caberá o controle pelo Poder Judiciário, desde que provocado pelo controle social.

5 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, conclui-se que ao Poder Judiciário é permitido o controle do mérito do ato administrativo discricionário, por mais que a Administração Pública tenha livre escolha, com base na oportunidade e conveniência, para a expedição de seus atos, quando permitido em lei.

A preocupação com a liberdade concedida pela lei à Administração Pública encontra-se presente no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que há cada vez mais a necessidade de proteger os direitos dos administrados, evitando-se arbitrariedades e abusos por parte do Poder Público. Desse modo, a atuação do administrador público deve sempre ser subordinada à lei e aos princípios de direito que regem as relações jurídicas.

Percebe-se que a atuação do Poder Judiciário frente à discricionariedade da Administração Pública sofreu mudanças ao longo da história, de modo que hoje já se admite e tem aceitação na doutrina a possibilidade de controle judicial do ato administrativo discricionário.

O controle o mérito dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, com base, sobretudo, nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade e da igualdade, deve ocorrer, de modo a garantir a submissão da Administração Pública não só às normas constitucionais e legais, mas também aos princípios implícitos e explícitos no ordenamento jurídico.

Ora, no Estado Democrático de Direito há a finalidade maior de se garantir os direitos sociais e individuais, bem como o respeito às normas jurídicas por todos, inclusive pelo próprio Estado. Desse modo, estando presente a violação a regras ou princípios constitucionais ou legais, não é mais possível se admitir que o Poder Judiciário se esquive da análise do mérito do ato administrativo discricionário, fundamentando-se no princípio da separação dos poderes.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria Geral dos Atos Administrativos: uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Salvador: JusPodvim, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justiniano de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1998**. São Paulo: Saraiva, 2005.

**Submetido em 16 set. 2019. Aceito em 18 set. 2019.*



O TRABALHO PENITENCIÁRIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Yasmin Souza da Silva*

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico do Trabalho Penitenciário; 3. O trabalho dos reclusos no atual ordenamento jurídico brasileiro; 4. A não recepção da Lei de Execução Penal pela Constituição federal de 1988 no que tange ao regime de trabalho dos presos; 4.1 O valor social do trabalho; 4.2. A igualdade; 4.2.1. A equiparação salarial; 5. Conclusões; 6. Referências.

RESUMO

Este artigo possui como escopo analisar criticamente o regime jurídico de trabalho ao qual os presos são submetidos no Brasil. Demonstrar-se-á que a Lei de Execução Penal, no que tange à regulamentação do trabalho dos presidiários, viola a Constituição federal de 1988, pois afasta direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, como o salário-mínimo e o décimo terceiro salário. Verificar-se-á que a igualdade e o valor social do trabalho devem presidir as relações de trabalho nos presídios nacionais, de forma a evitar a exploração de mão de obra barata carcerária pelos agentes públicos e privados.

Palavras-Chave: Trabalho Prisional. Lei de Execução Penal. Constituição federal. Salário Mínimo. Valor Social do Trabalho. Igualdade.

ABSTRACT

This article has the purpose of analyzing the legal regime to which inmates are submitted to in Brazil. It will be demonstrated that the law which addresses penal execution in the matter of work regulation, when it comes to prison labor defies the federal Constitution of 1988 on the grounds that it goes against fundamental rights related to minimum wage and thirteenth salary. It will also be verified that what should prevail in the aspect of work relation in national prisons is equality and social work value, in a way that avoids exploitation of cheap inmate labor by both public and private agencies.

Keywords: Prison Labor. The Penal Execution Law. Federal Constitution. Minimum Wage. Social Value of Work.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da incompatibilidade do regime de trabalho dos presos previsto na Lei de Execução Penal com os princípios e direitos fundamentais com os

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Direitos Difusos pela Universidade Anhaguera – LFG. Advogada. E-mail: yasmin.ssouza@gmail.com.

princípios e direitos fundamentais assegurados pela Constituição federal de 1988, a qual visa a implementação de um Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, há de ser traçado um histórico acerca da utilização do trabalho no cumprimento das penas privativas de liberdade. Posteriormente, analisaremos o trabalho dos presos no sistema penal brasileiro, o qual é regulado pela Lei de Execução Penal. Por fim, faremos uma análise dos principais fundamentos constitucionais que impedem que o regime jurídico de trabalho dos presos seja recepcionado pela Constituição federal de 1988.

2 HISTÓRICO DO TRABALHO PENITENCIÁRIO

Ao longo da história da humanidade, o trabalho sempre existiu como forma de punição para os que delinquiram, bem como para os prisioneiros de guerra (CONTI *apud* ASSALY, 1934, p. 88). Entretanto, o seu regime foi evoluindo e se transformando com o passar dos séculos e a evolução do Direito Penal e Trabalhista.

Nas grandes civilizações da antiguidade, ocidentais e orientais, bem como no Egito, na Pérsia e na Grécia, os prisioneiros de guerra, quando não eram mortos, eram transformados em escravos, ficando submetidos a todas as formas de exploração e executando os serviços de maior periculosidade. Entretanto, nessa época os presos não estavam sob a tutela de um Estado. Eles eram de propriedade particular dos integrantes das altas classes sociais, daqueles que os capturavam nas batalhas e também dos reis ou imperadores.

Já na Idade Média, com a redução das batalhas por conquista de terras, diminuiu-se a quantidade de prisioneiros submetidos ao trabalho forçado. Quanto aos que delinquiram, a estes era aplicada a pena de morte, através de suplícios (CARVALHO, 2011, p. 51), como o enforcamento e a fogueira. Nessa época, ainda não existia a pena privativa de liberdade. Os estabelecimentos penais eram temporários e só abrigavam os criminosos durante o período que antecedia sua execução.

Durante o Estado Absolutista, o cárcere também foi utilizado apenas como o local em que os condenados ficavam aguardando o cumprimento da pena capital. Nesse período, a justiça punitiva caracterizou-se primordialmente por processos atroz, inquisitivos e sem respeito algum à dignidade do réu. As prisões serviam para manter o indivíduo preso e incomunicável, pelo tempo necessário para a instrução do processo – o que poderia significar alguns anos – bem como para que os interrogatórios,

acompanhados de torturas e castigos corporais, pudessem ser realizados (ASSALY, 1934, p. 36).

Saliente-se que, no Brasil, as práticas punitivas eram semelhantes às praticadas na Europa. O Livro V das Ordenações Filipinas – código penal brasileiro que vigeu até 1830 – chegou a ser definido pelo jurista Machado Neto como um “catálogo de monstruosidades” (CARVALHO, 2011, p. 52).

O desenvolvimento do trabalho prisional se deu concomitantemente com a pena privativa de liberdade. Inicialmente, ele estava ligado à concepção retributiva da pena (PAULA, 2007), ou seja, era visto como uma vingança, pois apenas a reclusão não era suficiente para punir os violadores das normas: fazia-se necessário o trabalho análogo ao de um escravo, uma forma de discipliná-los e enfraquecê-los e, ao mesmo tempo, um meio para utilizar sua força laboral em prol das produções do Estado.

Com o movimento iluminista e o desenvolvimento do capitalismo, o humanismo é trazido à baila, favorecendo a diminuição das penas corporais e incentivando as penas privativas de liberdade, com cunho não apenas retributivo, mas também pedagógico e reabilitador. Os grandes pensadores e filósofos do iluminismo, como Voltaire, Montesquieu e Rousseau, vão trazer bases mais humanas e racionais para o fundamento do direito de punir, ao ponto em que estabelecem um novo sistema punitivo, baseado nos parâmetros da humanidade e proporcionalidade.

O trabalho vai deixando de ser um castigo e passa a ser um instrumento de ressocialização: ele tira o criminoso do ócio, lhe estimula e lhe dignifica. É o trabalho refletindo a ética cristã.

A industrialização europeia e americana e o período de guerras incentivaram ainda mais o uso de mão de obra penitenciária, em decorrência da alta demanda por trabalhadores no setor privado. Nessa época, a Organização Internacional do Trabalho – OIT editou Convenções e Recomendações acerca do trabalho penitenciário, visando eliminar progressivamente o trabalho obrigatório nos estabelecimentos prisionais (PAULA, 2007).

Mas é no período pós-guerra, com a criação da Organização das Nações Unidas e a Declaração do Direito do Homem e do Cidadão, que o trabalho penitenciário mais se desenvolve. A ONU editou, em 1955, as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, o qual, entre outras coisas, regulamentava e fazia recomendações acerca do trabalho penitenciário, das condições laborativas e dos acidentes de trabalho:

Sobre as Regras Mínimas editadas pela Organização das Nações Unidas, são elas parte do que Anabela Miranda Rodrigues chamou de “consolidação de uma nova posição jurídica do recluso”, caracterizada essa nova posição pela restituição do condenado à sua autêntica dimensão humana. Visto o condenado na sua qualidade de cidadão, tornasse ele portador do direito à manutenção de sua dignidade humana. Para a autora, as regras mínimas significaram a passagem, na seara do Direito Penitenciário, das especulações para o campo da legalidade. (FUDOLI *apud* BAQUEIRO, 2012).

O conjunto de Regras Mínimas não dispõe propriamente sobre sistemas penitenciários, mas sugere procedimentos para o tratamento penal dos reclusos, o que influenciaria as legislações e normatizações dos serviços penitenciários em muitos países.

Assim, foi implantada a base para o desenvolvimento do trabalho digno nas penitenciárias, modelo que seria seguido por muitos países, visando a ressocialização do criminoso e a conseqüente diminuição dos índices de reincidência. Entretanto, faz-se necessário ressaltar que, malgrado as recomendações da ONU, as penas de trabalho forçado ainda são constantes em alguns países como China e Coreia do Norte.

Importante observar também que, no Brasil, a evolução do trabalho nas prisões se deu mais tardiamente, haja vista que o fim da escravidão e o processo de industrialização só ocorreram no séc. XIX. O trabalho obrigatório, porém remunerado, começou a ser previsto na parte geral do Código Penal de 1940, mas não havia implementação. Esta só se deu com a Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP), que regula o trabalho dos reclusos e prevê como benefício a remição da pena na proporção de um dia de pena para cada três dias trabalhados.

3 O TRABALHO DOS RECLUSOS NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho penitenciário está previsto no art. 34 do Código Penal, o qual admite o trabalho apenas no período diurno, ressalvado o repouso no período noturno. O Código Penal ainda estabelece as possibilidades de trabalho externo no regime fechado e no semiaberto.

Mas a regulamentação do trabalho só é realmente efetuada pela Lei de Execução Penal, em seu capítulo III, o qual determina que o trabalho tenha finalidade educativa e produtiva e ressalva a necessidade de precauções relativas à saúde e higiene do trabalho. A LEP estabelece, ainda, que a jornada de trabalho não seja inferior a 6 (seis) horas diárias, nem superior a 8 (oito) horas diárias, com descanso nos domingos e feriados.

Essas, entretanto, são umas das poucas proteções conferidas pela LEP aos presos, a qual traz um regime severo para o trabalhador recluso, regime este que afronta os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, resguardados pelo art. 7º da Constituição federal de 1988.

Isso porque, por expressa previsão da LEP, em seus arts. 28 e 29, o regime de trabalho ao qual o preso é submetido não é o regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, nem tampouco tem o preso o direito de ser remunerado com um salário mínimo ou pelo piso salarial da categoria cuja função exerça. O recluso pode receber qualquer remuneração, desde que não inferior à $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário-mínimo.

Como justificativa, os defensores do atual regime afirmam que o trabalho é, na verdade, uma obrigação do condenado, e que, por meio dele, os presos já podem obter o benefício da remição da pena, na proporção de menos um dia de pena para cada três dias de trabalho prestados.

Entretanto, tal justificativa não deve perdurar, pois o trabalho do recluso não é uma obrigação, como dispõe o art. 31 da LEP¹, já que a Constituição federal, em seu art. 5º, XLVII, dispõe, como garantia fundamental, que não haverá penas de trabalhos forçados. Ora, o trabalho do preso não é forçado, pois ele tem a faculdade de executá-lo, ou não; e, no caso de negativa, apenas deixará de receber o benefício da remição. Além disso, os referidos dispositivos da Lei de Execução Penal não podem afastar direitos previstos na Constituição federal, quais sejam o salário-mínimo e o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (art. 7º, incisos IV e V, da CRFB). Importante observar, ainda, que esses não são os únicos direitos dos quais os presos são privados.

Como a LEP não exclui nenhum outro direito expressamente, não deveria haver dúvidas acerca da aplicação dos demais direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição federal aos reclusos, com as devidas ressalvas, tendo em vista que o adicional por trabalho noturno, por exemplo, não cabe no trabalho prisional, haja vista que o Código Penal só permite o trabalho diurno. No mesmo sentido, não caberia falar em licença paternidade, já que o apenado não poderia deixar o estabelecimento prisional para visitar sua prole.

Ocorre que os condenados são privados da maioria dos direitos trabalhistas

¹ Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

previstos no art. 7º da Constituição Federal, como licença gestante, adicional por insalubridade e periculosidade, o décimo terceiro, o gozo de férias remuneradas, entre outros, os quais não são reconhecidos pelo Poder Judiciário, haja vista a omissão da LEP e a descaracterização de relação trabalhista celetista.

Além desses, os presos também são privados de outros direitos constitucionais, como o direito à greve, previsto no art. 9º¹; já que a Lei de Execução Penal, em seu art. 50, inciso I, o considera falta grave, punível com a perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos pelo preso, além da regressão de regime. A Lei de Execução Penal, portanto, exclui o apenado do regime jurídico da CLT e não o posiciona em um regime jurídico que assegure todos os direitos sociais previstos da Constituição, transformando-o em uma mão de obra barata, fácil de ser explorada e que não atrai consigo todos os encargos trabalhistas, em um flagrante desrespeito aos direitos dos condenados, direitos esses que não deveriam ser afetados, pois não abarcados pela sentença penal condenatória. Acerca da exploração da mão de obra penitenciária, assevera MATURANA (2001):

Ocorre que, em face da notória falência do sistema carcerário nacional, o Estado tem deixado de lado o propósito educativo-regenerativo, para – sob o pálio de combater o ócio –, apenas oferecer mão-de-obra carcerária barata a terceiros, o que o faz em desobediência às normas de regência e em detrimento dos direitos dos próprios encarcerados e dos trabalhadores que compõem a sociedade livre.

Também é esse o quadro destacado por Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (2012, p. 21), o qual ela denomina de “Terceirização Selvagem”. Segundo ela, as prisões firmam parcerias com entes privados, os quais utilizam a mão de obra carcerária em serviços e obras. Ocorre que a administração dos presídios não realiza nenhuma fiscalização acerca das condições de trabalho. Destarte, os presos são submetidos a péssimas condições de trabalho, perfazendo jornadas de trabalho superiores à prevista na Lei de Execução Penal, sem receber nenhum benefício, e com uma remuneração de apenas $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo.

Importante observar, ainda, que a LEP cria restrição do número de presos empregados em obras externas, num limite máximo de 10% (dez por cento) do total de empregados da obra. Entretanto, a Lei 7.210/84 não faz a mesma restrição para a utilização da mão de obra carcerária em serviços, permitindo, assim, que empresas se utilizem totalmente da mão de obra dos presos, sem o devido respeito às normas

¹ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

trabalhistas. Além disso, não há a devida fiscalização por parte da administração pública ou do Ministério Público do Trabalho, de forma que não raro os presos são utilizados em porcentagem superior ao limite estabelecido na LEP (BAQUEIRO, 2012).

Frise-se que a Lei de Execução Penal também viola as Regras Mínimas da ONU para o tratamento dos Reclusos. Os dispositivos de número 73 e 76 da referida normatização da ONU trazem regras importantes acerca da remuneração dos reclusos:

73. 2) Quando os reclusos forem empregues para trabalho não controlado pela administração, devem ser sempre colocados sob vigilância do pessoal penitenciário. Salvo nos casos em que o trabalho seja efetuado por outros departamentos do Estado, as pessoas às quais esse trabalho seja prestado devem pagar à administração a remuneração normal exigível para esse trabalho, tendo, todavia em conta a remuneração auferida pelos reclusos.

76. 1) O tratamento dos reclusos deve ser remunerado de modo equitativo.

A exigência de uma remuneração equitativa e equivalente à remuneração exigível para o mesmo tipo de trabalho reflete a regra estabelecida no artigo XXIII, “2”, da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, a qual estabelece que todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

4 A NÃO RECEPÇÃO DO REGIME DE TRABALHO DOS PRESOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição de 1988 tem o claro objetivo de implementar um Estado Democrático de Direito no Brasil. Por isso, ela traz um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, bem como dispõe, logo em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana. Tais princípios e garantias trazidos pela Constituição têm aplicação direta e imediata, e devem prevalecer em relação às normas infraconstitucionais, só podendo ser relativizadas diante de conflito com outras normas constitucionais.

Ocorre que a Lei de Execução Penal entrou em vigor em 1984; anterior, portanto, à promulgação da Constituição federal do Brasil, de 1988. Ocorre que, no que tange à regulamentação do trabalho dos presos, é clara a impossibilidade de recepção da LEP pela Constituição, haja vista que a Lei 7.210/84 afronta direitos e princípios constitucionais da nova ordem jurídica instaurada pela Constituição.

4.1 O Valor Social do Trabalho

A Lei de Execução Penal viola frontalmente o princípio do Valor Social do Trabalho, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, inciso IV, da Constituição federal. O valor social do trabalho decorre da importância do trabalho em si para a sociedade, pois é instrumento de coesão e progressão social, bem como tem poder produtivo e gerador de riquezas.

Ao estabelecer o Valor Social do Trabalho como princípio autônomo, o legislador constituinte reconhece a importância do trabalho para a sociedade brasileira, e, ao mesmo tempo, compromete os futuros legisladores e aplicadores do direito a implementar esse princípio, utilizando-o com função fundamentadora, hermenêutica e supletiva.

Do conteúdo do valor social do trabalho decorre o Direito ao Trabalho, o Dever de Trabalho e, resalte-se, o Dever de uma retribuição justa, tendo aqui como parâmetro não o agente trabalhador, digno de uma justa remuneração, mas a justa retribuição pelo trabalho que foi realizado, ou seja, a retribuição pelo valor que teve aquele trabalho para a sociedade.

Destarte, quando a LEP prevê um salário a menor para o recluso, está ela afrontando o Valor Social do Trabalho, pois ela retribui, de forma injusta, o trabalho que por ele foi realizado; trabalho este que tem toda uma repercussão positiva na progressão da sociedade.

Além disso, ao afastar do preso o direito ao salário-mínimo, ela faz com que o preso não tenha a percepção do valor social que tem aquele trabalho por ele executado, já que é extremamente mal retribuído. E, ao ser omissa quanto a todos os direitos sociais trabalhistas, a Lei de Execução Penal acaba por transformar o trabalho do recluso apenas num meio de obter a remição penal, retirando dele a noção de que o trabalho é fundamento da sociedade.

4.2 Da Igualdade

Acerca do alcance do princípio da Igualdade, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

Rezam as constituições - e a brasileira estabelece em seu art. 5º, caput - que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. (MELLO, 2004, p. 3)

Ora, se não pode uma lei ser editada em desconformidade com a isonomia prevista na Constituição federal, também não pode a lei antiga permanecer no ordenamento jurídico de viola frontalmente tal princípio. Assim sendo, não pode a Lei de Execução Penal ser recepcionada pela Carta de 1988, no que tange ao regime jurídico de trabalho dos presos, se ela trata de forma diferenciada o trabalhador livre e o trabalhador condenado.

Em justificação do Projeto de Lei nº. 541/2007, de sua autoria, o deputado Lelo Coimbra destaca a igualdade como principal razão para o pagamento de salário-mínimo aos reclusos que realizam atividades laborativas: “O esforço despendido pelo preso, na sua atividade laboral, não pode ser recompensado de forma desigual, simplesmente pela sua condição de condenado. Para isto, já existe a pena, com a função punitiva pelo delito cometido”.

Tal argumento impõe não só a necessidade de pagamento de salário-mínimo aos reclusos trabalhadores, mas também a necessidade de pagamento do piso salarial correspondente à função exercida, ou, de outra forma, pessoas que exercem as mesmas atividades receberiam remunerações extremamente desproporcionais, pelo único fato de uma estar livre, e a outra condenada a pena privativa de liberdade.

Interessante observar que, em décadas passadas, seja por questões sociais, seja pela impunidade nas classes mais abastadas, a população carcerária era predominantemente analfabeta, tendo a maioria dos presos o mesmo nível de escolaridade e formação. Hoje, entretanto, a situação mudou um pouco, sendo mais comum encontrar-se reclusos que tenham formação em cursos técnicos e de ensino superior, os quais, se exercerem a profissão para o qual são capacitados, deverão ter direito ao piso salarial da categoria correspondente.

É o caso, por exemplo, de uma condenada que, tendo se formado em enfermagem, agora trabalhe junto à enfermaria da penitenciária. A remuneração justa por tal serviço não é o salário-mínimo, nem tampouco 3/4 (três quartos) do salário-mínimo previsto na LEP, e sim a remuneração prevista como piso para o exercício de tal profissão.

Faz-se necessário, ainda, ressaltar que o princípio da igualdade tem importantes repercussões no Direito do Trabalho, garantindo que não haja discriminação na relação de emprego, seja por idade, raça, sexo ou orientação sexual, bem como garantindo que a todo trabalho de igual valor, corresponderá salário igual.

4.2.1 Da Equiparação Salarial

A equiparação salarial é evidente repercussão do princípio constitucional da igualdade, e está prevista no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como é objeto da Súmula nº 06 do Tribunal Superior do Trabalho. Ela determina que, sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

Como trabalho de igual valor, entende-se aquele realizado no mesmo período, com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de serviço não for superior a dois anos. Apesar dos presos não estarem submetidos ao regime da CLT, essa regra deve ser tomada como fundamento para que seu trabalho, com mesmo valor e produtividade que o trabalho dos cidadãos livres, seja objeto da mesma remuneração, ou estar-se-ia diante de uma violação ao princípio da igualdade.

Saliente-se que o artigo XXIII, “2”, da Declaração Universal dos Direitos Humanos também estabelece que “Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho”.

Ora, a equiparação salarial revela que o fator determinante para a remuneração é o valor (produtividade) do trabalho exercido e não quem o exerce, de forma que não deve haver diferença remuneratória por circunstâncias pessoais do agente (sexo, idade, nacionalidade, ou, ainda, estar ou não cumprindo condenação penal).

Um dos principais motivos para que haja essa diferença salarial é a necessidade de atrair interesses dos agentes privados na contratação da mão de obra de presidiários. Entretanto, não se mostra razoável manter em nosso ordenamento uma norma claramente inconstitucional apenas para atrair tais contratações.

Muito mais plausível se mostra a implementação do trabalho dos presos através da criação de cotas em grandes empresas, do incentivo fiscal, ou ainda de atuações em parceria com o Projeto Começar de Novo, do Conselho Nacional de Justiça, bem como com o Ministério Público do Trabalho. Outro exemplo de iniciativa para promoção do trabalho dos presos poderia ser realizada através de reformas à Lei 8.666/1993, acrescentando hipóteses de critérios de desempate ou preferência para empresas que contenham um percentual de mão de obra oriunda do sistema penitenciário.

5 CONCLUSÕES

Em princípio, conclui-se que a Lei de Execução Penal, no que tange ao regime de trabalho dos presos, é incompatível com o ordenamento jurídico pós-Constituição federal de 1988 e com a concepção axiológica de trabalho humano estabelecida por ela.

A legislação vigente desrespeita o preso enquanto trabalhador, bem como desrespeita o valor social do trabalho por ele realizado, sujeitando os reclusos a uma relação de trabalho severa, que beneficia apenas agentes públicos e privados, interessados em adquirir mão de obra barata. Negar os direitos sociais fundamentais aos presos é negar a própria condição humana dos condenados à pena privativa de liberdade, haja vista que os direitos sociais trabalhistas são garantidos pela Constituição federal a todos os cidadãos.

A violação do princípio estruturante do valor social do trabalho ocorre de forma direta, pois não é observado o dever de uma justa remuneração, dever esse que decorre do referido princípio. Assim, o preso não tem a percepção devida acerca do valor social daquele trabalho por ele executado, já que é extremamente mal retribuído – financeiramente e em direitos. O presidiário enxerga o trabalho de forma utilitarista, apenas como um meio para garantir a redução da pena. O trabalho é transformado, assim, em um meio de se garantir a remição.

Ademais, remunerar o trabalhador preso com salário menor do que aquele atribuído ao trabalhador livre que realiza trabalho de igual valor implica em ofensa direta ao princípio constitucional da igualdade.

Entretanto, apesar da evidente incompatibilidade, a Lei de Execução Penal continua vigente, produzindo efeitos como se válida fosse e culminando numa grave exploração da mão de obra carcerária pelas empresas privadas e pelo Estado, os quais se aproveitam da mão de obra barata dos presos, sob a qual não recaem encargos trabalhistas.

Nesse contexto, deve ser suspensa a aplicação os dispositivos da LEP que afrontam diretamente a Constituição federal, pois, com a promulgação da mesma, eles foram automaticamente revogados.

Assim, tendo em vista a não recepção do regime de trabalho dos presos pela Constituição de 1988, conclui-se que devem ser estendidos ao regime de trabalho dos presos todos os direitos e garantias trabalhistas estabelecidos pela Constituição, ainda que não haja modificação na Lei de Execução Penal, haja vista que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSALY, Alfredo Issa. **O Trabalho Penitenciário: Aspectos Econômicos e Sociais**. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1934.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Da necessidade de declaração e respeito aos direitos trabalhistas dos presos e o papel do Ministério Público do Trabalho no combate à exploração da mão de obra carcerária.** Disponível em: <<http://www.baqueioravazzano.adv.br/page3.html>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

CARVALHO, Robson Augusto Mata. **Cotidiano Encarcerado:** o tempo como pena e o trabalho como “prêmio”. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MATURANA, José Fernando Ruiz. Considerações sobre o trabalho do preso. **Revista de Direito do Trabalho**, nº 105, Curitiba: Genesis, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

PAULA, Gáudio Ribeiro de; OLIVEIRA, Maxwell Caixeta de; OLIVEIRA, Maxwell Caixeta de; PAULA, Gáudio Ribeiro de. ***O Trabalho do Preso e seus Direitos: Uma Perspectiva da Situação no Distrito Federal.*** Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 25 de out. de 2007.

****Submetido em 16 seti. 2019. Aceito em 18 set. 2019.***



REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOBRE O PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE RELATIVA DO NOME CIVIL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Yasmin Souza da Silva*

Sumário: 1. Introdução; 2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3. Direito ao Nome; 4. Reflexos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sobre a Imutabilidade do nome civil; 5. Conclusões; 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este artigo possui como escopo analisar como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem influenciado as possibilidades jurídicas de alteração do nome civil e flexibilizando o Princípio da Inalterabilidade do Nome Civil. Far-se-á uma análise dos principais julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, inclusive sobre a possibilidade de alteração do prenome do transgênero, bem como da retirada do sobrenome do genitor em razão de abandono afetivo. Demonstrar-se-á que o nome, como direito da personalidade, possui papel de formação e consolidação da personalidade, de modo que, em determinadas situações, é possível sua alteração, em atendimento ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Dignidade da Pessoa Humana. Nome Civil. Imutabilidade do Nome. Constituição Federal. STJ. STF.

ABSTRACT

This article was written with the intention of analysing how the Principle of the Dignity of Human Person is having influence over the legal possibilities in which is possibly for people to change their civil names and over the loosening of the Principle of Stability (Immutability) of Name. It's done an analysis of the main cases ruled by the Supreme Justice Court and by the Supreme Court about the subject, including about the possibility of transgender people changing their first name, as well as the possibility of removing the surname of a parent regarding cases of affective abandonment. It'll be demonstrated that Name, as a personality law, has a fundamental role in formation and consolidation of someone's personality, in a matter that in such occasions it's possibly it's transformation as a way of meeting the needs brought by the Principle of the Dignity of Human Person.

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Direitos Difusos pela Universidade Anhaguera – LFG. Advogada. E-mail: yasmin.souza@gmail.com.

Keywords: Dignity of Human Person, Civil Name, Supreme Justice Court, Supreme Court, Stability of Name.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de um estudo acerca do direito personalíssimo ao nome, elemento de identificação social da pessoa, o qual, em regra, é regido pelo princípio da inalterabilidade. Contudo, além das situações expressamente previstas na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem admitindo a flexibilização do referido princípio com base na Dignidade da Pessoa Humana.

Inicialmente, há de ser demonstrado o conceito do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Posteriormente, analisaremos as particularidades do direito ao nome e do princípio da inalterabilidade relativa do nome civil. Por fim, faremos uma análise de algumas das principais decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da flexibilização da imutabilidade do nome civil, com base na Dignidade da Pessoa Humana.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil. Trata-se, portanto, de um valor constitucional Supremo, núcleo axiológico do ordenamento jurídico pátrio.

Sobre as razões para a elevação do princípio da dignidade humana à categoria de fundamento da República, José Afonso da Silva (1998, p. 1) explica que há nítida relação com uma situação anterior de grave violação dos direitos humanos. O autor afirma que a Alemanha foi a primeira a erigir o princípio como direito fundamental expressamente previsto no art. 1º de sua constituição, declarando que "A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais".

Tal declaração ocorreu após o fim da 2ª Guerra Mundial, e da intensa violação de direitos ocorrida durante o regime nazista. As mesmas razões teriam justificado também a positivação do princípio da dignidade humana nas constituições portuguesa e espanhola, findo os respectivos regimes ditatoriais. No Brasil, não foi diferente. O fim do regime militar, e seu contexto de restrição das liberdades públicas, de torturas e violação de direitos humanos levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana no art.

1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 1998, p. 1-2), como um princípio fundamental.

Para Uadi Lammego Bulos (2015, p. 508), princípios fundamentais são diretrizes imprescindíveis à configuração e formação do Estado, refletindo valores do ordenamento jurídico, postulados básicos e os fins da sociedade. Segundo o autor, os princípios elevados pela Constituição Federal à condição de fundamentos da República são o alicerce do “edifício constitucional”, e devem servir de orientação ao intérprete, na tomada de suas decisões, sobretudo pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo.

Para o autor (BULOS, 2015, p. 513), ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o constituinte consagrou um imperativo de justiça social, um “valor constitucional supremo”. Ainda acerca da elevação do princípio da dignidade humana ao patamar de princípio fundamental, André Ramos Tavares (2018, p. 305), destaca que:

A Constituição de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º. Como se sabe, a opção constitucional brasileira, quanto à dignidade da pessoa humana, foi por considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º. Parece que o objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja, como bem anota JORGE MIRANDA, “fundamento e fim da sociedade, porque não pode sê-lo o Estado, que nas palavras de ATALIBA NOGUEIRA é “um meio e não um fim”, e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem.

Tavares (2018, p. 306-307) salienta que o princípio da dignidade da pessoa humana não surgiu com Kant, visto que já no pensamento estoico, a dignidade era tida como uma qualidade que distinguia o ser humano das demais criaturas. No entanto, frisa que o filósofo Immanuel Kant foi quem provavelmente mais contribuiu para a delimitação do conceito da dignidade da pessoa humana, ao definir o homem como fim em si mesmo.

A contribuição de Kant para o desenvolvimento teórico da dignidade humana também é comentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2010, p. 17), o qual destaca que o referido filósofo fez conceituações imprescindíveis sobre autonomia e dignidade. Quanto à dignidade, esta teria fundamento na autonomia, que nada mais é do que a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal traz as diferenciações fundamentais realizadas por Kant acerca das coisas e das pessoas. Para Kant, tudo tem um preço ou

dignidade. As coisas que têm preço são plenamente substituíveis por outras ou pelo preço. No entanto, quando algo está acima do preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, estar-se-ia diante de uma pessoa. A pessoa, então, não possui preço, mas dignidade.

Assim, segundo a filosofia kantiana, as coisas seriam verdadeiros “meios”, valores relativos e condicionados. Já as pessoas, enquanto seres racionais, existiriam como fins em si mesmas, e não como meios. O ser humano, portanto, seria um valor absoluto, pois existe como fim em si mesmo (SILVA, 1998, p. 2).

Acerca do conteúdo da dignidade da pessoa humana, Tavares (2018, p. 306) adverte que há uma dificuldade de conceituação e de delimitação do conteúdo. Para ele, a dignidade do homem não abarcaria tão somente a questão do homem não poder ser um instrumento, como afirmava Kant, mas também, em razão disso, ser o homem capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar, seu agir e decidir.

Já Bulos (2015, p. 513) expõe de forma ampla o conteúdo da dignidade humana, o qual englobaria diversos valores:

O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens sem os quais o homem não subsistiria.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 4, grifo nosso), ao discorrer sobre a evolução da dignidade da pessoa humana, também destaca que há uma dificuldade na conceituação do conteúdo mínimo deste princípio:

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a idéia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura póspositivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista.

O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. **Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil,** tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.

Apesar da dificuldade de conceituação e de delimitação do seu conteúdo mínimo, é possível identificar um determinado consenso na doutrina, no sentido de que a dignidade da pessoa humana é reconhecida como valor supremo pela Constituição Federal de 1988, bem como que o referido princípio atrai e determina a realização, implementação e efetivação dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Segundo Tavares (2018, p. 312), “ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”. Assim, os direitos fundamentais – sejam políticos, liberais, sociais etc – buscam justamente garantir a dignificação do homem.

Neste contexto de elevação da dignidade da pessoa humana à princípio fundamental da República – inclusive como uma orientação ao legislador ordinário – os novos diplomas normativos que vieram a ser editados sob o prisma da Constituição de 1988, passaram a refletir e implementar os direitos fundamentais constitucionais, com fundamento na dignidade humana. A Constituição Federal passa a irradiar seus princípios para todo o ordenamento jurídico, seja de forma expressa, seja de forma interpretativa. É a chamada constitucionalização do Direito Civil

Desta forma, os institutos do Código Civil brasileiro também passaram por uma releitura, tanto com a edição do Código Civil de 2002, como com uma interpretação à luz dos direitos e garantias consagrados na Constituição de 1988. Ou seja, a Carta de 1988 impôs uma releitura dos institutos do Direito Civil, reformulando-os em seu conteúdo (FARIAS, 2017, p. 65).

Não foi diferente com o instituto do nome civil, direito da personalidade expressamente previsto no Código Civil Brasileiro de 2002, e que passa a ser lido pelos Tribunais Superiores à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição, de modo a garantir o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3 DIREITO AO NOME

A doutrina civilista, dentro de uma abordagem classificatória didática, tende a encaixar os vários direitos da personalidade em três categorias: direito à integridade

física, direito à integridade psíquica (moral) e integridade intelectual, conforme nos ensinam os civilistas Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2018, p. 200).

O direito ao nome integra o direito à integridade psíquica, segundo doutrina majoritária. Para os fins deste artigo, portanto, nos ateremos a esta categoria, que, conforme explicam Chaves, Rosenvald e Braga Netto (2018, p. 206, grifo nosso):

É praticamente impossível tratar de qualquer aspecto do direito civil atual sem pensar na integridade psicofísica do ser humano. Aliás, a grande parte das discussões e das demandas civis não diz respeito a aspectos estritamente físicos do ser humano, mas a danos morais (compreendidos em sua acepção mais ampla, abrangendo honra, imagem, liberdade, privacidade **nome** etc.) Trata-se de conjunto de valores tão amplo e tão valioso, que qualquer tentativa de descrevê-los de modo exaustivo seria indevida.”

Segundo o consagrado doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 148), “o nome é a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade”, afirmando inclusive que este “é um dos principais elementos individualizares da pessoa natural”.

Afirma também que “Washington de Barros Monteiro, o considera a expressão mais característica da personalidade, o elemento inalienável e imprescritível da individualidade da pessoa, não se conhecendo, na vida social, ser humano que não traga um nome.” (GONÇALVES, 2010, p. 148), bem como que, segundo Limongi França, “o nome é a designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes ao aspecto civil da sua vida jurídica” (GONÇALVES, 2010, p. 148).

Neste mesmo rumo, a clássica doutrinadora Maria Helena Diniz (2012, p. 227) conceitua o nome como um direito da personalidade “por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade; daí ser inalienável, imprescritível e protegido juridicamente (CC, arts. 16, 17, 18 e 19)”.

Tanto Maria Helena Diniz, quanto Carlos Roberto Gonçalves deixam registrado que o nome possui um aspecto público e um aspecto individual. Vejamos o que cada um deles fala acerca do tema. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 149):

O aspecto público decorre do fato de o Estado ter interesse em que as pessoas sejam perfeita e corretamente identificadas na sociedade pelo nome e, por essa razão, disciplina o seu uso na Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), proibindo a alteração do prenome, salvo exceções expressamente admitidas (art. 58) e o registro de prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus

portadores (art. 55, parágrafo único).

O aspecto individual consiste no direito ao nome, no poder reconhecido ao seu possuidor de por ele designar-se e de reprimir abusos cometidos por terceiros. [...]

Corroborando essa ideia do aspecto público e individual do nome, Maria Helena Diniz declara (2012, p. 227-228):

O aspecto público do direito ao nome decorre do fato de estar ligado ao registro da pessoa natural (Lei n. 6.015/73, arts 54, n. 4, e 55) pelo qual o Estado traça princípios disciplinares do seu exercício determinando a imutabilidade do prenome (Lei n. 6.015/73, art. 58), salvo exceções expressamente admitidas e desde que as suas modificações sejam precedidas de justificação e autorização de juiz togado (Lei n. 6015/73, arts. 56, 57 (com alteração da Lei n. 12.100/2009) e 58). E o aspecto individual manifesta-se na autorização que tem o indivíduo de usá-lo, fazendo-se chamar por ele, e de defendê-lo de quem o usurpar, reprimindo abusos cometidos por terceiros, que em publicação ou representação, o exponham ao desprezo público ou ao ridículo mesmo que não tenham intenção difamatória (CC, art. 17) [...]

Já Farias, Rosenvald e Braga Netto (2018, p. 216) destacam as funções do nome: “o nome da pessoa humana não desempenha, apenas, na sociedade, uma função unidimensional. Há vários aspectos ou várias dimensões que poderiam ser mencionados, como relevantes na espécie.”. Pontuam, ainda, a natureza jurídica do nome, que antes era concebida como de cunho patrimonial, e atualmente é considerada de direito extrapatrimonial. Trata-se, portanto, de um direito da personalidade: “Basta lembrar, para evidenciar eu desacerto dessa concepção [nome como direito patrimonial], que o nome é inalienável” (FARIAS; RESEVALD; NETTO, 2018, p. 216).

O nome está protegido internacionalmente pelo art. 18 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual assegura que toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais, ou ao de um destes; bem como pelo art. 7º da Convenção dos Direitos da Criança, o que estabelece que a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao nome está protegido pelo art. 16 do Código Civil. Segundo o referido dispositivo legal, toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. O nome completo compõe-se, pois, de dois elementos: prenome (antigamente denominado de nome de batismo) e sobrenome ou apelido familiar -também denominado de nome de família ou simplesmente sobrenome, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 152).

O axinômio, que, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 152), é a designação que se dá à forma cortês de tratamento ou à expressão de reverência, que

passa a fazer parte do nome da pessoa (como o “*Sir*” na Inglaterra, *e.g.*, Sir Isaac Newton), não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro, conforme afirmam Farias, Rosenvald e Braga Netto (2018, p. 218).

Quanto às suas características, pode-se afirmar que o direito ao nome civil, conforme elenca Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 295), é:

i) absoluto (produzindo efeitos *erga omnes*, sendo oponível a toda e qualquer pessoa, sem que isso impeça que duas pessoas naturais, eventualmente, tenham o mesmo nome – a chamada homonímia); ii) obrigatório (e, nesse sentido, vale o comentário de que o art. 50 da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos – proclama a necessidade de registro civil de todas as pessoas nascidas, inclusive os natimortos); iii) indisponível (uma vez que não pode o titular ceder, alienar, renunciar, dentre outras formas de disposição); iv) exclusivo (característica inerente, apenas, à pessoa jurídica, uma vez que impossível de ser aplicada à pessoa natural, a quem se permite a homonímia); v) imprescritível (não sendo possível perder o nome pelo não uso); vi) inalienável (reconhecida a impossibilidade de a pessoa humana vender ou dar o seu nome como decorrência lógica da própria impossibilidade de dispor da própria identificação pessoal. No entanto, não se olvide que a pessoa jurídica poderá dispor de seu nome de fantasia, que se trata de elemento componente de seu patrimônio); vii) incessível (caráter privativo, também da pessoa natural, inaplicável à pessoa jurídica); viii) inexpropriável (não sendo suscetível de desapropriação pelo Poder Público, salvo em se tratando de nome de pessoa jurídica, em face (*sic*) do seu conteúdo patrimonial); ix) irrenunciável (salvo em casos especiais, em que se admite o despojamento de parte do nome); x) intransmissível (consequência natural da indisponibilidade).

Importante mencionar o princípio da inalterabilidade relativa do nome, segundo o qual, em regra, o nome civil da pessoa não pode ser alterado, tendo em vista a segurança jurídica. Essa imutabilidade, contudo, não é absoluta, mas relativa. Isto porque, em hipóteses excepcionais, tanto a lei como a jurisprudência admitem a alteração do nome, exigindo-se, para tanto, em regra, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros.

Dentre outras hipóteses, podem ser citadas as seguintes exceções à imutabilidade do nome: erro gráfico evidente ou prenomes vexatórios (art. 110 e 55 da Lei de Registros Públicos, respectivamente); adoção, conforme art. 1.627 do Código Civil c/c art. 47, §§5º e 6º do ECA; apelidos públicos notórios (art. 58 da LRP); em caso de inclusão no programa de proteção a testemunhas (art. 58, parágrafo único da LRP); alteração imotivada do nome aos 18 anos, conforme dita o art. 56 da LRP; e no caso de casamento, separação judicial, dissolução do casamento ou da convivência (arts. 1571, §2º, art. 1578 do CC).

No entanto, para além das hipóteses legais que autorizam a alteração do nome ou do sobrenome, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem relativizando a imutabilidade do nome civil, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, e

considerando a natureza de direito da personalidade que o nome possui. Assim, diante de determinadas situações, o princípio da dignidade da pessoa humana deverá prevalecer sobre a segurança jurídica e o princípio da inalterabilidade do nome civil, permitindo assim a alteração do registro civil.

4 REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOBRE A IMUTABILIDADE DO NOME CIVIL

Conforme destacado acima, a constitucionalização do Direito Civil, ou seja, a leitura dos institutos do Direito Civil à luz da Constituição Federal de 1988, dos direitos fundamentais por ela assegurados e da dignidade da pessoa humana, também influenciou a modificação do tratamento e do entendimento jurisprudencial, doutrinário e legislativo acerca do instituto do nome civil.

Malgrado a regra no ordenamento jurídico seja a imutabilidade do nome civil, o qual só pode ser alterado nas hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem flexibilizando o referido princípio, e admitindo a alteração do nome em hipóteses não previstas legalmente, com fulcro na dignidade da pessoa humana. Neste cenário, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF ganham relevância e merecem destaque.

Em 18 de dezembro de 2014, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial – REsp 1.304.718-SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarson Sanseverino, entendeu ser possível a exclusão do sobrenome paterno pelo filho que havia sido abandonado por seu genitor, tendo em vista que a manutenção do patronímico lhe causava angústia e sofrimento. O referido julgado foi assim ementado:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REGISTRO CIVIL. NOME. ALTERAÇÃO. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. ABANDONO PELO PAI NA INFÂNCIA.. JUSTO MOTIVO. RETIFICAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 56 E 57 DA LEI N.º 6.015/73. PRECEDENTES. 1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro. 2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. 3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito do recorrente de supressão do patronímico paterno do seu nome, pois, abandonado pelo pai desde tenra idade, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna. 4. Precedentes específicos do STJ, inclusive da Corte

Especial. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, REsp 1.304.718-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/12/2014, Info 555).

No caso analisado, o requerente, apesar de devidamente registrado por seu pai natural, havia sido criado exclusivamente por sua mãe e por sua avó materna, não tendo criado laços de afetividade com seu genitor, o qual o abandonou em tenra idade. Considerando a angústia e o sofrimento causado ao requerente em virtude da utilização de um sobrenome que lhe remetia ao abandono paterno, a referida Turma do STJ permitiu não só a supressão do patronímico do genitor, como também o acréscimo do sobrenome da sua avó materna, a qual havia contribuído econômica, moral e afetivamente para seu desenvolvimento.

No julgamento, o relator Min. Paulo Tarso Sanseverino destacou que não era a primeira vez que o STJ reconhecia essa possibilidade. O relator citou como precedentes o Recurso Especial n.º 66.643/SP, da relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 21/10/1997; o REsp n.º 401138/MG, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 26/06/2003; e também o pedido de homologação de sentença estrangeira SEC 5.726/EX, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 05/02/2013, no qual a relatora “fez questão de salientar a tendência dessa Corte à superação da rigidez do registro de nascimento, com a adoção de interpretação mais condizente com o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de um estado democrático”.

Portanto, o STJ utilizou-se da dignidade humana como fundamento para flexibilização da inalterabilidade do nome civil, tendo em vista o sofrimento psicológico causado pelo patronímico do genitor, o qual trazia ao requerente memórias do abandono afetivo. Frise-se que, no entendimento de Maria Berenice Dias, o abandono afetivo, ou seja, a omissão dos pais no exercício do poder familiar e a ausência de cuidado causam um “dano à dignidade do filho” (2016, p. 906).

Necessário salientar que, conforme expressamente constou do julgado do REsp 1.304.718-SP, a retirada do sobrenome do genitor não implicou em alteração da filiação, e nem tampouco em afastamento de eventuais deveres alimentares ou mesmo em direitos sucessórios. Houve tão somente a possibilidade de alteração do nome, o qual, como elemento de expressão da personalidade, não poderia causar sofrimento ao requerente, violando assim a sua dignidade.

Tais decisões do Superior Tribunal de Justiça possuem nítida correlação com a fundamentação da Lei 11.924/2009, que ficou conhecida como Lei Clodovil Hernandez, a

qual alterou a Lei de Registros Públicos para autorizar que o(a) enteado(a) possa acrescentar o nome de família da madrasta ou do padrasto, desde que haja aquiescência destes, acrescentando assim o parágrafo 8º ao art. 57 da Lei 6.015/73. Isto porque, esta lei também se baseou na existência de relações de afeto entre o(a) enteado(a) e seu padrasto ou madrasta, de modo a justificar a inserção do sobrenome destes, em atenção à própria dignidade da pessoa, tendo em vista que o nome é elemento da personalidade.

Também merece destaque a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 724718-MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/05/2018, e divulgado no Informativo 627 do STJ. Neste julgado, o STJ reconheceu a possibilidade da viúva voltar a adotar o nome de solteira após a morte de seu cônjuge.

Ora, o art. 1.571, parágrafo segundo, do Código Civil, prevê expressamente, nos casos de divórcio, a possibilidade de retirada do sobrenome do cônjuge que havia sido adotado com o casamento. No entanto, não há previsão legal para supressão deste sobrenome caso haja dissolução do casamento em razão da morte, e não do divórcio.

Entretanto, a Terceira Turma do STJ entendeu que a manutenção do nome poderia acarretar ao cônjuge sobrevivente abalo de natureza emocional, psicológica ou profissional, afetando assim a sua dignidade. Mais uma vez, a corte baseou-se na dignidade da pessoa humana para flexibilizar as hipóteses de alteração do nome. Conforme extrai-se do Informativo 627 do STJ, a referida Turma entendeu que:

[...] o direito ao nome, assim compreendido como o prenome e o patronímico, é um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que diz respeito à própria identidade pessoal do indivíduo, não apenas em relação a si mesmo, mas também no ambiente familiar e perante a sociedade em que vive. [...] Em síntese, sendo a viuvez e o divórcio umbilicalmente associados a um núcleo essencial comum - existência de dissolução do vínculo conjugal - não há justificativa plausível para que se trate de modo diferenciado as referidas situações, motivo pelo qual o dispositivo que apenas autoriza a retomada do nome de solteiro na hipótese de divórcio deverá, interpretado à luz do texto constitucional e do direito de personalidade próprio da viúva, que é pessoa distinta do falecido, ser estendido também às hipóteses de dissolução do casamento pela morte de um dos cônjuges.

Em decisão que possui o mesmo fundamento – a dignidade da pessoa humana e o nome como direito intrínseco à personalidade – também da Terceira Turma, e de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o STJ entendeu não ser possível a retirada do sobrenome do marido sem expresse consentimento da mulher, mesmo havendo revelia desta na ação judicial por ele proposta. Tal entendimento foi proferido no REsp 1732807-RJ, julgado em 14/08/2018 (Informativo 631).

Segundo a referida Turma, malgrado fosse possível a decretação do divórcio, tendo em vista a revelia da parte demandada, que não contestou a ação de divórcio proposta pelo então cônjuge; não seria possível a supressão do sobrenome adotado pela esposa no momento do casamento sem que houvesse expresse consentimento desta. Tais decisões se coadunam com o entendimento majoritário da doutrina, no sentido de que a supressão do sobrenome adotado com o casamento exige a anuência expressa do titular, tendo em vista que o sobrenome estará inexoravelmente incorporado à personalidade de seu titular (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 306).

Sobre o tema, Farias e Rosenvald destacam ainda que a jurisprudência do STJ (vide REsp. 1.041.751/DF) também permite a alteração do sobrenome da genitora ou do genitor que voltou a ter o nome de solteiro, no registro civil de nascimento do filho, após a dissolução do casamento. Sobre o tema, destacam os autores (2017, p. 307):

Cuida-se de hipótese de grande ocorrência cotidiana. A pessoa muda o nome por ocasião do casamento, acrescentando o sobrenome do cônjuge, tem filhos durante a convivência afetiva, mas o casamento se dissolve, voltando, então, a ter o nome civil anterior às núpcias. Nesse caso, porém, o filho tem em seu registro o nome que a mãe teve durante o casamento. Seria um caso de retificação do registro civil do nascimento filho, para fazer constar o sobrenome que a genitora voltou a ter após a dissolução nupcial? Pois bem, a resposta somente pode ser afirmativa. É que o direito à individualidade e à identificação integra a personalidade humana, plasmando a sua dignidade. Assim, a documentação pessoal deve refletir a identidade do seu titular, contendo as informações precisas e atuais de seus genitores.

Por fim, faz-se mister destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de alteração do prenome do transgênero – assim como do gênero – em seu registro civil. Da jurisprudência do STJ², extrai-se que esta corte vem, ao longo dos anos, reconhecendo aos transsexuais o direito de, mediante decisão judicial, alterar o seu prenome, por ser imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em um momento inicial, a jurisprudência do STJ admitia a mudança do prenome apenas nas hipóteses em que houvesse uma cirurgia de transgenitalização, ou seja, uma cirurgia de redesignação sexual. No entanto, a jurisprudência da referida corte foi evoluindo, passando a assegurar o referido direito independentemente de cirurgia de transgenitalização². Segundo os julgados proferidos pelo STJ, a mudança do nome,

² Vide REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009.

² Vide STJ, 4ª Turma, REsp 1.626.739-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9/5/2017

independentemente da cirurgia, era medida necessária à concretização da dignidade humana, princípio fundamental da República. A manutenção de nome incompatível com o gênero da pessoa lhe causaria sofrimento psicológico incompatível com uma vida digna, sendo assim imperiosa a alteração.

Neste sentido, imperioso destacar os fundamentos trazidos pelo Ministro Luís Felipe Salomão no REsp 1.626.739-RS, o qual ressalta a necessidade de compatibilização da segurança jurídica exigida pela Lei de Registros Públicos com o princípio da dignidade da pessoa humana (grifo nosso):

[...] 3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, **além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo** e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas. 4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. 5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - *ratio essendi* do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - **deve ser compatibilizada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional.** [...]7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, **conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade,** a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças. 8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais). 9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). 10. **Conseqüentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização,**

(Info 608).

para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico. 11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a *ratio essendi* dos registros públicos, é critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. [...]

Com o julgamento da ADI 4275/DF, em 01/03/2018 e o julgamento do 670422/RS, em regime de repercussão geral, em 15/08/2018, o Supremo Tribunal Federal eliminou qualquer controvérsia sobre o tema, assegurando aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais, bem como independentemente de decisão judicial, o direito de alteração do seu prenome – assim como do gênero constante no registro civil – como medida imprescindível à garantia da sua dignidade.

O STF, considerando o direito à saúde, o princípio da personalidade, da isonomia, o direito constitucional à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, o direito à busca da felicidade, e sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, fez uma interpretação conforme a Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica do art. 58 da Lei de Registros Públicos, para permitir a alteração do prenome, evitando-se assim constrangimentos cotidianos aos quais são submetidos os transgêneros, os quais ferem a sua dignidade.

Para a corte, a exigência da cirurgia viola a dignidade humana dos transgêneros, sobretudo porque muitos indivíduos não querem se submeter a cirurgias de redesignação sexual, por razões pessoais, de saúde, sexuais ou reprodutórias. Ademais, em muitas situações, a cirurgia demora anos para ser realizada, ou mesmo não pode ser realizada (menores de dezoito anos, por exemplo), de modo que impedir a alteração do prenome implicaria em grave sofrimento psicológico ao indivíduo.

No julgamento da ADI 4275/DF, o relator Min. Marco Aurélio destacou (grifo nosso):

A solução para a presente questão jurídica **deve passar, invariavelmente, pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB)** e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, o presente caso transcende a análise da normatização infraconstitucional de regência dos registros públicos, sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade. [...] Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, “o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a

proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação”, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas. Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. **Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome**, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada. [...] **Dito isto, figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa**”.

Destarte, hodiernamente, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais essenciais para o exercício de uma vida digna – incluindo direito à saúde, à honra, à felicidade e também à autonomia e liberdade de escolha - a jurisprudência dos tribunais superiores flexibiliza o princípio da segurança jurídica e da imutabilidade do nome, para, concretizando o referido princípio fundamental, permitir a alteração dos prenomes pelos transgêneros, independentemente de decisão judicial e de cirurgia de transgenitalização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é possível concluir que a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil e valor supremo da Constituição Federal de 1988, deve servir de vetor interpretativo para os operadores do direito, adentrando em todo ordenamento jurídico. Assim, a constitucionalização do Direito Civil exige uma leitura de todos os institutos do Direito Civil conforme à Constituição, inclusive o nome civil.

Tendo em vista que a dignidade humana possibilita ao homem escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, conforme sua autonomia, bem como lhe garante direitos fundamentais essenciais à sua vida digna, conclui-se ser possível também, com base nesse princípio, flexibilizar a imutabilidade do nome civil e a segurança jurídica, de modo a permitir a alteração do nome civil mesmo em situações não previstas expressamente no ordenamento jurídico.

Assim, considerando que o nome é expressão da personalidade e elemento individualizador da pessoa, os Tribunais Superiores vêm flexibilizando o princípio da

inalterabilidade relativa do nome, e permitindo a alteração do prenome ou do sobrenome em situações nas quais a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana impõe a referida mudança.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional.** - 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. - São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Exclusão dos sobrenomes paternos em razão do abandono pelo genitor.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b7087c1f4f89e63af8d46f3b20271153>>. Acesso em: 14/09/2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O simples fato de a mulher ter sido revel na ação de divórcio não significa que o pedido de retirada do patronímico do ex-marido de seu nome tenha que ser deferido.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/567b8f5f423af15818a068235807edc0>>. Acesso em: 14/09/2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Possibilidade de voltar o nome de solteira após a morte do marido.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f9322b146574d9da9ad32ad879ad373b>>. Acesso em: 14/09/2019

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Transgênero pode alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer cirurgia de transgenitalização e mesmo sem autorização judicial.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8ae1da0fe37c98412768453f82490da2>>. Acesso em: 14/09/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** - 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil.** - 29. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.** - 15 ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm., 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único.** – 2ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm.,

2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral.** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Revista de Direito Administrativo, v. 212, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

**Submetido em 16 seti. 2019. Aceito em 18 set. 2019.*



UMA ANÁLISE DA SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Yasmin Souza da Silva*

Sumário: 1. Introdução; 2. Da Dosimetria da Pena; 3. Da Súmula 231 do STJ; 4. Dos Princípios da Individualização da Pena e da Isonomia; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este artigo foi escrito com o intuito de analisar a constitucionalidade do enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Far-se-á uma análise do sistema de dosimetria penal vigente no Código Penal brasileiro, bem como uma análise crítica acerca da Súmula 231 do STJ. Em seguida, discutir-se-á sobre eventual violação ao princípio da individualização da pena e ao princípio da isonomia, considerando os posicionamentos doutrinários sobre o tema.

Palavras-Chave: Superior Tribunal de Justiça. Individualização da Pena. Isonomia. Súmula 231 do STJ.

ABSTRACT

This paper was written with the intention of analysing the constitutionality of the precedent 231 from the Superior Court of Justice. A analysis will be made of the Brazilian criminal dosimetry system, as well as a critical analysis of STJ precedent 231. Then, it will be discussed about the possible violation of the principle of legal individualization and the principle of isonomy, considering the doctrinal positions on the subject.

Keywords: Superior Court of Justice. Legal Individualization. Isonomy, Precedents. Precedent 231.

1 INTRODUÇÃO

O art. 68 do Código Penal Brasileiro adotou o sistema trifásico para o cálculo da dosimetria da pena. Referido método considera, em três fases distintas, as circunstâncias judiciais, as agravantes e atenuantes, e, por fim, as causas de aumento e diminuição incidentes no caso concreto, visando assim adequar a pena ao princípio constitucional da

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Direitos Difusos pela Universidade Anhaguera – LFG. Advogada. E-mail: yasmin.ssouza@gmail.com.

individualização da pena (art. 5º, XLVI da CRFB), bem como viabilizar o exercício do direito de defesa (CUNHA, 2018, p. 466).

Dentro desse espectro, far-se-á inicialmente uma análise das fases da dosimetria da pena, ou seja, da aplicação das circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59 do CP, das circunstâncias atenuantes (presentes nos art. 65 e 66 do CP) e agravantes (presentes nos art. 61 e 62 do CP), e das causas de aumento e de diminuição de pena.

É na segunda fase que ocorre a incidência da Súmula 231 do STJ, ao estabelecer que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Destarte, far-se-á uma análise crítica dos precedentes que ensejaram a edição do enunciado da Súmula 231 do STJ, considerando o entendimento doutrinário divergente acerca do tema.

Por fim, analisar-se-á a ocorrência de eventual violação aos princípios da isonomia e da individualização da pena, expondo o entendimento doutrinário acerca do tema.

2 DA DOSIMETRIA DA PENA

Assim como a sociedade, o Direito também passa por transformações com o decorrer do tempo, não sendo estanque. É claro que aqui as transformações ocorrem de forma mais lenta, até pelo fato de que toda transformação jurídica é oriunda de um anseio social a partir do qual se percebe que determinada norma já está ultrapassada, ou então que há a necessidade de uma nova normatização.

O que existia no mundo, até finais do século XIX, era um Direito Penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. No entanto, tal metodologia de aplicação de pena acabava gerando insegurança jurídica e ia de encontro às garantias e aos direitos fundamentais. Assim, o período anterior ao iluminismo ficou marcado por um arbítrio judicial demasiado (BITENCOURT, 2018, p.1216).

Com o iluminismo, e em contrapartida à realidade até então existente, surgiram correntes que acabaram gerando um engessamento dos juízes na aplicação da lei. Ou seja, os juízes exerciam um papel de meros aplicadores da lei, sem a possibilidade de analisá-la e interpretá-la conforme o caso concreto. O sistema de penas que surgiu neste momento, rigorosamente determinado pelo Código Francês de 1791, era um sistema de “*absoluta determinação*”, independente da realidade social do acusado, ou do contexto fático de cada caso prático (BITENCOURT, 2018, p.1217).

Neste contexto, percebeu-se que o sistema de absoluta disposição da pena pela determinação do magistrado era tão indesejado quanto o sistema de absoluta determinação, sem espaço para disposição do juiz, estando ele completamente adstrito às disposições legais.

A partir disso, chegou-se a um sistema intermediário, o qual estabelecia limites mínimos e máximos de determinação da pena, mas dentro dos quais poderia o juiz, a partir da interpretação e aplicação da lei no caso concreto, variar a aplicação da pena, adequando às circunstâncias, condições pessoais e consequências do delito e do agente em análise. Acerca do tema, destaca Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 1218):

Essa constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentro os quais o juiz deve — pelo princípio do livre convencimento — estabelecer fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto.

É iniciado assim um sistema de individualização da pena, o qual traz a possibilidade de o juiz ter a discricionariedade de, individualmente, a depender dos fatores envolvidos dentro da realidade fática dos atos ilícitos praticados, bem como da realidade pessoal de cada agente, aplicar a pena correspondente, dentro de um parâmetro legal prévio.

Frise-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLVI, trouxe expressamente a ideia de que a pena deverá ser individualizada, senão vejamos: “Art.5º.[...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”.

Ao falar em pena, está a Constituição se referindo a uma sanção penal destinada a pessoa que foi condenada, em razão da prática de uma infração penal, com o objetivo de retribuição pelo crime praticado e de prevenção da prática de outra conduta delituosa. Ao determinar a necessidade de individualização, está a Carta Maior exigindo que, no momento da aplicação da pena, sejam considerados aspectos do delito, de quem o cometeu e das circunstâncias envolvidas.

A individualização da pena determinada pela Constituição Federal de 1988 possui três aspectos distintos, que se manifestam em diferentes momentos (BITENCOURT, 2018, p. 1217-1218). Inicialmente, há uma individualização efetuada pelo próprio

legislador ordinário, determinando-se os limites máximos e mínimos e critérios de fixação da pena, a depender do grau de relevância do bem jurídico tutelado.

Neste momento, é fundamental um juízo de proporcionalidade acerca do bem jurídico tutelado e da pena que será imposta. Quanto mais relevante o bem afetado, maior deverá ser a pena *in abstracto* prevista pelo legislador. Neste sentido, destaque o entendimento de Bitencourt (2018, p. 93):

Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal — vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais.

Em um segundo momento, será realizada uma individualização judicial, que é a que ocorre no momento da sentença. Esta será realizada de acordo com os parâmetros do Código Penal para fixação da pena, bem como de acordo com a pena mínima e máxima indicada pelo legislador para o delito praticado.

Por fim, seguindo a determinação constitucional, deverá haver também uma individualização executória ou administrativa, que é aquela que ocorre no momento do cumprimento de pena. Tal individualização está prevista no art. 5º da Lei de Execução Penal, e ocorrerá conforme os antecedentes e personalidade do condenado, fatores que influenciarão nas permissões de saída, na progressão de regime e na concessão do livramento condicional.

Acerca dos momentos de individualização da sanção penal, destaque-se o entendimento de Cléber Masson (2018, p. 50):

No prisma legislativo, é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimendas cabíveis. A individualização judicial (ou jurisdicional) complementa a legislativa, pois esta não pode ser extremamente detalhista nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo magistrado, mediante a aplicação da pena, utilizando-se de todos os instrumentais fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal (pena privativa de liberdade), ou ainda ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art. 49). Finalmente, a individualização administrativa é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema

alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: retribuição, prevenção (geral e especial) e ressocialização.

Quanto aos critérios de individualização da pena adotados pelo Brasil, Masson (2018, p. 705-706) destaca que, no Direito Penal brasileiro, há dois sistemas principais: o critério bifásico e o critério trifásico. O primeiro, idealizado por Roberto Lyra, prevê que a pena deverá ser calculada em duas fases. Na primeira, a pena base seria fixada considerando as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Num segundo momento, incidiriam as causas de aumento e diminuição de pena.

Já o critério trifásico, elaborado por Nelson Hungria, sustenta que a pena deverá ser calculada em três fases. Na fixação da pena base, seriam consideradas apenas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Posteriormente, incidiriam as atenuantes e agravantes, e então, na terceira fase, as causas de aumento e diminuição de pena.

Segundo a doutrina amplamente majoritária, o art. 68 do Código Penal adotou o critério trifásico para aplicação da pena privativa de liberdade, ao passo em que, para a pena de multa, foi adotado o critério bifásico (art. 49, § 1º, do CP). Assim, atualmente, no Brasil, a pena é calculada em três fases distintas.

No primeiro momento, o juiz deverá fixar a pena base com fulcro no art. 59 do Código Penal, levando em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Considerando os critérios previstos pela lei, deverá o juiz estabelecer a pena base, sem ultrapassar o limite máximo e nem o limite mínimo previsto no tipo penal pelo legislador.

Num segundo momento, o juiz poderá reduzir ou aumentar a pena base aplicada, de acordo com a presença ou não de circunstâncias agravantes ou atenuantes previstas nos art. 61, 62, 63, 65 e 66 do Código Penal. As referidas circunstâncias legais podem ser de natureza objetiva (de acordo com o fato) ou subjetiva (de acordo com o agente), não integram a estrutura do tipo penal e são de aplicação compulsória pelo magistrado (MASSON, 2018, p. 723-724).

Quanto às agravantes, estas estão previstas em um rol taxativo, não podendo o juiz considerar como agravante circunstância não prevista no Código Penal ou na legislação especial. Já as atenuantes estão previstas em um rol exemplificativo, na medida em que o art. 66 do Código Penal possibilita que qualquer circunstância favorável ao réu, anterior ou posterior ao crime, seja considerado pelo magistrado para reduzir a pena base fixada.

Exemplificando, Damásio de Jesus afirma que o juiz deverá considerar circunstâncias como ser o “réu portador de doença incurável, influência religiosa, ser portador de defeito físico relevante” etc. (2014, p. 278).

Por fim, na terceira fase de dosimetria da pena, o julgador irá avaliar as minorantes (causas de diminuição de pena) e as majorantes (causas de aumento de pena) previstas na parte geral ou na parte especial do Código Penal ou da legislação especial, aplicando as frações correspondentes à obtida após a segunda fase da dosimetria, ou seja, à pena intermediária. Chegar-se-á, assim, à pena definitiva aplicável ao caso concreto.

Conforme narrado, é na segunda fase da dosimetria da pena que são avaliadas as circunstâncias atenuantes e agravantes, de modo a reduzir ou aumentar a pena base anteriormente fixada pelo juiz na primeira fase do cálculo da pena.

No entanto, por vedação expressa da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a incidência de circunstâncias atenuantes não poderá reduzir a pena abaixo do mínimo legal previsto abstratamente pelo legislador para o delito praticado, o que gera uma controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade da referida Súmula.

3 DA SÚMULA 231 DO STJ

O enunciado da Súmula 231 foi publicado em 15 de outubro de 1999 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, e seu enunciado dispõe: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

O referido enunciado de Súmula não possui caráter vinculante. Contudo, vem sendo aplicado de forma amplamente majoritária pelos Tribunais pátrios, bem como defendida pela doutrina majoritária. O conteúdo do enunciado determina que, na segunda fase de dosimetria da pena, ainda que presentes circunstâncias atenuantes aptas a reduzir a pena base obtida na primeira fase, esta não poderá ser reduzida aquém da pena mínima em abstrato prevista pelo legislador para o tipo penal em análise.

Ou seja, se num determinado caso concreto, considerando a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a existência de circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), o juiz fixou a pena base no mínimo legal, ainda que incidam atenuantes como a confissão espontânea, a menoridade relativa ou a existência de coação à qual podia resistir, não poderá o juiz reduzir a pena base anteriormente fixada, devendo assim desconsiderar as circunstâncias atenuantes existentes no caso concreto.

Ocorre que o artigo 65 do Código Penal estipula, sem qualquer ressalva, que a pena será atenuada sempre que for constatada a presença de uma das circunstâncias ali previstas, nos seguintes termos (grifo nosso): “Art. 65 - São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]”.

Malgrado não haja ressalvas acerca da impossibilidade de aplicação da atenuante, o Superior Tribunal de Justiça entende que estas não serão aplicáveis caso reduzam a pena abaixo do mínimo legal. Em uma análise crítica acerca dos precedentes que determinaram a edição da Súmula 231 do STJ, Aline Cássia Bozza (2014, p. 41-42, grifo nosso) afirma:

O mais antigo, o REsp 7.287/PR (Rel. Ministro Willian Patterson, Sexta Turma, julgado em 16/04/1991, DJ 06/05/1991). O recurso foi interposto contra decisão que diminuiu a pena abaixo do mínimo em virtude da incidência de uma circunstância atenuante. No voto, o recorrente afirma que em nenhum momento da história foi permitido estabelecer pena inferior ao mínimo legal por causa de uma atenuante. O Relator citou trechos do recurso, em que o recorrente diz não ser possível agravantes e atenuantes levaram a pena para fora dos limites mínimos e máximos estabelecidos. Para isso fez referência a Damásio de Jesus (Direito Penal, vol. 1, p. 506, 1985) “em face de uma circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação de seu efeito é obrigatória. Isso porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo”. [...] Passa-se a análise desse julgado. Inicialmente, mesmo que estivesse exato o primeiro argumento colacionado, o qual afirma que nunca na história fora permitido aplicar uma circunstância atenuante quando a pena base estivesse no mínimo, **apenas o fato de isso nunca ter ocorrido não pode ser motivo capaz de impedir que se reveja o tema, estudando-o de acordo com a Constituição Federal de 1988, e seus princípios norteadores**, pois o direito está em constante desenvolvimento. As doutrinas citadas nesse julgado se limitaram a afirmar que as circunstâncias atenuantes não podem incidir quando a pena base encontra-se no mínimo legal. Desta forma, **não houve sequer alguma explicação jurídica que justificasse a ocorrência de tal afirmação**. Em um ordenamento como é o brasileiro, pautado no princípio da legalidade, tal afirmação feita da maneira como foi, só seria possível se houvesse lei expressamente determinado essa imposição.

A autora (BOZZA, 2014, p. 47) afirma que nos recursos que foram utilizados para a edição da Súmula, um dos principais argumentos utilizados pelos Ministros do STJ era que, “ao incidir uma circunstância atenuante quando a pena estivesse no patamar mínimo, estaria ocorrendo uma interferência entre os poderes, pois era o Legislativo quem ditava a pena, e o Judiciário não poderia de forma alguma diminuí-la”. Porém, salienta que os próprios ministros reconheciam não haver proibição legal para tal redução (BOZZA, 2014, p. 51)

Numa análise detida dos diversos precedentes que foram considerados para edição da Súmula 231 do STJ, Bozza (2014, p. 54) conclui que os argumentos utilizados

nos votos que serviram de precedentes carecem de fundamentação condizente com a Constituição Federal de 1988, ignoram os princípios trazidos pela Carta Magna, bem como não trazem explicação jurídica suficiente para o entendimento.

Assim, a autora entende que a referida Súmula é inconstitucional, pois viola o princípio da individualização da pena, da culpabilidade e da legalidade. Com posicionamento também contrário à Súmula 231 do STJ, Rogério Greco, ex-Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, expõe que (2017, p. 314):

Objeto de muita discussão tem sido a possibilidade de se reduzir a pena-base aquém do mínimo ou de aumentá-la além do máximo nesse segundo momento de fixação da pena. O STJ, por intermédio da Súmula nº 231, expressou o seu posicionamento no sentido de que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Essa, infelizmente, tem sido a posição da maioria de nossos autores, bem como de nossos tribunais, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo. [...] Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma, categoricamente, que são circunstâncias que sempre atenuam a pena. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?

Também discorrendo sobre o tema, Paulo Queiroz (apud BOZZA, 2014, p.47). ensina que “o que realmente importa é aplicar uma pena justa pra o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas e variáveis que o envolvem, e fundamentalmente, ainda que para tanto tenha de fixá-la aquém do mínimo legal.”

Em crítica mais afluada ao enunciado da Súmula 231 do STJ, Bitencourt (2018, p. 1242-1243) afirma:

Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a diminuição da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal. Seria igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento

de atenuante, previamente conhecida do julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica.

No entanto, a doutrina majoritária é consonante com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, defendendo a legalidade da Súmula 231. Neste sentido, é o entendimento defendido por Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 909):

Utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. [...] Parece-nos incorreta essa visão, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. O mesmo se dá com as agravantes. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador.

No mesmo sentido é a doutrina de Lycurgo de Castro Santos (O princípio de legalidade no moderno direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 15/182, apud NUCCI, 2017, p. 909-910):

Com efeito, dois são os motivos pelos quais não se pode admitir tal individualização da pena abaixo do mínimo legal: em primeiro lugar contraria o princípio da legalidade, já que a pena mínima estabelecida pelo legislador é o limite mínimo a partir do qual a pena pelo injusto culpável cumpre seus pressupostos de prevenção especial e geral. Em segundo lugar, a adoção do critério de rebaixar a pena aquém do marco mínimo traz consigo um perigo, desde o ponto de vista político criminal, à segurança jurídica.

Neste contexto, conclui-se que, malgrado as crescentes críticas da doutrina acerca da inconstitucionalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, esta vem sendo aplicada de forma majoritária pelos Tribunais pátrios. Como fundamento, consideram os defensores que, a redução da pena aquém dos limites fixados pelo legislador, supostamente implicaria em violação à legalidade e ao princípio da separação dos poderes, bem como possibilitaria ao juiz uma maior discricionariedade na aplicação da pena.

4 DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA ISONOMIA

Malgrado a aplicação majoritária do enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça pelos tribunais pátrios, é possível observar que a aplicação da referida orientação implica em violação aos princípios constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB) e da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB).

Ora, o princípio da individualização da pena – consectário do princípio da igualdade material – determina que as singularidades do indivíduo e do fato a ele imputado devem ser consideradas quando do momento da aplicação da pena.

Neste contexto, a aplicação da Súmula 231 do STJ desrespeita a garantia da individualização da pena, na medida em que impede que o julgador de considerar as particularidades do caso concreto, adequando assim a pena ao merecimento do agente. Destarte, a aplicação da Súmula contribui para uma punição desproporcional e mais gravosa do que a efetivamente merecida (FREIRE, 2016, p. 27).

É exatamente nessa perspectiva que fica evidenciada a inconstitucionalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, pois ela não permite uma verdadeira individualização da pena. Basta considerar o fato de que ela poderá acarretar com que uma pessoa acabe por ser penalizada de forma desproporcional quando comparada com outro indivíduo que, apresentando mais circunstâncias desfavoráveis, acabará com a mesma pena.

A referida Súmula também viola o princípio constitucional da isonomia, em seu caráter material. A igualdade material determina que todos os seres humanos recebam tratamento igual caso estejam na mesma situação fática, ao passo em que, se as situações forem distintas, deverão ser tratadas de formas diferentes.

Acerca do princípio da igualdade, ensina José Afonso da Silva (2014, p. 216-217):

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI, que já indicamos no n. 1 supra.

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.

Nesse sentido, percebe-se que além da afronta ao princípio da individualização da pena, a Súmula 231 também afronta o princípio constitucional da isonomia, dado o fato de tratar de forma igual réus que se encontram em situações distintas.

A aplicação da referida orientação do STJ acaba por gerar situações completamente contraditórias. Basta imaginar, por exemplo, o caso de duas pessoas (A e B) terem cometido o crime de roubo simples, tendo ambos menos de 21 (vinte e um) anos e tendo ambos confessado o crime em juízo. No entanto, A apresenta antecedentes criminais como circunstância judicial desfavorável, ao passo em que B não apresenta nenhuma circunstância judicial desfavorável.

Ocorre que, na aferição da dosimetria, o juízo verifica que a pena base de A seria 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses em decorrência dos antecedentes, mas seria reduzida para 4 (quatro) anos em razão da incidência das atenuantes. Já para B, tanto a pena base quanto a pena definitiva ficariam em 4 (quatro) anos, tendo em vista que, em decorrência da Súmula 231 não seria possível a redução da pena aquém do mínimo legal.

Trata-se, portanto, de evidente afronta ao princípio da individualização da pena e da igualdade material, na medida em que a conduta de A, malgrado mereça uma reprovação maior, receberá o mesmo tratamento da conduta de B, o qual não possuía nenhuma circunstância desfavorável.

No mesmo sentido, e citando exemplo narrada no artigo de Letícia Caixeta Lima Bossi e Gylliard Matos Fontecelle, destaca Pedro Fellipe Araújo Freire (2016, p. 27):

“Dois furtos cometidos por pessoas diferentes. A primeira praticou o crime sem a presença de qualquer circunstância legal, seja atenuante ou agravante. A outra, por sua vez, era menor de 21 anos ao tempo da ação (Art. 65, I, CP), furtou para alimentar seu filho que se encontrava desnutrido (Art. 65, III, a, CP) e confessou espontaneamente a prática do delito (Art. 65, III, d, CP). Em sentença penal condenatória, ambos tiveram a pena base fixada em seu mínimo. No entanto, o segundo agente não se viu beneficiado por três circunstâncias atenuantes, justamente em razão do disposto na Súmula 231 do STJ”. E concluem: “Nota-se, ainda, que a aplicação da Súmula nega ao acusado o direito de ver-se beneficiado com uma circunstância atenuante, que é de aplicação obrigatória, fazendo com que réus em situações distintas, tenham tratamentos iguais”. Diante do exemplo, indaga-se: merece o indivíduo que furtou para alimentar os filhos, confessou o fato e era menos de 21 anos, receber a mesma pena que o indivíduo que não faz jus a nenhuma circunstância atenuante? Nos parece que não.

Destarte, não resta dúvidas de que a incidência da Súmula 231 do STJ, a depender do caso concreto, acaba gerando situações de evidente afronta aos princípios da igualdade e da individualização da pena, ensejando assim o seu afastamento, sob pena de afronta

aos referidos princípios. Neste sentido, destaque-se o entendimento de Rogério Sanches Cunha (2016, p. 419):

Esta orientação, no entanto, merece críticas, pois, não existindo previsão legal, a proibição viola a legalidade. Aliás, não permitir ao juiz reduzir a pena intermediária aquém do mínimo quando diante de uma atenuante, significa impedi-lo de individualizar a reprimenda, culminando, não raras vezes, por tratar sentenciados com condições distintas, com penas iguais (afrontando a isonomia).

Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 563-564) destaca que a aplicação da referida Súmula também implicaria em violação da legalidade, bem como configuraria analogia *in malam partem*, a qual é vedada em nosso ordenamento jurídico:

Não obstante, crescente posição minoritária admite atenuação da pena abaixo do mínimo da pena cominada, por duas razões principais: primeiro, não existe nenhuma proibição legal contra atenuar a pena abaixo do mínimo legal, porque o princípio da legalidade garante a liberdade do indivíduo contra o poder punitivo do Estado - e não o poder punitivo do Estado contra a liberdade do indivíduo; segundo, o critério dominante quebra o princípio da igualdade legal (no concurso de pessoas, o co-réu menor de 21 anos é prejudicado pela fixação da pena no mínimo legal, com base nas circunstâncias judiciais), porque direitos definidos em lei não podem ser suprimidos por aplicação invertida do princípio da legalidade. Aliás, a proibição de reduzir a pena abaixo do limite mínimo cominado, na hipótese de circunstâncias atenuantes obrigatórias, constitui analogia *in malam partem*, fundada na proibição de circunstâncias agravantes excederem o limite máximo da pena cominada - precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade. Mais não é preciso dizer.

Portanto, conclui-se que malgrado o entendimento doutrinário em contrário, que considera que a redução da pena abaixo do mínimo legal implicaria em violação à legalidade e a separação dos poder, tem-se que uma leitura do art. 65 do Código Penal, seja em sua literalidade, seja através de uma leitura pelo filtro constitucional – de cunho protetivo e garantista – revela a inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ, a qual viola os princípios da individualização da pena e da igualdade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise feita, verifica-se que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça gera intensa controvérsia doutrinária, malgrado sua aplicação recorrente nos Tribunais pátrios. Isto porque, de um lado, os defensores da Súmula alegam que a redução da pena aquém do mínimo fixado pelo legislador no tipo penal implicaria em violação á legalidade e à separação dos poderes. De outro lado, é sustentada a violação

sobretudo ao princípio da igualdade e da individualização da pena, ambos de cunho constitucional.

Ocorre que é perceptível a referida Súmula implica em violação aos princípios da individualização da pena e da igualdade, na medida em que, conforme demonstrado, ela acaba gerando situações contraditórias e desproporcionais, nas quais réus em situações distintas, acabam recebendo a mesma sanção penal de réus em situação mais gravosa, que possuem circunstâncias judiciais ou mesmo agravantes em seu desfavor.

Destarte, uma leitura constitucional do sistema de aplicação da pena previsto no Código Penal, bem como a literalidade do art. 65 conduzem à conclusão de que é sim possível a redução da pena aquém da mínima prevista abstratamente, caso incidem atenuantes na situação concreta, sob pena de violação dos referidos princípios constitucionais.

Em razão de tais motivos, considerando a doutrina crescente neste sentido, de expoentes como Cezar Roberto Bitencourt, Juarez Cirino dos Santos, Rogério Greco e Paulo Queiroz, e com fundamento nos princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia, bem como no princípio da legalidade e na impossibilidade de analogia *in malam partem*, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da Súmula nº 231 do STJ.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. CARLOS BIANCA BITTAR, Eduardo; **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto; **Tratado de direito penal : parte geral 1– 24**. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOZZA, Aline Cássia. **ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. 2014. 60 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. - 6. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2018.

FREIRE, Pedro Fellipe Araújo; A Súmula 231 do STJ: Uma Análise Principlológica. JRevista Juris Rationis, Ano 9, n.1, p. 23-30, out.2015./mar.2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/

bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Juris_Rationis_v.9_n.1.02.pdf
>. Acesso em: 15 set. 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de; **Código Penal anotado/Damásio de Jesus**. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber; **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1 /12. ed.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral I**. - 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILVA, José Afonso da; **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 38. ed. – São Paulo: MALHEIROS, 2014.

**Submetido em 16 seti. 2019. Aceito em 18 set. 2019.*

DIREITO DIÁRIO

O Direito é o meio pelo qual o Estado organiza a sociedade, então, entendemos por bem desenvolver uma ferramenta online na qual fosse possível inserir pessoas dos mais variados contextos na realidade jurídico-social brasileira.

Assim surgiu o portal virtual jurídico Direito Diário, que tem como objetivo a disseminação de informações e conhecimentos jurídicos. Por meio de diferentes tipos textuais, a Equipe Direito Diário traz constantemente notícias, artigos de opinião e dicas sobre as principais temáticas do mundo jurídico.

Outro ponto que impulsionou o nascimento do Direito Diário foi o desafio constante de se manter bem informado sobre os principais acontecimentos jurídicos. Em face de tais percepções, temos então um portal virtual que contempla não só aplicadores do Direito (advogados, juízes, delegados, promotores, alunos etc.), como também o público em geral; produzindo textos com linguagem e informações que mesclam o melhor entre essas realidades.

Agora estamos em um nível ainda mais ousado desse projeto, com a publicação da Revista Direito Diário, apresentamos artigos de cunho científico que incentivam discussões ainda mais aprofundadas e relevantes para nossa sociedade.

FORTALEZA VOLUME I NÚMERO 1
EDIÇÃO V JUL/SET. 2019 ISSN 2595-1408

EDITORA DIREITO DIÁRIO
WWW.DIREITODIARIO.COM.BR