

Coordenadores:
Hermes Hilarião Teixeira Neto
Érica Baptista Vieira de Meneses
Gustavo Teles Barreto
Lucas Macedo Silva

REVISTA JURÍDICA DA JOVEM ADVOCACIA



tirant
lo blanch

Revistas



Copyright© 2018 by OAB Bahia

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

R349

Revista Jurídica da Jovem Advocacia
Coordenadores Hermes Hilarião Teixeira Neto ; Érica
Baptista Vieira de Menezes ; Gustavo Teles Barreto ;
Lucas Macedo Silva. [livro eletrônico] – 1.ed. –
Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
E-book

ISBN: 978-85-9477-228-2

1. Advocacia. 2. Direito. 3. Profissão. I. Título.

CDU: 34

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Coordenadores:
Hermes Hilarião Teixeira Neto
Érica Baptista Vieira de Menezes
Gustavo Teles Barreto
Lucas Macedo Silva

REVISTA JURÍDICA DA JOVEM ADVOCACIA



**tirant
lo blanch**

Revistas

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Hermes Hilarião Teixeira Neto
Érica Baptista Vieira de Meneses
Gustavo Teles Barreto
Lucas Macedo Silva

DIRETORIA DA OAB BAHIA

Luiz Viana Queiroz
Ana Patrícia Dantas Leão
Carlos Alberto Medauar Reis
Pedro Nizan Gurgel
Daniela Lima de Andrade Borges

DIRETORIA DO CONSELHO CONSULTIVO DA JOVEM ADVOCACIA

Hermes Hilarião Teixeira Neto
Sarah Barros Galvão
Joeline Araujo Souza
René Martins Viana Filho
Marcus Lourenço de Andrade Santos

COMISSÃO EDITORIAL

Aline Ramos Moreira
Camila Archanjo
Gustavo Gois
Luise Reis
Marcelo Velame
Ramile Gonçalves
Pedro Platon

CONSELHO EDITORIAL

Fredie Souza Didier Junior
Antonio Adonias Aguiar Bastos
Luciano Lima Figueiredo
Fabiana Pellegrino
Lara Rafaelle Pinho Soares
Rita de Cássia Simões Moreira Bonelli
Ana Thereza Meireles Araújo
Iran Furtado de Souza Filho
Fernanda Carvalho Leão Barretto
thais Bandeira Oliveira Passos
Luiz Gabriel Batista Neves
Rafaela de Oliveira Alban
Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado
Luiz Augusto Reis De Azevedo Coutinho
Fernanda Ravazzano
Selma Pereira de Santana
Daniela Carvalho Portugal
Fabiano Cavalcante Pimentel

Juliane Dias Facó
Adriana Brasil Vieira Wyzykowski
Cinzia Barreto de Carvalho
Danilo Gonçalves Gaspar
Raimundo Luiz de Andrade
Daniela Lima de Andrade Borges
Irena Carneiro Martins
Thiago Carvalho Borges
Anna Carla Marques Fracalossi
Ermiro Ferreira Neto
Leonardo Nunez Campos
Luiz Viana Queiroz
Rafael Barreto
José Andrade Soares Neto
Itana Santos Araujo Viana
Fábio Periandro de Almeida Hirsh
Thiago Anton Alban
Geovane de Mori Peixoto
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas

PALAVRA DO PRESIDENTE

A advocacia é a profissão das letras. Ela se desenvolveu ao longo de muitos anos sempre perto das lamurias e do choro dos desvalidos, sendo os advogados e advogadas, em muitas situações, o único a ouvir, entender e gritar aos quatro cantos o sermão de apelo dos mais necessitados e desprotegidos.

A advocacia é a profissão das esperanças. A esperança de soluções das questões cotidianas que afligem as pessoas e que tornam os sonhos menos frequentes, e sendo assim, por que não dizer também, a advocacia é uma profissão que produz e realiza sonhos.

E em todos os sonhos, por óbvio, residem desejos de melhores tempos para aqueles descontentes com os momentos vividos, e outros felizes com suas condições atuais, com esperança de que os momentos futuros se repitam.

E todas essas lamúrias, choros e sonhos, ganham voz, corpo e personificação, nas palavras de nós advogados e advogadas. Assim, a advocacia evoluiu para se transformar em uma profissão de escritores. Muitos, e de grande importância – desde Sêneca a José de Alencar – transformaram a atmosfera das letras, num espelho da vida e das questões importantes para nosso mundo e nossa sociedade, debatendo e discutindo temas de extrema relevância social, onde as necessidades humanas encontraram não apenas voz, mas eco e amplitude.

Por essa razão, é dever da Ordem dos Advogados do Brasil estimular a dialética, a reflexão e o debate sobre temas sociais, jurídicos e que interferem diretamente no exercício de nossa atividade profissional, especialmente entre a jovem advocacia, que hoje representa aproximadamente 50% da advocacia baiana. Daí a importância de se criar um ambiente próprio, através da revista jurídica da jovem advocacia, para que os jovens tenham a oportunidade, acima de tudo, de exercerem a sua liberdade de expressão e suas reflexões sobretudo acerca da advocacia.

Com efeito, os jovens advogados e advogadas da Bahia e, por consequência, toda a advocacia baiana, estão ganhando mais um instrumento disponibilizado pela OAB Bahia, através do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia, com a finalidade de dar voz a jovem advocacia. Assim, a Revista Jurídica da Jovem Advocacia é uma ferramenta que ampliará os acessos da jovem advocacia à pesquisa, produção científica e acadêmica.

Uma ferramenta que visa incentivar as atividades acadêmicas, onde os temas de grande relevância para a advocacia e nossa sociedade como um todo, poderão ser discutidos, onde as questões cotidianas que afligem nossa sociedade e também os advogados, serão debatidas de forma técnica, contribuindo, seguramente, para a evolução do direito dos nossos tribunais, e obviamente, da nossa própria sociedade.

Assim, esse novo instrumento amplia de forma significativa as condições de crescimento profissional para os jovens advogados, advogadas e estagiários de direito, que terão à sua disposição uma fonte de pesquisa e de publicação de suas produções acadêmicas. Até porque, como bem afirmou Jorge Amado, “o jovem tem força criadora, ela, paixão, entusiasmo e ímpeto, uma coisa que depois você tem menos”.

Então, que essa força criadora da jovem advocacia baiana, que encontra aqui espaço cativo na Revista Jurídica da Jovem Advocacia, seja a voz do direito do nosso tempo, e claro, também dos novos tempos, para que esse ímpeto de criação acadêmica e científica contribua com nossas escolhas, sonhos e realizações, construindo um direito mais justo e por consequência uma sociedade melhor.

Hermes Hilarião Teixeira Neto

Presidente do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia da OAB-BA

O CONSELHO CONSULTIVO DA JOVEM ADVOCACIA

O Conselho Consultivo da Jovem Advocacia, ou simplesmente CCJA, é resultado da modificação que atribuiu à então Comissão Permanente do Advogado Iniciante (prevista no art. 99 do Regimento Interno da OAB/BA) o caráter de órgão consultivo, ampliando-se tematicamente sua atuação.

A alteração empreendida vai muito além da mera nomenclatura. Sob a nova formatação, o Conselho interliga-se com as diversas Comissões atuantes na Ordem, devendo estar atento aos assuntos que despertam o interesse da jovem advocacia para promover os encaminhamentos necessários.

Desde a sua criação, o órgão tem como compromisso abraçar os advogados e advogadas em início de carreira de toda a Bahia, servindo de caixa de ressonância dos anseios e das dificuldades dos profissionais cuja militância não se restringe à capital do Estado.

Nessa linha, levando em consideração que os jovens advogados e advogadas, entendidos como aqueles que possuem até 05 (cinco) anos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (segundo provimento nº 162/2015), não podem figurar no Conselho Seccional, a OAB/Ba, na gestão 2013-2015, entendeu por bem criar um órgão político voltado para opinar sobre as medidas de incentivo e de apoio aos recém-ingressos na profissão.

Portanto, o Conselho Consultivo da Jovem Advocacia é um órgão que compõe a estrutura da OAB/BA, integrado por advogados e advogadas com até 05 (cinco) anos de inscrição regular nos quadros da entidade. Sua estrutura originária é composta por um presidente, um vice-presidente, diretor de relacionamento com o interior e diretor de planejamento.

O CCJA, desde a sua criação, permite a participação de estagiários e estagiárias do curso de direito nas atividades do Conselho como membros colaboradores, possibilitando aos acadêmicos e acadêmicas, além de discutir as questões relativas às suas atividades cotidianas, a conhecer a realidade da advocacia.

O QUE É A OAB JOVEM?

O Conselho Consultivo da Jovem Advocacia da OAB Bahia, também chamado de OAB Jovem, é um órgão consultivo de assessoramento, que tem por finalidade auxiliar a Diretoria e o Conselho Seccional no cumprimento dos seus objetivos institucionais, notadamente no que se refere à advocacia em início de carreira, nos termos do Regimento Interno das Comissões da OAB-BA. A OAB Jovem é, portanto, o braço da OAB Bahia vocacionado a promover a interlocução entre os jovens advogados e a Ordem baiana, suprimindo assim a ausência de representação dos advogados com até 05 (cinco) anos de inscrição na composição do Conselho Pleno, em razão de vedação legal expressa, denominada cláusula de barreira.

COMO FUNCIONA A OAB JOVEM?

O Conselho Consultivo da Jovem Advocacia entende que o direcionamento das políticas institucionais voltadas para os jovens advogados alcança horizontes amplos através da subdivisão do Conselho em Grupos de Trabalho, criados para a execução dos diversos projetos. Busca-se com tal medida a consistente participação democrática de todos os membros nas decisões e realizações do CCJA, em primeiro plano, bem como a descentralização das funções, em última análise, sem olvidar da nossa função basilar, qual seja: prestar apoio, estímulo e orientação aos advogados em início de carreira. As sessões ordinárias do CCJA são abertas, bem como toda a programação mensal e as pautas a serem debatidas são divulgadas com antecedência através do site e redes sociais da OAB Jovem, de modo que há frequente participação de jovens advogados interessados em conhecer o funcionamento da instituição.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – ARTIGOS DOS PROFESSORES AVALIADORES	
CONVERSÃO DE EMPRÉSTIMO EXTERNO EM INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E REGULATÓRIOS	13
Leonardo Nunes Campos	
POR QUE A PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL É UMA MEDIDA PRIMA RATIO (?): UMA ANÁLISE CRÍTICA AOS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DA LEI Nº. 12.403/2011	29
Luiz Gabriel Batista Neves / Marina Cerqueira	
CAPÍTULO 2 – ARTIGOS SELECIONADOS	
A ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DO ART. 87, INCISOS III E IV DA LEI 8.666/93	55
Pedro Novais Ribeiro	
INTERESSE PÚBLICO VERSUS INTERESSE PRIVADO: DA DESAPROPRIAÇÃO À PRÉVIA INDENIZAÇÃO	79
Ludimile Bandeira de Souza	
GRAVAÇÕES CLANDESTINAS, INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E A SUA POSSÍVEL ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	101
Felipe Souza Calmon de Almeida / Tássia Louise de Moraes Oliveira	
A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA COMO CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA IMAGEM E PRIVACIDADE NA INTERNET À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 ...	121
Géssica Yasmin Dapik Bulhões Carvalho	
A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA ANTECEDENTE NO CPC/2015 E A COISA JULGADA	141
Gabrielly Tamirys Barboza de Souza	
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: O ALARGAMENTO LEGISLATIVO NA NOVA SISTEMÁTICA INSTAURADA PELO CPC/2015 ..	161
João Paulo Soares e Silva	
DIFÍCIL CONJUNTURA: O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A ESCASSEZ DOS RECURSOS	175
Mateus Pires Aragão / Ana Carla Pires Meira Cardoso	

**A (DES)NECESSIDADE DA EDIÇÃO DA LEI Nº 13.146/2015 NA
PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. 195**

Sarah Cabral Ferreira Bispo

**A NECESSIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS, O ARTIGO 252
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A POSSIBILIDADE DE
SUSPEIÇÃO DO JUIZ QUE ATUOU NA FASE DE INVESTIGAÇÃO. 217**

Marcelo Alves dos Anjos

**A TRANSGRESSÃO DE PRINCÍPIOS BIOÉTICOS E
A SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL COMO
DESLEGITIMADORES DA CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA
OBSTÉTRICA. 239**

Eveline Conceição Santos

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO DO
TRABALHO EM MEIO A INSERÇÃO DA TECNOLOGIA NAS
RELAÇÕES DE EMPREGO. 253**

Jéssica Perazzo Dórea Guimarães

**A VALORIZAÇÃO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NA
REFORMA TRABALHISTA. 273**

Rebeca Luise Bensabath Dantas De Assis

**BREVE ANÁLISE ACERCA DA REGRESSIVIDADE DO SISTEMA
TRIBUTÁRIO BRASILEIRO COMO FATOR DE VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA 289**

Felipe de Macedo e Souza

**DO DIREITO À EDUCAÇÃO: ANÁLISE DA (IN)
CONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DE DEDUÇÃO DE
DESPESAS EDUCACIONAIS NA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE
RENDA PESSOA FÍSICA. 311**

Camila Araújo Lopes Martins

EDITORIAL 335

Érica de Meneses / Gustavo Barreto / Lucas Macedo

CAPÍTULO 1

ARTIGOS DOS PROFESSORES AVALIADORES

CONVERSÃO DE EMPRÉSTIMO EXTERNO EM INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E REGULATÓRIOS

Leonardo Nunes Campos¹

Resumo: O presente artigo visa analisar os aspectos tributários da capitalização de empresas através do empréstimo externo concedido por acionista sediado fora do Brasil, bem como as consequências da conversão deste empréstimo direito em investimento estrangeiro direto, através do aumento do capital social da investida. Foram verificadas as hipóteses de incidência do IOF e do Imposto de Renda em cada um dos casos, bem com as exigências de registro nos órgãos regulatórios.

Palavras-chave: Tributário. Regulatório. Empréstimo Externo. Investimento Estrangeiro Direto. IOF. Imposto de Renda.

Abstract: This article aims to analyze the tax aspects of the capitalization of companies through the external loan granted by a shareholder based outside Brazil, as well as the consequences of the conversion of this right loan into direct foreign investment through the increase of the capital stock of the investee. We verified the hypothesis of incidence of IOF and Income Tax in each of the cases, as well as the registration requirements in the regulatory bodies.

Keywords: Tax. Regulatory. External Loan. Foreign Direct Investment. IOF. Income tax.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. EMPRÉSTIMO EXTERNO. 1.1 REGULAÇÃO CMN/BACEN PARA REGISTRO DAS OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMO EXTERNO 1.2. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA OPERAÇÃO DE EMPRÉSTIMO EXTERNO. 1.2.1 Imposto Sobre Operações Financeiras (IOF). 1.2.2. Imposto de Renda Retido na Fonte. 1.2.3. Imposto Sobre a Renda:

1. É advogado atuante na área de Direito Tributário. Doutorando em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Tributário pela FGV Direito SP (2016). cursou extensão em Tributação Internacional na Northwestern University – Chicago/IL (2015). Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET (2011). Graduado em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS (2009). É sócio do Brito, Campos, Cruz e Torres Advogados, membro da Comissão de Direito Tributário OAB/BA, além de professor de cursos de pós-graduação e autor e revisor de artigos publicados em revistas especializadas. Foi Conselheiro do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3581204166008011>

dedutibilidade dos juros. **2. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO: REGISTRO E TRIBUTAÇÃO. 3. A CONVERSÃO DE EMPRÉSTIMO EXTERNO EM INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO. CONCLUSÃO.**

INTRODUÇÃO

A capitalização de empresas pode acontecer de dois modos: através de recursos dos acionistas ou de terceiros. Quando se aborda o aporte por meio dos acionistas, verifica-se a possibilidade da sua realização se dar através do aumento de capital da sociedade ou pela contratação de empréstimos com estes acionistas (*intercompany loans*).

Ao regular a situação da capitalização através de capital estrangeiro, a legislação brasileira distingue as hipóteses supracitadas, denominando “investimento direto” aquele referente ao aporte para a composição ou aumento do capital social de empresas da qual o investidor seja sócio ou acionista fora de bolsa de valores e mercado de balcão organizado; e “empréstimo externo” as demais situações, como *project finance*, operações de financiamento à importação ou exportação, ou outras modalidades de financiamento.

O presente artigo visa analisar os aspectos tributários da capitalização de empresas através do empréstimo externo concedido por acionista sediado fora do Brasil, bem como as consequências da conversão deste empréstimo direito em investimento estrangeiro direto, através do aumento do capital social da investida.

Além desta introdução, o trabalho contará com a análise das operações de empréstimo externo (capítulo 01), com a descrição dos aspectos regulatórios referentes aos registros da operação no Banco Central (1.1), bem como os aspectos tributários (1.2.), que podem ser divididos em três pontos: a incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (1.2.1), do Imposto de Renda Retido na Fonte (1.2.2), e da regularidade da operação segundo o aspecto de subcapitalização (*thin capitalization*) e de preços de transferência (*transfer pricing*) para efeitos de dedutibilidade do Imposto de Renda (1.2.3).

Em seguida, serão apresentados os aspectos regulatórios e tributários do investimento estrangeiro direito (capítulo 02), para que então sejam analisadas as consequências da conversão do empréstimo externo contratado em investimento estrangeiro direito, que ocorre através da operação de câmbio simultâneo (capítulo 03). Por fim, apresentaremos a conclusão.

1. EMPRÉSTIMO EXTERNO

O empréstimo externo é uma das possíveis formas de capitalização das empresas. Quando a operação de mútuo ocorre entre partes relacionadas, contudo, é importante que se observe algumas regras referentes à sub-capitalização e preços de transferência, para que se tenha a melhor eficiência fiscal. Neste capítulo, serão demonstrados os aspectos regulatórios e tributários referentes à esta operação.

1.1. REGULAÇÃO CMN/BACEN PARA REGISTRO DAS OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMO EXTERNO

A regulação nacional sobre o ingresso de capital estrangeiro se dá através da Lei nº 4.131/62, que determina o registro de todas as operações no órgão competente (atualmente BACEN), independente da forma de ingresso do recurso no país. Em nível infralegal, a regulamentação se dá através da Resolução do Conselho Monetário Nacional (CNM) nº 3.844/2010.

No caso de empréstimo externo contratado de forma direta, a regulamentação consta no Capítulo II do Anexo II à Resolução CMN 3.844/2010, onde se encontram as normas para o registro da operação.

A referida norma dispõe que a operação deve ser registrada no Sistema de Registro Declaratório Eletrônico, módulo de Registro de Operação Financeira (RDE-ROF) do SISBACEN antes da entrada do capital no Brasil, sendo o tomador dos recursos externos o responsável pelo registro².

Basicamente o procedimento consiste em informar via sistema os detalhes da operação nas telas:

Características Gerais (MCEX57BA): modalidade (no caso empréstimo), a moeda, o valor, a incidência ou não de juros, o prazo, os encargos, se a operação é *intercompany*, a natureza da operação, a origem e o destino dos recursos e os titulares.

Principal (MCEX57BC): além da discriminação do valor da operação, as condições de pagamento do valor principal (parcelas, periodicidade, carência, prazo, data ou condição de início da contagem), o meio de pagamento e o sistema de amortização.

Juros (MCEX57BD): o período dos juros, o prazo de validade do período, a forma de pagamento, a data ou condição de início da contagem, o meio de

2. O manual do Módulo RDE-ROF do SISBACEN está disponível no endereço web do Banco Central (link direto: <http://www.bcb.gov.br/ftp/infecon/RDE/ManualRDE-ROF.pdf>)

pagamento, a periodicidade, se a taxa é fixa ou variável, o spread se for o caso.

Encargos (MCEX57BE): os encargos incidentes na operação, com o código, moeda, se o valor é fixo ou percentual, qual a base, a condição, data e periodicidade de pagamento, o número de parcelas, a qual titular é vinculado e quais os detalhes da forma de cálculo.

Dados Complementares (MCEX57BJ): Informações entendidas como relevantes para as quais não haja campo específico, dados do Imposto de Renda, dados do responsável pela operação;

Vínculos (MCEX57BL): caso haja vínculo com outra operação.

Além do registro da operação em si, é importante apontar que é necessário o registro de quaisquer alterações nas condições do negócio, de modo que o Banco Central possa manter o controle das informações sobre o capital estrangeiro no país.

Uma vez concluído o procedimento, será concedido o número de registro automaticamente, salvo se a estrutura da operação não se enquadrar nos padrões do sistema, quando o próprio BACEN informará os ajustes necessários, ou quando os custos da transação não forem compatíveis com as condições e práticas usuais de mercado, o que é exigência da legislação, que não admite vencimentos em aberto, encargos indefinidos ou vinculados ilimitadamente aos resultados financeiros ou qualquer outra forma de medição de desempenho empresarial.

Com o número de registro, será possível fechar o contrato de câmbio. Após o fechamento do câmbio, é preciso ainda que se registre no módulo RDE-ROF o esquema de pagamento do empréstimo.

Em suma, são estes os procedimentos necessários para que a operação de empréstimo externo seja efetuada em atendimento às exigências regulatórias.

1.2. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA OPERAÇÃO DE EMPRÉSTIMO EXTERNO

Numa operação de crédito internacional pode-se cogitar a incidência de dois tributos: Imposto Sobre Operações Financeiras (IOF) e Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), a incidir sobre os juros. Passa-se a analisar a incidência de cada um deles no empréstimo externo.

1.2.1. Imposto Sobre Operações Financeiras (IOF)

Com relação ao IOF, a legislação brasileira prevê a incidência sobre

operações de crédito, operações de câmbio, de seguro, relativas a títulos ou valores mobiliários ou operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial.

A outorga de competência para a instituição do IOF pela União consta no art. 153, V, da Constituição Federal de 1988, sendo prevista a sua incidência sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou aquelas relativas a títulos ou valores mobiliários.

A regulamentação do imposto encontra-se na Lei nº 5.143/66, na Lei nº 5.172/66 (CTN), no Decreto-Lei nº 1.783/80, e na Lei nº 8.894/94, estando as normas compiladas no Regulamento do IOF disposto no Decreto 6.306/07, que reúne as informações de todos os outros instrumentos normativos e ainda traz informações sobre as alíquotas.

Estão contempladas na legislação do IOF diversas hipóteses de incidência, de modo que se pode classificar o imposto em cinco categorias: (i) IOF-Crédito, incidentes sobre operações realizadas por instituições financeiras, por “empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring)”, pessoas jurídicas entre si ou pessoas jurídicas e pessoa física; (ii) IOF-Câmbio, sobre operações de câmbio; (iii) IOF-Seguros, sobre as operações realizadas por seguradoras; (iv) IOF-Títulos, sobre operações com títulos ou valores mobiliários; e (v) IOF-Ouro, que incide sobre operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial.

Pois bem. Enquadrariam-se no caso do empréstimo estrangeiro o IOF sobre operações de crédito (inciso I do art. 2º do Decreto 6.306/07) e operações de câmbio (inciso II). Ocorre que há dispositivo expresso no §2º do art. 2º do referido decreto excetuando a incidência do IOF Crédito sobre a operação:

Art. 2º O IOF incide sobre:

I – operações de crédito realizadas:

(...)

§ 2º Exclui-se da incidência do IOF referido no inciso I a operação de crédito externo, sem prejuízo da incidência definida no inciso II.

Com relação ao IOF-Câmbio há a incidência do imposto, porém a

alíquota foi reduzida à zero, salvo quando o prazo médio mínimo da operação for de até 180 dias, quando incidirá a alíquota de 6%. É o que dispõe o art. 15-B, incisos XI e XII do Decreto 6.306/07:

Art. 15-B. A alíquota do IOF fica reduzida para trinta e oito centésimos por cento, observadas as seguintes exceções:

(...)

XI – nas liquidações de operações de câmbio de ingresso e saída de recursos no e do País, referentes a recursos captados a título de empréstimos e financiamentos externos, excetuadas as operações de que trata o inciso XII: zero; (Incluído pelo Decreto nº 8.325, de 7 de outubro de 2014)

XII – nas liquidações de operações de câmbio para ingresso de recursos no País, inclusive por meio de operações simultâneas, referente a empréstimo externo, sujeito a registro no Banco Central do Brasil, contratado de forma direta ou mediante emissão de títulos no mercado internacional com prazo médio mínimo de até cento e oitenta dias: seis por cento; (Incluído pelo Decreto nº 8.325, de 7 de outubro de 2014)

(...)

§ 2º Quando a operação de empréstimo for contratada pelo prazo médio mínimo superior ao exigido no inciso XII do caput e for liquidada antecipadamente, total ou parcialmente, descumprindo-se esse prazo mínimo, o contribuinte ficará sujeito ao pagamento do imposto calculado à alíquota estabelecida no inciso citado, acrescido de juros moratórios e multa, sem prejuízo das penalidades previstas no art. 23 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, e no art. 72 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

Assim, o IOF Câmbio incidirá à alíquota de 6% (seis por cento) apenas se o empréstimo for contratado por prazo inferior a 180 (cento e oitenta) dias.

É importante ressaltar, porém, que por conta do parágrafo primeiro do art. 153 da Constituição Federal, as alíquotas de IOF podem ser majoradas pelo poder executivo, além do que, por determinação do §1º do art. 150, o IOF não está sujeito à anterioridade de exercício e nonagesimal, de modo que a regra referente à alíquota zero pode ser alterada a qualquer tempo.

1.2.2. Imposto de Renda Retido na Fonte

O empréstimo em si não é fato gerador do imposto de renda, pois não representa a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica, de modo que a concessão e o pagamento da parcela do principal do mútuo não atrai a incidência do imposto.

O mesmo não acontece com os juros. Sendo os juros o produto do capital, incide o imposto sobre a renda, nos termos do art. 43, I da Lei nº 5.172/66 (CTN). Em regra a alíquota é de 15% e o tributo deve ser retido na fonte, conforme determina o art. 685, I do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/99). Nos casos em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em paraísos fiscais³, a alíquota é elevada para 25%, conforme art. 8º da Lei nº 9.779/99.

É importante ressaltar que existem algumas hipóteses de redução à alíquota zero do imposto de renda retido na fonte prevista na Lei nº 9.481/97. No que aqui interessa, o inciso VIII do art. 1º assim dispõe:

Art. 1º A alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses:

(...)

VIII – juros decorrentes de empréstimos contraídos no exterior, em países que mantenham acordos tributários com o Brasil, por empresas nacionais, particulares ou oficiais, por prazo igual ou superior a quinze anos, à taxa de juros do mercado credor, com instituições financeiras tributadas em nível inferior ao admitido pelo crédito fiscal nos respectivos acordos tributários;

IX – juros, comissões, despesas e descontos decorrentes de colocações no exterior, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais, inclusive comercial papers, desde que o prazo médio de amortização corresponda, no mínimo, a 96 meses;

Assim, a depender de como estruturada a operação, é interessante notar que a captação de recursos no exterior através de instituições financeiras ou títulos de crédito pode representar uma vantagem fiscal relevante.

Ainda sobre o imposto sobre a renda retido na fonte, poder-se-ia cogitar a possibilidade de regras dispostas em acordo internacional para evitar a bi-tributação afastar ou diminuir a incidência do imposto de renda.

Ocorre que o Brasil adota para os seus tratados o modelo da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que trata dos juros no seu art. XI, atribuindo a possibilidade do país de origem tributar os juros até um limite de 15%.

3. A Receita Federal editou uma instrução normativa trazendo a *black list* dos países considerados paraísos fiscais, bem como aqueles que adotam os chamados regimes fiscais privilegiados. É a Instrução Normativa 1.037/2010.

A título de exemplo, observe-se o que dispõe o acordo firmado com o Canadá (Decreto 92.318/86):

ARTIGO XI

Juros

1. Os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Todavia, esses juros podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado, mas se a pessoa que os receber for uma sociedade que seja o beneficiário efetivo dos juros, o imposto assim estabelecido não poderá exceder:

- a) 10 por cento do montante bruto dos juros provenientes do Brasil e pagos a um residente do Canadá em razão de um empréstimo garantido ou seguro por um período mínimo de 7 anos pela “Export Development Corporation of Canada”;
- b) 15 por cento em todos os demais casos.

Ou seja, em que pese o tratado estabeleça que os juros devem ser tributados no país do credor, o Estado do devedor pode impor a tributação à alíquota máxima de 15%, e é exatamente o que faz o Brasil, como se averigua do art. 9º da IN RFB 1.455/2014.

Assim, para o caso, sob o ponto de vista de incidência do imposto sobre a renda retido na fonte, haveria diferença na tributação em relação aos países com os quais o Brasil tem tratado, apenas se o tratado estipular no Artigo XI, percentual de imposto sobre a renda menor do que 15%.

É importante notar, ainda, que alguns países que não possuem tratado com o Brasil, a exemplo dos Estados Unidos, permitem a compensação do imposto pago ou retido na fonte no exterior, assim como acontece no Brasil pela regra disposta no art. 395 do Regulamento do Imposto do Renda.

1.2.3. Imposto Sobre a Renda: dedutibilidade dos juros.

Por fim, por se tratar de uma operação *intercompany*, é importante que se averigue as imposições decorrentes das regras de combate à subcapitalização e as normas preços de transferência, a fim de que a empresa pagadora dos juros não tenha restrição da dedutibilidade da despesa para efeitos de apuração do IRPJ.

Estas regras surgiram para evitar prática muito comum: o planejamento

tributário consistente na capitalização de empresas através de empréstimo em detrimento de aporte de capital, de modo a criar uma despesa dedutível e reduzir a tributação da operação e, da mesma forma, transferir o saldo positivo através de altos juros simulados para países do exterior com tributação favorecida.

As regras contra a subcapitalização constam nos arts. 24 a 27 da Lei nº 12.249/2010. Em resumo, para as empresas vinculadas estrangeiras não sediadas em paraísos fiscais: (i) quando houver participação societária, o endividamento não pode superar duas vezes a participação da credora no patrimônio líquido (PL); (ii) quando não houver participação societária, o endividamento não poderá superar duas vezes o PL. Em todos os casos, o endividamento total da empresa com vinculadas não poderá ser superior à duas vezes a participação de todas as vinculadas no PL.

No caso de vinculadas em paraísos fiscais, as regras são mais rígidas, não podendo o endividamento superar 30% do PL da devedora.

Em relação aos preços de transferência, a regra está no art. 22 da Lei nº 9.430/96, cujo regulamento consta na IN RFB 1.312/12, art. 38-A. O dispositivo supracitado traz, no parágrafo 8º, três possibilidades de taxas, que devem ser acrescidas de margem de *spread* definida pelo Ministro de Estado da Fazenda (atualmente 3,5% para fins de dedutibilidade – Portaria MF nº 427/2013).

Art. 38-A. A partir de 1º de janeiro de 2013, os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base em taxa determinada conforme este artigo acrescida de margem percentual a título de *spread*, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Fazenda com base na média de mercado, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

§ 1º No caso de mútuo com pessoa vinculada, a pessoa jurídica mutuante, domiciliada no Brasil, deverá reconhecer, como receita financeira correspondente à operação, no mínimo o valor apurado segundo o disposto neste artigo.

§ 2º Para efeito do limite a que se refere este artigo, os juros serão calculados com base no valor da obrigação ou do direito, expresso na moeda objeto do contrato, e convertidos em reais pela taxa de câmbio, divulgada pelo Banco Central do Brasil, para a data do termo final do cálculo dos juros.

§ 3º O valor dos encargos que exceder o limite referido no caput será adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL.

§ 4º A diferença de receita apurada na forma do § 2º será adicionada ao lucro real, presumido ou arbitrado e à base de cálculo da CSLL.

§ 5º Nos pagamentos de juros em que a pessoa física ou jurídica remetente assumo o ônus do imposto, o valor deste não será considerado para efeito do limite de dedutibilidade.

§ 6º O cálculo dos juros a que se refere o caput poderá ser efetuado por contrato ou conjunto de operações financeiras com datas, taxas e prazos idênticos.

§ 7º Para efeito do disposto neste artigo, são consideradas operações financeiras aquelas decorrentes de contratos, inclusive os de aplicação de recursos e os de capitalização de linha de crédito, celebrados com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cuja remessa ou ingresso de principal tenha sido conduzido em moeda estrangeira ou por meio de transferência internacional em moeda nacional.

§ 8º A taxa de que trata o caput será a taxa:

I – de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em dólares dos Estados Unidos da América, na hipótese de operações em dólares dos Estados Unidos da América com taxa prefixada;

II – de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em reais, na hipótese de operações em reais no exterior com taxa prefixada; e

III – Libor pelo prazo de 6 (seis) meses, nos demais casos.

§ 9º Na hipótese do inciso III do § 8º, para as operações efetuadas em outras moedas nas quais não seja divulgada taxa Libor própria, deverá ser utilizado o valor da taxa Libor para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América.

§ 10. A verificação de que trata este artigo deve ser efetuada na data da contratação da operação e será aplicada aos contratos celebrados a partir de 1º de janeiro de 2013.

§ 11. Para fins do disposto no § 10, a novação e a repactuação são consideradas novos contratos.

§ 12. Na hipótese de operações contratadas antes de 31 de dezembro de 2012, a comprovação da data de contratação deverá ser realizada com a demonstração do contrato registrado no Banco Central.

§ 13. Na falta da comprovação do registro, mencionada no § 12, a pessoa jurídica deverá observar o limite de juros, para a despesa ou receita, calculado

com base na taxa Libor, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de 6 (seis) meses, acrescida de 3% (três por cento) anuais a título de spread, conforme disposto no art. 58.

Assim, devem ser respeitados os limites da legislação para o total do endividamento, a fim de se escapar da indedutibilidade decorrente da subcapitalização, bem como a taxa estipulada para o valor do juros, para que não haja restrições decorrentes dos preços de transferência.

2. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO: REGISTRO E TRIBUTAÇÃO

O investimento estrangeiro direto é a aplicação de recursos para a composição do capital ou a compra de participação de terceiros na sociedade investida. Esta modalidade de investimento também tem sua regulação na Resolução CMN 3.844/2010, especificamente no Anexo I.

Assim como o empréstimo externo, o investimento estrangeiro direto também deve ser registrado no SISBACEN, porém através do módulo RDE-IED, sendo a empresa receptora dos recursos responsável pela informação no sistema.

Além do valor diretamente recebido da transferência externa, deve ser submetida a registro também as capitalizações de lucros, dividendos, de juros sobre o capital próprio e reserva de lucros, já que a legislação as considera reinvestimento.

A Circular BACEN 3.689/2013 trata, no art. 23 e seguintes, do Investimento Estrangeiro Direto, determinando o registro obrigatório de todos os eventos societários ou contratuais que venham a alterar os termos da participação societária de investidor estrangeiro, inclusive das reorganizações societárias.

A tributação incidente sobre a operação de aporte de capital a título de investimento estrangeiro direto sujeita-se apenas ao IOF câmbio à alíquota de 0,38%, aplicando-se a regra do *caput* do art. 15-B do Decreto nº 6.306/2007, já que a hipótese não se enquadra nas regras especiais dos incisos deste mesmo artigo, nem nas isenções do art. 16.

3. A CONVERSÃO DE EMPRÉSTIMO EXTERNO EM INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

É possível que o credor do empréstimo realizado a sociedade em que tenha participação deseje, observada as regras societárias, converter o seu

crédito em aumento do capital social da empresa.

Nestes casos, não há necessidade do trânsito do capital de volta para o país de origem e o reingresso no Brasil, acontecendo a chamada operação de câmbio simultânea, conforme a hipótese do inciso II, do art. 7º, da Resolução CMN 3.844/2010, que assim dispõe:

Art. 7º Para os fins do registro de que trata esta Resolução, sujeitam-se à realização de operações simultâneas de câmbio ou de transferências internacionais em reais, sem entrega efetiva dos recursos e independentemente de prévia autorização do Banco Central do Brasil:

I – a conversão de haveres de não residentes no País em modalidade de capital estrangeiro registrável no Banco Central do Brasil; e

II – a transferência entre modalidades de capital estrangeiro registrado no Banco Central do Brasil.

III – a renovação, a repactuação e a assunção de obrigação de operação de empréstimo externo, sujeito a registro no Banco Central do Brasil, contratado de forma direta ou mediante emissão de títulos no mercado internacional.

O reenquadramento da natureza do capital estrangeiro no país exige o registro no BACEN, sendo o caso de conversão de empréstimos externos em investimento estrangeiro direto expressamente previsto nos arts. 37 e 38 da Circular BACEN 3.689/2013:

Art. 37. Considera-se conversão em investimento estrangeiro direto, para os fins desta subseção, a operação pela qual direitos e créditos passíveis de gerar transferências financeiras para o exterior, assim como bens pertencentes a não residentes, são utilizados para aquisição ou integralização de participação em empresa no País.

Art. 38. No registro das conversões de que trata esta subseção, devem ser observadas as seguintes etapas: I – baixa, no módulo ROF do RDE, do valor a ser convertido, nos casos de operações registradas; II – operações simultâneas de câmbio, sem expedição de ordem de pagamento do ou para o exterior ou lançamentos simultâneos de transferência internacional de reais, mediante utilização de códigos de natureza correspondentes ao valor a ser convertido e ao investimento estrangeiro direto, bem como de código de grupo específico; e III – inclusão, no módulo IED do RDE, da operação correspondente.

É importante notar que essas operações de câmbio simultâneas são, para todos os efeitos, consideradas operações efetivas: em que pese não haja a circulação de capital, a legislação determina que sejam atribuídos os mesmos efeitos da operação em que o capital circula. Ou seja, há duas operações de

câmbio fictas, às quais a legislação dá efeitos de operações reais: uma de remessa dos recursos ao exterior e outra de reingresso desses recursos. É o que dispõe o art. 30 da Circular BACEN 3.691/2013:

Art. 30. As operações simultâneas de câmbio ou de transferências internacionais em reais são consideradas, para todos os efeitos, operações efetivas, devendo ser adotados os procedimentos operacionais previstos na regulamentação e comprovado o recolhimento dos tributos incidentes nas operações.

As operações simultâneas, consideradas operações efetivas, impactam na tributação em relação ao IRRF e ao IOF.

No caso do imposto de renda retido na fonte, há relevância caso haja algum saldo de juros ainda não pago a ser remetido para o exterior que seja convertido em aumento de capital. Nesta hipótese, haverá a incidência do imposto à alíquota de 15%, da mesma forma que ocorreria caso o montante fosse efetivamente remetido ao exterior.

Com relação ao IOF-Câmbio, conforme dispõe o supracitado art. 15-B, incisos XI e XII do Decreto nº 6.306/07, a alíquota zero só é aplicável caso o empréstimo seja contratado por mais de cento e oitenta dias. Caso contrário, o imposto incidirá à alíquota de 6%.

Se o recurso houver ingressado no Brasil com a aplicação da alíquota zero, porém antes do prazo de cento e oitenta dias o devedor liquidar a total ou parcialmente a operação de empréstimo, deve haver a cobrança do imposto com multa e juros, conforme o disposto no §2º do art. 15-B do Decreto nº 6.306/07.

Com a conversão do empréstimo externo em investimento estrangeiro direto, há a liquidação da operação, e modo que incidirá o imposto à alíquota de 6%, com multa e juros, caso haja essa operação simultânea de câmbio em menos de cento e oitenta dias do ingresso dos recursos no país.

Da mesma forma, incide o IOF à alíquota de 0,38% no aporte a título de investimento estrangeiro direto, e também será devido este o imposto quando da ocorrência da operação simultânea de câmbio.

A Coordenação Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil já analisou o tema, quando expediu a solução de consulta nº 261- Cosit, de 26 de setembro de 2014. O caso posto ao exame do órgão, se referia a período anterior ao Decreto nº 8.235/14, que veio a alterar o Regulamento do IOF e extinguir o art. 15-A, tendo introduzido o art. 15-B, porém em que pese

haja pequena diferença quando às alíquotas, as premissas lá aplicadas ainda se aplicam à legislação contemporânea. Assim foi ementada a consulta:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS – IOF CAPITALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMO EXTERNO. MOEDA ESTRANGEIRA. OPERAÇÕES SIMULTÂNEAS DE CÂMBIO. COMPRA E VENDA. IOF-CÂMBIO. INCIDÊNCIA. Na hipótese de conversão de um empréstimo externo, contraído em moeda estrangeira, em investimento estrangeiro direto (IED), haverá incidência do IOF sobre as correspondentes operações simultâneas de câmbio, de compra e de venda de moeda estrangeira, determinadas pela regulamentação cambial, ocorrendo o fato gerador da obrigação tributária no ato da liquidação dos respectivos contratos de câmbio.

EMPRÉSTIMO EXTERNO. PRAZO SUPERIOR AO PRAZO MÉDIO MÍNIMO EXIGIDO. INGRESSO DE RECURSOS. OPERAÇÃO DE CÂMBIO. ALÍQUOTA ZERO. APLICABILIDADE. À operação de câmbio contratada nos termos do inciso XXII do art. 15-A do Decreto nº 6.306, de 2007, com a redação dada pelo Decreto nº 7.698, de 2012, para ingresso de recursos no País, referente a empréstimo externo com prazo superior ao prazo médio mínimo exigido nesse inciso XXII, é aplicável a alíquota zero do IOF estabelecida pelo inciso IX do mesmo artigo, com a redação dada pelo Decreto nº 7.456, de 2011.

EMPRÉSTIMO EXTERNO. HIPÓTESE DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA. IOF DEVIDO. ACRÉSCIMO DE JUROS MORATÓRIOS E MULTA. No caso de conversão em IED de empréstimo externo contratado com prazo superior ao prazo médio mínimo previsto no inciso XXII do art. 15-A do Decreto nº 6.306, de 2007, com a redação dada pelo Decreto nº 7.698, de 2012, ocorrendo a conversão em prazo inferior ao prazo médio mínimo originalmente exigido, fica caracterizada a liquidação antecipada do referido empréstimo, na forma estabelecida pelo § 2º do mesmo art. 15-A, sujeitando-se o contribuinte ao pagamento do IOF sobre o valor do empréstimo antecipadamente liquidado à alíquota de 6% (seis por cento), acrescido de juros moratórios e multa, desde a data da operação original, e sem prejuízo das demais penalidades previstas.

EMPRÉSTIMO EXTERNO. SAÍDA DE RECURSOS. OPERAÇÕES SIMULTÂNEAS DE CÂMBIO. ALÍQUOTA ZERO. APLICABILIDADE. Na operação simultânea de câmbio referente à saída de recursos para a quitação do empréstimo, em face da conversão de empréstimo externo em IED, é aplicável a alíquota zero do IOF estabelecida pelo inciso IX do art. 15-A do Decreto nº 6.306, de 2007, com a redação dada pelo Decreto nº 7.456, de 2011.

EMPRÉSTIMO EXTERNO. CONVERSÃO EM INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO. INGRESSO DE RECURSOS. OPERAÇÕES SIMULTÂNEAS DE CÂMBIO. ALÍQUOTA ZERO. APLICABILIDADE. Na operação simultânea de câmbio referente à entrada de recursos financeiros destinados à integralização de capital social, em face da conversão de empréstimo externo em IED, é aplicável a alíquota zero do IOF estabelecida pelo inciso XIX do art. 15-A do Decreto nº 6.306, de 2007, com a redação dada pelo Decreto nº 7.456, de 2011.

Dispositivos Legais: Lei nº 8.894/1994, arts. 5º a 7º; Decreto nº 6.306/2007 – Regulamento do IOF, com alterações posteriores, arts. 1º, 2º, caput e § 3º, 11 e 15-A, caput, incisos IX, XIX, XXII, e § 2º; Resolução CMN/Bacen nº 3.844/2010, arts. 1º, 7º, 10 e 12; Regulamento Anexo I à Resolução CMN/Bacen nº 3.844/2010, arts. 1º, 2º, 3º e 5º; Circular Bacen nº 3.689/2013, arts. 18, 23, 28, 30, 33, 37, 38 e 109; Circular Bacen nº 3.691/2013, arts. 9º, 30, 41, 55, 214 a 216.

Assim, pode-se verificar que a conversão de empréstimo externo em investimento estrangeiro direto deve ser operacionalizada através de operação de câmbio simultâneo, através da qual acontecem duas operações fictas de câmbio: uma de remessa de recursos para o exterior a título de pagamento do empréstimo e outra de retorno dos recursos para o Brasil a título de investimento estrangeiro direto, operações estas que devem ser tributadas como se houvessem efetivamente acontecido.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que:

- (1) todas as operações efetivadas com capital estrangeiro devem ser registradas no SISBACEN;
- (2) não incide IOF-Crédito no empréstimo externo;
- (3) incide IOF-Câmbio à alíquota zero no caso do empréstimo externo, salvo no caso de contratos cujo prazo seja menor do que 180 dias, caso em que o imposto incidirá à alíquota de 6% (seis por cento);
- (4) incide IRRF à alíquota de 15% sobre os juros remetidos ao exterior no caso do empréstimo externo;
- (5) para fins de dedutibilidade do IRPJ Lucro Real, deve-se observar os limites de endividamento em conformidade com o PL da empresa de acordo com as regras de subcapitalização;
- (6) para fins de dedutibilidade do IRPJ Lucro Real, deve-se observar

o limite da taxa de juros nas três hipóteses do §8º do art. 38-A da IN RFB 1.312/12, acrescido de spread de até 3,5%.

(7) incide IOF-Câmbio à alíquota de 0,38% no caso de investimento estrangeiro direto;

(8) a operação de conversão de empréstimo externo em investimento estrangeiro direto ocorre através de câmbio simultâneo, havendo a remessa e repatriação ficta dos recursos, porém para todos os efeitos as operações devem ser consideradas efetivas;

(9) na conversão de empréstimo externo em investimento estrangeiro direto incide IOF-Câmbio à alíquota de 0,38%;

(10) caso haja saldo de juros a ser remetido ao exterior que seja capitalizado, incide o IRRF à alíquota de 15%;

(11) no caso de conversão de empréstimo externo em investimento estrangeiro direto no prazo inferior ao de 180 dias, incide o IOF-Câmbio à alíquota de 6%, com acréscimo de multa e juros.

POR QUE A PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL É UMA MEDIDA *PRIMA RATIO* (?): UMA ANÁLISE CRÍTICA AOS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DA LEI Nº. 12.403/2011

Luiz Gabriel Batista Neves¹

Marina Cerqueira²

1. Introdução. 2. O racismo como pressuposto essencial do sistema de funcionamento da justiça criminal. 3. Das medidas cautelares pessoais diversas da prisão preventiva e o contexto da criação da lei nº. 12.403/2011. 4. A necessidade da implementação do sistema adversarial como afirmação do sistema acusatório e de um processo penal verdadeiramente democrático. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo abordar, sob as lentes de uma racionalidade crítica, a aplicação da prisão preventiva no Brasil que tem se revelado como medida *prima ratio*, mesmo com o advento da Lei n.

1. Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Ciências Criminais pelo Juspodivm. Professor da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Professor Convidado da Pós-graduação em Ciências Criminais e em Direito Municipal da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Professor Convidado da Pós-graduação em Ciências Criminais do Centro de Estudos José Aras (CEJAS). Vice-Presidente da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA/OAB-BA). Diretor Executivo do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Advogado Criminalista.
2. Assessora de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Especialista em Direito do Estado pelo Instituto Excelência – Juspodivm. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora de Direito Penal do Centro Universitário Jorge Amado (UNIJORGE) e ex-professora da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Professora convidada da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade Católica de Salvador (UCSAL), Pós-Graduação em Direito Penal da Universidade Salvador (UNIFACS), da Escola de Magistrados do Estado da Bahia (EMAB), da pós-graduação em Ciências Criminais do Centro de Estudo José Aras (CEJAS), da Escola Superior da Advocacia (ESA/OAB-BA). Presidenta do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Membro da Comissão Temporária instituída pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado da Bahia (OAB-BA) para apresentar sugestões ao Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal.

12.403/2011 que trouxe diversas medidas cautelares pessoais diversas daquela.

Pretendeu-se, inicialmente, fixar algumas premissas fundamentais para a melhor compreensão do aludido artigo, tratando da atuação seletiva do poder punitivo do Estado e, nessa medida, abordando questões relacionadas à raça, gênero e classe, das quais, aliás, qualquer estudo sério sobre as ciências criminais não pode prescindir.

Posteriormente, se buscou abordar a conjuntura jurídico-social da criação da mencionada Lei n. 12.343/2011, além de tecer algumas considerações críticas sobre o manifesto desvirtuamento (para utilizar o eufemismo) do (tão caro) princípio, constitucionalmente assegurado, da presunção de inocência.

Nessa perspectiva, o presente trabalho se propõe a convidar o leitor a compreender, ainda que sucintamente, as principais características do sistema adversarial que, por excelência, se revela como autenticamente acusatório e, portanto, democrático.

Dito mais claramente, pensar em qualquer reforma processual penal imprime um dever de observância a determinados métodos, como, por exemplo, a oralidade, que associado à possibilidade concreta de realização do contraditório entre os atores do sistema de justiça, garantirá um processo penal que se anseia: verdadeiramente democrático.

2. O RACISMO COMO PRESSUPOSTO ESSENCIAL DO SISTEMA DE FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA CRIMINAL

Não é possível (ou não deveria ser) abordar qualquer tema de direito e processo penal³ sem reconhecer e destacar as premissas de uma questão grave, que constitui a pedra angular no funcionamento do sistema penal no Brasil, que é a questão racial⁴. Isso porque, como afirma Marcelo Biar, “(...) uma sociedade que encarcera, por mais de duzentos anos, o mesmo grupo social não pode falar de causalidade. Os presos brasileiros (...), afrodescendentes, jovens e de baixa escolaridade, hoje moradores de favelas, antes escravos e negros libertos (...), explicitam o projeto histórico de nossa elite”⁵.

3. Sem deixar de alertar que direito e processo penal são partes vistas por perspectivas distintas, há entre ambas um “caráter dialógico”, não podendo construir uma ciência dissociando direito e processo penal. NEVES, Luiz Gabriel Batista. *Culpabilidade, física quântica e processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 121 e segs.

4. Sob o risco de ser seduzido pelo argumento de neutralidade na construção do conhecimento científico, tese que contribui para caos teórico e dogmático das ciências sociais, conforme aponta: BUNGE, Mario. *La Investigacion Científica*. Cidade do México: Siglo XXI, 2000.

5. BIAR, Marcelo. *Arquitetura da dominação: o Rio de Janeiro, suas prisões e seus presos*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 7.

O aspecto de maior gravidade, e que interessa mais de perto para o objeto do presente trabalho, é que 40% das pessoas presas no Brasil não possuem sequer condenação de primeiro grau, percentual que alcança 58% dos presos se consideramos apenas o Estado da Bahia⁶. Em sua maioria, são presos provisórios e vítimas de alguma prisão cautelar. Segundo o último levantamento oficial, são 726.712 (setecentos e vinte seis, setecentos e doze mil) pessoas encarcerados no Brasil, número que superaria mais de 1.300.000 (um milhão e trezentos mil) caso fossem cumpridos todos os mandados de prisão⁷, proporcionando, para além de toda discussão dogmática do (mal) uso das medidas cautelares pessoais no processo penal, um completo caos do sistema prisional, que possui como principal característica taxas desumanas de aprisionamento. Somam-se a essas questões preliminares as nuances do encarceramento das mulheres, que cresceu 567% nos últimos 15 anos⁸. Na Bahia, atualmente 97% das mulheres aprisionadas são negras, não deixando qualquer dúvida de qual é o público selecionado pelo sistema penal⁹.

A seletividade do sistema criminal em relação ao homem e à mulher negra não surpreende a quem conhece um pouco da realidade (“o como”) do seu funcionamento, especialmente das abordagens policiais, prisões em flagrantes, audiência de custódia, recolhimento cautelar no sistema penitenciário, indiciamento, oferecimento de denúncia, audiência de instrução, sentença e eventuais recursos, que funcionam organicamente, aprisionando, sem nenhum pudor ou segredo, o público mais vulnerável da nossa sociedade. Aliás, até quem somente teve acesso à literatura teórica que tange o tema já foi alertado, de uma forma ou de outra, que “todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena”¹⁰, advertência feita, por exemplo, por Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar,

6. Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) publicado no ano de 2016, disponível no link, acessado em 19 de fevereiro de 2018: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf

7. Conforme se pode conferir no Banco Nacional de Mandados de Prisão, disponível no link, acessado em 17 de fevereiro de 2018: <http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio>

8. O Instituto Baiano de Direito Processual Penal divulgou nota sobre a situação do sistema carcerário brasileiro, disponível no link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: <http://www.ibadpp.com.br/2032/nota-publica-sobre-a-situacao-do-sistema-carcerario-brasileiro>

9. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>

10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

ao denunciarem o processo de criminalização¹¹.

O que nem sempre é percebido (ou é invisibilizado de maneira intencional, para atender a determinados fins) é que essa seletividade está nas entranhas culturais de nossa sociedade e começa já no primeiro acesso à educação formal, quando não dá seus primeiros sinais nos ambientes de convivência familiar. O homem e a mulher negra aprendem, logo cedo, na escola, que o que se espera dele ou dela é “(...) a obediência, não o desejo ardente de aprender”¹², mesmo porque “(...) a excessiva ânsia de aprender era [é] facilmente entendida como uma ameaça à autoridade branca”.

Bell Hooks, quando retrata a realidade educacional da população negra depois do fim do *apartheid* nos Estados Unidos, narra situação não muito diferente do racismo institucional ainda presente na sociedade brasileira:

(...) Para as crianças negras, a educação já não tinha a ver com a prática da liberdade. Quando percebi isso, perdi o gosto pela escola. A sala de aula já não era um lugar de prazer ou de êxtase. A escola era um ambiente político, pois éramos obrigados a enfrentar a todo momento os pressupostos racistas dos brancos, de que éramos geneticamente inferiores, menos capacitados que os colegas, até incapazes de aprender. Apesar disso, essa política já não era contra-hegemônica. O tempo todo, estávamos somente respondendo e reagindo aos brancos¹³.

No Brasil é importante posicionar essa ausência de distinção, porque – no princípio dos anos 30 do século passado – (1) “em geral os brasileiros, negros e brancos, tendiam a perceber o racismo ‘como aquilo que há nos Estados Unidos’, como extinto *apartheid* da África do Sul”¹⁴, além do que (2) o branqueamento da população negra foi pensada, após a escravidão, como uma política de Estado, conforme anuncia o diretor do Museu Nacional do Rio de Janeiro, João Batista Lacerda, durante o I Congresso Internacional das Raças, em meados de 1911, ao dizer que “O Brasil mestiço de hoje tem no branqueamento em um século sua perspectiva, saída e solução”¹⁵.

Com a proibição de condutas clássicas, surge um racismo mascarado,

11. *Ibidem*, ensina-se que a “(...) criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”, ao passo que a “criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”.
12. BELL, Hooks. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2ª Edição. São Paulo: Martins Forense, 2017, p. 12.
13. *Ibidem*.
14. SANTOS, Joel Rufino dos. *Saber do negro*. Rio de Janeiro: Pallas, 2005, p. 19.
15. SCHWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia de Letras, 1993, p. 15-16.

erigido sob a tese de que existia em nosso país uma democracia racial¹⁶, sem distinção de tratamento entre negros e brancos, com a necessidade de um esforço e autodisciplina do negro, assim como do branco, para alcançar os espaços através do mérito, ainda que esteja em condições pessoais de desigualdade. Esta nova ordem consubstancia, no seu aspecto mais violento, o genocídio silencioso da população negra no Brasil¹⁷, cuja delicadeza e complexidade se vê desvendada em todas as dimensões do Estado, a exemplo da aplicação das medidas cautelares pessoais de prisão e diversas da prisão.

Nas palavras de Abdias Nascimento:

Devemos compreender “democracia racial” como significando a metáfora perfeita para designar o racismo estilo brasileiro: não tão óbvio como o racismo dos Estados Unidos e nem legalizado qual o *apartheid* da África do Sul, mas institucionalizado de forma eficaz nos níveis oficiais de governo, assim como difuso e profundamente penetrante no tecido social, psicológico, econômico, político e cultural da sociedade do país. Da classificação grosseira dos negros como selvagens e inferiores, ao enaltecimento das virtudes da mistura de sangue como tentativa de erradicação da “mancha negra”; da operatividade do “sincretismo” religioso à abolição legal da questão negra através da Lei de Segurança Nacional e da omissão censitária – manipulando todos esses métodos e recursos – a história não oficial do Brasil registra o longo e antigo genocídio eu se vem perpetrando contra o afro-brasileiro. Monstruosa máquina ironicamente designada “democracia racial” que só concede aos negros um “privilégio”: aquele de se tornarem brancos, por dentro e por fora¹⁸.

Não é por outro motivo que a “Teoria do escravo-coisa” afirma que “o primeiro ato humano do escravo é o crime”¹⁹, embora Sidney Chalhoub, entre outros, expliquem que essa “resistência por parte dos negros eram a única maneira de eles se afirmarem como pessoas humanas, como sujeitos de sua própria história”²⁰, contexto que ajuda a compreender o porquê da

16. NASCIMENTO, Elisa Larkin. *O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2003, p. 19-20, defende que “(...) a construção dessa imagem de “democracia racial” se deu por meio do que chamarei de sortilégio da cor, característica que fundou e demarcou as relações sociais no Brasil.
17. NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de racismo mascarado*. 2ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 83, explica como se dá primeiro processo de genocídio da população negra: “Para a solução deste grande problema – a ameaça da “mancha negra”- já vimos que um dos recursos utilizados foi o estupro da mulher negra pelos brancos da sociedade dominante, originando os produtos de sangue misto: o mulato, o pardo, o moreno, o pardo-vasco, o homem-de-cor, o fúscio, e assim por diante, mencionados anteriormente. O crime de violação e de subjugação sexual cometido contra a mulher negra pelo homem branco continuou como prática normal ao longo das gerações. Situado no meio do caminho entre a casa grande e a senzala, o mulato prestou serviços importantes à classe dominante. Durante a escravidão, ele foi o capitão-de-mato, feitor e usado noutras tarefas de confiança dos senhores, e, mais recentemente, o erigiram como um símbolo da nossa “democracia racial”.
18. *Ibidem*, p. 111.
19. GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. São Paulo: Ática, 1978, p. 76.
20. SIDNEY, Chalhoub. *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 315.

estruturação seletiva do sistema de funcionamento da justiça criminal desde o período escravagista até os dias atuais.

Nesse sentido que uma análise da utilização das medidas cautelares pessoais diversas da prisão não pode deixar de conhecer a denúncia do uso do “encarceramento em massa da população negra como mecanismo de controle e dominação (...)”, destacando que “o sujeito negro foi aquele construído como violento e perigoso, inclusive a mulher negra, cada vez mais encarcerada”²¹.

Essa premissa deve também estar presente na lógica do viés processual penal, pois “(...) tudo que poderia representar recrudescimento da carga punitiva, em termos de violência estatal contra o indivíduo, passou a ser feito pelo processo penal. O direito penal é intervenção em termos mediata, distante, indireta, enquanto que processo em cinco minutos, entre aspas, se resolve o problema”²². Em síntese, a política do encarceramento da população negra se apoia, especialmente, em um mecanismo dogmático processual penal: da [indiscriminada] aplicação de medida cautelar pessoal, sem que se tenha, na enorme maioria dos casos, decisão penal com trânsito em julgado para justificar com um grau maior de certeza prisão do sujeito (não que isso torne justo, por si só, o aprisionamento de alguém).

3. DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO PREVENTIVA E O CONTEXTO DA CRIAÇÃO DA LEI Nº. 12.403/2011.

Em 04 de maio de 2011, após dez anos de tramitação, foi aprovado o Projeto de Lei n. 4.208 de 2001, surgindo, assim, mais uma reforma no Código de Processo Penal com a promulgação da agora Lei 12.403/2011, que já havia sofrido algumas graduais alterações com o advento das Leis 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008 e 11.900/2009.

A lei é aprovada quando: (1) uma comissão de juristas apresenta ao Senado Federal o Projeto de Lei n. 156 de 2009 (projeto que visa instituir um novo Código de Processo Penal no Brasil)²³, subscrito pelo próprio presi-

21. DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 12.
22. NEVES, Luiz Gabriel Batista. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios*. Direito UNIFACS, v. 1, p. 1-26, 2013, p. 19.
23. O Projeto de Lei n. 156 de 2009 foi aprovado pelo Senado Federal com 65 emendas aprovadas integralmente e 32 parcialmente, tendo sido encaminhado à Câmara de Deputados onde tramita sob o n. 8.045 de 2010, tendo em 04 de julho de 2017 a última ação legislativa e apontando no andamento legislativo

dente da casa legislativa de então, José Sarney; (2) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por seu informe 35/2007, diante do caso López Álvarez x Honduras, destaca a excepcionalidade da prisão provisória²⁴, deixando claro que a prisão preventiva é uma medida cautelar e; (3) em 2011, o Brasil atinge a marca de mais de 500 mil presos²⁵, sendo que entre os anos de 2009 e 2016 o número de presos provisórios saiu de 208.000 (duzentos e oito mil) para mais 292.450 (duzentos e noventa e dois quatrocentos e cinquenta mil)²⁶. É diante dessa conjunção de fatores, receoso pela decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o projeto de lei de 2001 é aprovado depois de 10 (dez) anos em tramitação. A lei, assim, cuidaria de sanar um problema urgente: a superlotação do sistema penitenciário²⁷.

As mudanças são significativas, pois desaparece o binário prisão ou liberdade, já que (a) o novo art. 319 do CPP²⁸ elenca a possibilidade de

- que, desde 06 de fevereiro de 2018, encontra-se na mesa diretora para apensamento de mais do Projeto de Lei 9312/2017, nos termos do link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>
24. PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da Prisão Provisória*. In: FERNANDES, Og. (org.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 106.
 25. LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14.
 26. GIACOMOLLI, Nereu José. *Aprisionamento preventivo no Brasil, alternativas tipificadas e propostas para uma futura reforma do Código de Processo Penal brasileiro*. In: *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. (Org.) Lorena Espinosa e Paula R. Ballesteros. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, p. 465-478 e Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) publicado no ano de 2016, disponível no link, acessado em 19 de fevereiro de 2018: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf
 27. LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, 2013, p. 14-15.
 28. Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
IX – monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

medidas cautelares pessoais diversas da prisão, alterando, significativamente e qualitativamente, o Código de Ritos, uma manifesta tentativa de conferir a devida conformação Constitucional, vale dizer, de aproximar o código do sistema acusatório²⁹ e (b) revitaliza o instituto da fiança, ampliando a possibilidade de sua aplicação e até mesmo permitindo à própria autoridade policial, nos crime cuja pena máxima não é superior a 4 (quatro) anos, a sua aplicação imediata³⁰.

Compreender a prisão provisória como medida cautelar é uma exigência inexorável da presunção de inocência, consagrada no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, a qual é reconhecida por Ferrajoli como um “corolário lógico do fim racional consignado ao processo”³¹, quer dizer “a primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão: presunção *júris*”³². Em síntese, o que convencionou chamar de “princípio fundamental de civilidade”³³. É por essa razão que “a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo”³⁴.

Em seu sentido deôntico, Aury Lopes Jr., inspirado nas ideias de Jaime Vegas Torres³⁵, defende que a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento e, nessa exata medida, atua em duas dimensões: uma de caráter interno e outra de amplitude externa. Na dimensão interna, impõe esse dever de tratamento ao magistrado, que deve determinar que o ônus probatório seja tão somente daquele que está exercendo a acusação, já na dimensão externa deve proibir uma “publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”³⁶.

Os dados oficiais do sistema penitenciário e as últimas pesquisas

29. Embora, LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, 2013, p. 13, advirta que “o problema das reformas pontuais, sem desmerecer a imensa qualidade do trabalho realizado pela Comissão de Jurista, é que elas geram inconsistências e incoerências sistêmicas, transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos”.
30. *Ibidem*, p. 16.
31. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª Edição. Trad. Ana Paulo Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 505.
32. *Ibidem*.
33. *Ibidem*, p. 506.
34. *Ibidem*.
35. TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madri: La Ley, 1993.
36. LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96-97.

realizadas sobre audiência de custódia³⁷, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, ainda que sob um recorte específico, apontam para uma deficiência semântica, pragmática e sintática da presunção de inocência. Semântica porque a quem cabe aplicar o direito³⁸, em razão do senso comum, não busca se ocupar do objeto de investigação da presunção de inocência, a sociologia e filosofia que ela impacta na justiça criminal³⁹. Pragmática por deixar de considera todas as opções que intervêm na construção do papel normativo. Sintático pela ausência de procedimentos específicos de formação e controle que é exigido pelo método axiomático, em qualquer teoria do direito⁴⁰.

A ineficácia da presunção de inocência decorre da crise do regime democrático, resultando da fragmentação do Estado de Direito, produzindo, em termos de processo penal, um encarceramento em massa da população pobre, negra e de baixa escolaridade no Brasil. Ferrajoli denomina de desconstitucionalização do sistema político esse movimento de ruptura das garantias asseguradas pela Carta Magna:

Está em curso um processo de desconstitucionalização (...). Este processo se manifestou na construção de um regime baseado no consenso (...), de uma longa série de violações da letra ou do espírito da Constituição. O seu aspecto mais grave, contudo, consiste na rejeição manifestada pela atual classe governante ao próprio constitucionalismo, ou seja, aos limites e vínculos constitucionais impostos às instituições representativas (...). O inteiro edifício da democracia constitucional fica em razão disso minado à sua raiz: pela intolerância em relação ao pluralismo político e institucional; pela desvalorização das regras; pelos ataques à separação de poderes, às instituições de garantia, à oposição parlamentar, aos sindicatos e à liberdade de imprensa; pela rejeição, em síntese, do paradigma do Estado constitucional de direito como sistema de vínculos legais impostos a qualquer poder⁴¹.

37. Em Salvador/Bahia foi celebrado um Convênio entre o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com o objetivo de realizar uma pesquisa qualitativa das audiências de custódia realizadas na Central de Flagrantes no Município de Salvador/BA, que será apresentada em um seminário conjunto destas instituições em 02 de março de 2018, no auditório do Tribunal. Inclusive, antes mesmo disso, o PRADO, Daniel Nicory. *A prática da audiência de custódia*. Salvador: *Juspodivm*, 2017, realizou uma pesquisa quantitativa documental sobre 3943 (três mil novecentos e quarenta e três) audiências de custódia.
38. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 181-189.
39. CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. *CriminologiaS: discursos para academia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
40. Sobre teoria do direito, pode-se conferir: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia*. 1. *Teoría del derecho*. Trad. Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón Abellán e Luis Prieto Sanchís. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 5, a “identificación de ese conjunto de fenómenos y experiencias, esto es, del objeto que llamamos <<derecho >> y con respecto al cual pueden ser interpretadas y verificadas las tesis formuladas en la teoría”.
41. FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.

A Lei 12.403 de 2011 surge, então, como uma resposta necessária à superlotação carcerária, na expectativa de minorar os problemas do aprisionamento provisório no Brasil. Altera-se, substancialmente, o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, que passa a ser denominado “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória”, modificando o art. 282 do CPP e seguintes do Código. Assim, as medidas cautelares previstas no referido Título IX⁴² deverão observar o pressuposto processual do *fumus comissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito (prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria), além de demonstrar a presença (o fundamento) do *periculum libertatis*, devendo a medida cautelar pessoal, para tanto, ou servir para (a) garantia da ordem pública, (b) garantia da ordem econômica, (c) assegurar a aplicação da lei penal ou (d) conveniência da investigação ou instrução criminal⁴³.

Além da obediência aos pressupostos e fundamentos da medida cautelar, ainda deve ser observada (i) a gravidade do crime, (ii) as circunstâncias do fato e (iii) as condições pessoais do acusado, como forma de orientar o magistrado na escolha da medida cautelar a ser aplicada naquele determinado caso concreto, apesar de se reconhecer que estes elementos já são avaliados quando da aplicação da pena, mais especialmente da pena-base, a partir da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Ademais, não se pode deixar de notar que também revelam um (destrutível) Direito Penal do autor, na medida em que levam em consideração aspectos pessoais do acusado. Nesse sentido Rômulo de Andrade Moreira defende que: “(...) evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor”⁴⁴.

A lei estabeleceu também que a prisão preventiva como última medida cautelar a ser aplicada no processo penal, já que só “(...) será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”, conforme se verifica do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

13-14. Apesar de Ferrajoli tratar da realidade na democracia italiana, sabemos que no Brasil vivemos um processo semelhante de desconstitucionalização, podendo citar, como exemplos, a decisão do Supremo Tribunal Federal de permitir a execução provisória da pena, conforme ficou estabelecido no HC 126292, no campo jurídico, e o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, no campo político.

42. MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Da prisão preventiva, das medidas cautelares e a liberdade provisória: comentários à Lei nº. 12.403/2011*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 15.

43. LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, 2013, p. 26.

44. *Ibidem*, p.15

Nas palavras de Gustavo Badaró, “a reforma de 2011 sobre as medidas cautelares pessoais procurou incorporar a proporcionalidade como critério para aplicação das medidas cautelares”⁴⁵, consagrando expressamente a “necessidade” e a “adequação” como elementos integrantes do sentido estrito deste postulado constitucional⁴⁶.

A reforma, porém, não deixou de corrigir problemas crônicos, resultado de uma mentalidade e cultura inquisitória⁴⁷ do processo penal no Brasil⁴⁸, e (a) manteve a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva (b) não extinguiu totalmente a autorização de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício⁴⁹, (c) não estabeleceu prazos máximos de duração para todas as medidas cautelares⁵⁰ e (d) não instituiu revisão periódica obrigatória da necessidade de manutenção da medida decretada⁵¹.

Sobre as alegações de excesso de prazo das medidas cautelares pessoais, Fauzi Hassan Choukr adverte que “(...) a jurisprudência do e. STF orienta-se no sentido de não haver constrangimento ilegal por excesso de prazo quando a complexidade da causa, a quantidade de réus e de testemunhas justificam a razoável demora para o encerramento da ação penal (cf. HC 89.168...)”⁵², até porque, superando essa obrigação inevitável de uma construção racional da justiça criminal, há quem tente justificar esse uso excessivo das medidas cautelares pessoais no Brasil em um possível “(...) comportamento passageiro, fruto, guiça, do momento político-social

45. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1003.

46. Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I – **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II – **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

47. Sobre a mentalidade inquisitória, necessário consultar as coletâneas: *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Volume 1. Organizadores: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 e *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Volume 2. Organizadores: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

48. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I*, Forense, p. 64.

49. COLOMER, Juan-Luis Gómez. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 230.

50. O art. 558 do Projeto de Lei 8.045/2010, que visa instituir o novo Código de Processo Penal no Brasil, prevê prazos máximos para duração da prisão preventiva, disponível no link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010

51. Vale ressaltar que o Projeto de Lei original que resultou na Lei 12.403/2011 previa o limite máximo de duração das medidas cautelares, como também o reexame necessário, mas ambos foram vetados.

52. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 734.

porque passa o Brasil – especialmente nos últimos dois anos, marcados por grave crise política resultante da Operação Lava-Jato e seus desdobramentos⁵³, razão que poderia estar levando quem lida mais “de perto com o fenômeno da criminalidade urbana a reagirem mais pronta e eficazmente às violações à lei penal”⁵⁴, mesmo porque “(...) Não há como, em verdade, desvencilhar-se o operador jurídico de uma certa “carga emotiva do momento político, social e econômico do país”⁵⁵, embora reconheça que “os ônus dessas prisões, marcadas pelo aparato espetacular das operações policiais, em regra acompanhadas de câmeras de redes de televisão, que prolongam o espetáculo até quando rende bons índices de IBOPE”⁵⁶.

Os dados apontados no levantamento do INFOPEN de 2014⁵⁷ já indicavam, mesmo após três anos de edição da lei 12.403/2011, um aumento progressivo do encarceramento do sujeito. As medidas cautelares diversas da prisão não só foram ineficientes na redução dos números de presos provisórios, como não impediram o seu crescimento. E o pior, as medidas cautelares, que teriam como função substituir a cautelar mais gravosa da prisão provisória acabaram se tornando um *plus* nos casos que eram comumente concedidos liberdade provisória plena, ou seja, as medidas cautelares do art. 319 do CPP se tornaram não diversas da prisão, como previu a lei, mas diversas da liberdade. Para que se tenha uma ideia mais concreta, segundo o Ministério da Justiça, em 2011 o número de pessoas encarceradas no Brasil era de 514.582 (quinhentos e catorze e quinhentos e oitenta e dois mil), sendo mais de 40% presos sem condenação, em 2012 esse número chega a 548.003 (quinhentos e quarenta e oito e três mil), com a diminuição de 0,3% de presos sem condenação (de 42,1% em 2011 para 41,8% em 2012) e em 2014 chega a 607.731 (seiscentos e sete e setecentos e trinta e um mil) pessoas encarceradas, mantendo o percentual de 41% de presos provisórios⁵⁸. Nesse sentido, Daniel Nicory Prado afirma que

Apesar da grande repercussão midiática no momento da promulgação da Lei nº 12.403/2011, inclusive com um discurso defensivista de risco iminente à segurança pública com a soltura indiscriminada de presos em flagrante, o

53. CRUZ, Rogério Schiëtti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 3ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2017, P. 17-18.

54. *Ibidem*.

55. *Ibidem*.

56. *Ibidem*.

57. Disponível no link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

58. FERNANDES, Daniel Fonseca. O grande encarceramento brasileiro: política criminal e prisão no século XXI. *Revista do CEPEJ*, Salvador, v. 18, p. 101-153, 2016.

ritmo de crescimento da população carcerária não diminui desde então, e o percentual de presos provisórios continuou bastante elevado (PRADO, 2014, p. 2), levando à conclusão de que as medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP acabaram se tornando alternativas à liberdade provisória, e não à prisão preventiva, como seria seu propósito (...)”⁵⁹.

Não se pode afirmar com exatidão se foi à ineficácia da Lei 12.403 de 2011, que não consegue produzir efeitos sobre o aumento, em números absolutos, de presos provisórios (e da população carcerária de modo geral), cuja taxa se mantém, em percentual, desde 2011, na faixa de 41% do total ou se por força do Artigo 9, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que opera a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 592/1992, do Artigo 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – Pacto de São José da Costa Rica, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, que inclusive após a emenda de nº 45 de 2004 passam a ter o força de norma constitucional derivada, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213 de 2015, determinando, em todo território nacional, a realização da audiência de custódia⁶⁰.

É importante destacar que Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5240 em face do provimento 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶¹, que determinava a realização da audiência de custódia, julgada improcedente pelo STF e considerou procedente a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), reconhecendo o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro. Além disso, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) propôs uma ADI, tombada sob o nº 5448, alegando que há inconstitucionalidade formal na resolução 213 do CNJ, já que trata de matéria processual penal cuja competência para legislar sobre é de competência privativa do Congresso Nacional, conforme dispõe o art. 22, I, da Constituição⁶².

Essa resistência a audiência de custódia, que insere tardiamente no

59. PRADO, Daniel Nicory. *Op. Cit.*, 2017, p. 39.

60. *Ibidem*, p. 22-29.

61. Indica-se, para uma análise mais profunda sobre os provimentos nº 24/2014 do TJ/MA, 03/2015 de TJ/SP, 13/2015 do TJ/ES e 796/2015 do TJ/MG a obra de: PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 68-83.

62. *Ibidem*, p. 26-27.

sistema processual penal do Brasil a oralidade, ao menos para decretação de medida cautelar pessoal, causa impacto, segundo Daniel Nicory Prado, na decretação de prisão cautelar em algumas capitais. Em Porto Alegre, pesquisa realizada em dado período aponta que mais de 60% dos casos levados para avaliação em audiência teve prisão preventiva decretada; em Tocantins, um mês após a implementação da audiência de custódia, o percentual de concessão de liberdade provisória saiu de 23,7% e chegou a 62,8%; em Alagoas, por sua vez, o percentual de prisão é de 21,21%, bem diferente do Rio Grande do Norte, que possui uma taxa de 84,1%, o que leva a concluir que “(...) as audiências de custódia não são uma condição suficiente para o objetivo de descarcerização”⁶³.

A pesquisa realizada pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), através de Convênio de Cooperação Técnico-Científico celebrado em dezembro de 2015 com Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ/BA), após a coleta de 3129 (três cento e vinte e nove) casos, 600 decisões proferidas nas audiências de custódia foram selecionadas para análise, pode-se concluir que “ao final do primeiro ano de convênio apontou que o judiciário baiano se encontra adstrito ao binômio prisão-liberdade condicionada ao cumprimento de medidas cautelares, tendo sido ínfimos os casos de relaxamento da prisão e de liberdade plena, sem adoção de nenhuma das cautelares elencadas no art. 319 do CPP”⁶⁴.

A pesquisa do IBADPP identificou, ainda, que 49% dos casos decretaram medidas cautelares diversas da prisão, 48% prisão preventiva e apenas 1% foi concedida liberdade plena e 12% teve o relaxamento da prisão. Ainda de acordo com o relatório:

(...) há que se destacar uma resistência dos magistrados em decretar a liberdade plena dos conduzidos, tendo em vista que, do total das 590 decisões analisadas, o maior resultado obtido foi o de liberdade com fixação de cautelares, totalizando o número de 286 decisões. Tal fato indica que houve um desvio de finalidade quanto ao escopo da Lei n. 12.403/2011, fazendo com que as medidas cautelares se tornassem, em verdade, alternativas à liberdade plena, e não à prisão provisória, como esperado⁶⁵.

63. *Ibidem*, p. 29.

64. Relatório da Pesquisa resultante do Convênio celebrado entre o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com o objetivo de realizar uma pesquisa qualitativa das audiências de custódia realizadas na Central de Flagrantes no Município de Salvador/BA, p. 2.

65. Relatório de Pesquisa resultante do Convênio celebrado entre o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com o objetivo de realizar uma pesquisa qualitativa das audiências de custódia realizadas na Central de Flagrantes no Município de Salvador/BA, p. 18.

O grande encarceramento produzido em massa a partir dos anos 90 do sistema penitenciário tem como co-autor os atores do sistema penal, magistrado, membros do Ministério Público, da Defensoria, advogados, entre outros⁶⁶. A era do punitivismo não seria possível se não houvesse essa conveniência da justiça criminal, que é “o reflexo natural do *pensamento inquisitório* institucionalizado desde a colonização que se consolidou”⁶⁷ ao longo desses anos na formação cultural dos seus atores. Em outras palavras, é o que Binder convencionou chamar de “fetichismo normativo” como se a mudança da lei fosse capaz de produzir, por si só, transformações no mundo:

Se le ha puesto el nombre de “fetichismo normativista” a la práctica según la cual las autoridades públicas sancionan leyes, muchas veces con propuestas ambiciosas de cambio y, luego, se desprecupan de su puesta en marcha. Tras esta práctica no se encuentra una forma de “pensamiento mágico” – lo que sería una forma de volver superficial el fenómeno con analogías fáciles, sino uno de los mecanismos más profundos de pervivencia de la sociedad de privilegios, es decir, usar la legalidad como una máscara de legitimidad y no como instrumento de realización de políticas efectivas⁶⁸.

Além de tudo, o último levantamento oficial, INFOPEN de 2016, no qual o Brasil ultrapassa a Rússia e alcança a 3ª posição do país que mais encarcera pessoas no mundo, chegando, como já dito, ao total de 726.712 (setecentos e vinte seis, setecentos e doze mil) de pessoas presas, 64% são homens e mulheres negras. Na Bahia, Amapá e Acre esse percentual chega a: 89%, 91 e 95%, respectivamente. Isto porque, nos Estados do Sul do Brasil há um desequilíbrio em sentido contrário entre o número de pessoas brancas e negras que estão presas, no Paraná 66% de brancos e 33% de negros, no Rio Grande do Sul 68% de brancos e 30% de negros e em Santa Catarina 56% de brancos e 42% de negros, estatística que é acompanhada da “sobrerrepresentação do negro no sistema prisional”⁶⁹, ou seja, apesar de contar com apenas 21% do total de habitantes nos Estados do Sul do Brasil 33% da população carcerária é de homens e mulheres pretas.

Outro dado importante é que enquanto Estados Unidos (8%), China

66. Embora exista quem mantenha uma postura de garantia dos direitos fundamentais, mesmo diante de um sistema processual penal brasileiro. Nesse sentido, deve-se consultar a obra de: TRINDADE, Lourival Almeida. *Julgados criminais garantistas*. Florianópolis, 2017.

67. CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.*, 2010, p. 74.

68. BINDER, Alberto. *La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo*. Buenos Aires: *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, 2016, p. 1-2, disponível no link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5254/binder-ref-justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

69. FERNANDES, Daniel Fonseca. *Op. Cit.*, 2016, p. 101-153.

(9%) e Rússia (24%) apresentam entre 2008 e 2014 uma diminuição nos percentuais de pessoas encarceradas, o Brasil, nesse mesmo período, teve um crescimento de 33% da população presa⁷⁰.

Para evitar a conformação do “fetichismo normativo” que a reforma do Código de Processo Penal do Chile venho acompanhada de uma mudança cultural, de adesão ao novo sistema adversarial que foi implantado na implantação no país, proporcionando aos magistrados que não iam se adaptar ao novo sistema aposentadoria antecipada. Luis Geraldo S. Lanfredi defende que “*La masiva y cotidiana violación de un sinnúmero de derechos humanos aún se hace presente bajo el legado autoritario de um Estado que no se desvinculó de una(s) política(s) de seguridad que alimenta(n) al enemigo interno*”⁷¹.

Para Alexandre Morais da Rosa, “(...) diante do ambiente violento, o acusado passa a ocupar o lugar de quem é o representante do mal, pagando uma conta que não é, necessariamente, sua. Assim, a obtenção sobre o modo de pensar dos jogadores/julgadores é ganho tático”⁷². E é por essas e outras razões que Elmir Duclerc tem apresentado um esboço de uma teoria agnóstica do processo penal⁷³, pela ausência de crença de que é possível alguma emancipação do sujeito pelo sistema de funcionamento da justiça criminal, que funciona como mecanismo para prender seres humanos em jaulas⁷⁴.

4. A NECESSIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA ADVERSARIAL COMO AFIRMAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E DE UM PROCESSO PENAL VERDADEIRAMENTE DEMOCRÁTICO.

Diante das considerações reflexivas que já se propôs até o momento do presente trabalho, cumpre ressaltar que o Código de Processo Penal brasileiro é do início da década de quarenta, sendo considerado atualmente o mais antigo da América Latina, além de ser manifestamente contaminado pelo fascismo e, nessa medida, por ideais autoritários.

No decorrer de todos esses longos anos, o que causa mais espécie

70. *Ibidem*.

71. LANFREDI, Luis Geraldo S. *Juez de garantías y sistema penal: (re)planteamientos socio-criminológicos críticos para la (re)significación del los roles del poder judicial en Brasil*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 248.

72. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 305.

73. DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

74. BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

é que o citado código sofreu pouquíssimas alterações, o que o afasta por completo da nova ordem constitucional implantada com a Constituição da República de 1988.

É dizer, o atual Código de Processo Penal brasileiro, embora tenha se submetido a algumas pontuais reformas, ainda revela traços característicos de um sistema inquisitivo, fruto da conjuntura política que influenciou a sua formação, frise-se, e, portanto, incompatível com a nova ordem constitucional de 1988 que pretende a implementação de um sistema verdadeiramente acusatório e democrático.

Como se sabe, o sistema inquisitivo possui alguns traços característicos bastante peculiar, como por exemplo o protagonismo judicial, assim compreendido por conferir ao juiz a competência da gestão da prova, bem como por se concentrar na sua figura a tríplice função de investigar, acusar e julgar. De igual modo, não se pode deixar de notar que o processo escrito, secreto e sem contraditório, ao lado da adoção da prisão cautelar como regra, representam características manifestamente inquisitivas⁷⁵.

Ainda nesse contexto, vale salientar que James Goldschmidt⁷⁶ já sustentava que a estrutura do processo penal de um país indica a força do seu autoritarismo. No caso do Brasil, então, a tarefa reside em acomodar as leis às “*novas circunstâncias não previstas pelo legislador*”, especialmente aos “*princípios elevados a nível constitucional*”⁷⁷.

Não se pode deixar de notar, ademais, como sustenta Binder⁷⁸ que existe todo um aparato burocrático do Estado neoliberal, notadamente a serviço de uma determinada hegemonia política e econômica que, em alguma medida, incrementa os traços inquisitivos do processo penal brasileiro. Nas palavras de Leonardo Gornicki Nunes⁷⁹:

A ordem neoliberal aqui vigente amplia o controle social, conseguindo ampliar sua legitimidade formal por meio de arbitrariedades que são veladas por um legalismo rasteiro, sustentado pelo medo ubíquo da violência pública

75. NUNES, Leandro Gornicki. *Sistema Processual Penal Adversarial: entre a democratização e o eficientismo neoliberal*. In: Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Diretor: Leonel González. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, p. 78.

76. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal: conferencias dadas en la universidad de madrid en los meses de diciembre de 1934 de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona, Bosch, 1935, p. 62.

77. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p.479.

78. BINDER, Alberto. *Op. Cit.*, 2003, p. 213.

79. NUNES, Leandro Gornicki. *Op. Cit.*, p. 80.

ou pelo ódio contra os atos de corrupção de um determinado partido. Não por acaso os processos permanecem escritos e secretos, a cultura forense é formalista, o ensino jurídico é exegético e uma grande burocracia forja as ações dos atores jurídicos no âmbito dos casos penais.

Ao analisar, a partir de uma consciência crítica, o (ainda) lamentável cenário do processo penal brasileiro que, como dito, segue preso nas concepções autoritárias e inquisitivas, torna-se crucial refletir sobre a necessidade de implementação de uma reforma processual penal que encontre no sistema adversarial a sua razão de existir.

Dito mais claramente, sem a adoção de um sistema processual penal adversarial não se observará a efetivação dos postulados constitucionais e, portanto, não haverá possibilidade de democratizar as relações de poder no âmbito processual.

Nessa perspectiva, vale dizer, de realização de um sistema adversarial, cumpre pontuar que a oralidade se revela como instrumento indispensável para a elaboração dos atos decisórios e, conseqüentemente, de afastamento com a tradição inquisitória. Nas palavras de Binder⁸⁰, a oralidade é instrumento para garantir:

(...) O princípio da imediação, a publicidade do julgamento e a personalização da função judicial. Ela é condição para a existência de um julgamento republicano: para se utilizar a oralidade, as pessoas devem estar presentes (imediação) e, além disso, comunicarem-se de um modo que é facilmente controlado por outras pessoas. Ademais, em face do princípio da concentração dos atos probatórios, decorrente da oralidade, é promovido um julgamento mais célere, é dizer, em lapso temporal menor, o que atende aos anseios dos críticos da duração (ir)razoável do processo e, igualmente, dos próprios neoliberais (eficientistas).

Ora, se o regime democrático impõe a indispensável materialização do sistema de garantias processuais penais constitucionalmente assegurado, tem-se que a oralidade constitui a espinha dorsal da garantia de uma mudança paradigmática nesse sentido.

Por outras palavras, ausente a oralidade a comunicação processual fica prejudicada ante o distanciamento das partes entre si e destas em relação ao juiz durante a produção de provas. Não se pode olvidar, ainda, da possibilidade de delegação de funções por parte do juiz e o julgador de fato acabar

80. Binder, Alberto. *Op. Cit.*, p.64.

sendo um assessor, circunstância essa que, sem dúvidas, gerará prejuízo às garantias constitucionais⁸¹.

Com efeito, a implementação do método da oralidade garante o abandono de práticas peticionárias (escritas) a fim de reconhecer a importância democrática do litígio em questão. Nessa esteira de intelecção, a oralidade se revela como autêntico instrumento para a legítima contenção do poder punitivo estatal e, portanto, fortalecedor do sistema de garantias⁸².

Assim, não é necessário nenhum *tour de force* para constatar que o modelo adversarial possui na oralidade o método fundamental de trabalho, o que serve para evitar a preservação de um (dissimulado) processo acusatório, no qual as decisões são proferidas com base em elementos produzidos fora do contraditório e completamente distanciados das partes. Dessa forma, as etapas processuais (formalização da imputação, intermediária e o juízo oral) deixam de constituir trâmites burocráticos, enraizados no formalismo exacerbado que orienta o sistema inquisitorial⁸³.

O papel do magistrado, de acordo com essa nova dinâmica, assume uma nova conotação. É dizer, deixa de exercer qualquer atividade investigativa, na medida em que o seu exercício está restrito à proteção das garantias constitucionais dos acusados.

O compromisso primordial do juiz deve ser com a verdade que é construída dialogicamente durante as audiências que constitui o processo oral, sem atuar para beneficiar ou prejudicar alguém. Ou seja, o juiz não é protagonista, mas mero agente que deve garantir os direitos assegurados constitucionalmente e, frise-se, de maneira imparcial.

Ainda nesse contexto de ideias, não se pode perder de vista, como bem registra Binder⁸⁴, que apenas o esforço quanto às alterações legislativas não é suficiente, sob pena de se instalar um “*fetichismo normativista*”. É fundamental, portanto, uma mudança de mentalidade, de cultura.

Dito por outras palavras, não se pode acreditar que apenas mudanças legislativas possam imprimir um novo atuar processual, centrado no método

81. *Ibidem*.

82. BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p. 180.

83. GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno: las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago*. *Revista Derecho Penal*. Buenos Aires, ano 3, n. 7, maio, 2014, págs. 333-374.

84. BINDER, Alberto. *Op. Cit.*, 2012, p. 234.

da oralidade, caracterizado pelo sistema adversarial, sem que haja indispensável mudança de mentalidade inquisitiva.

Nesse sentido, Camilin Marcie de Poli⁸⁵ sustenta que para a democratização do processo penal é indispensável que haja uma mudança de mentalidade. Afinal, existe muita resistência das instituições que integram o sistema de justiça criminal, com destaque ao Poder Judiciário, cujos membros não querem diminuir seus poderes investigatórios.

É bem verdade que está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 8045/2010 que ainda insiste em manter características inquisitivas na sua redação, de modo que, diversos doutrinadores que têm sido convidados para participar das audiências públicas na Câmara dos Deputados afirmam que se o texto for aprovado como está, não haverá efetiva mudança paradigmática à luz de um, tão sonhado, processo penal essencialmente democrático.

A reforma do processo penal brasileiro segue sendo, portanto, o mais autêntico objetivo daqueles que desejam democratizar as relações de poder que constituem o jogo processual penal.

Por outro lado, conforme registrado, não se pode perder de vista que o neoliberalismo produz influxos nocivos na construção de tais relações de poder, motivo pela qual não é suficiente a simples alteração de leis processuais penais. Vale dizer, só se alcançará o processo penal que os brasileiros desejam, ou seja, o processo penal verdadeiramente acusatório, se houver uma radical mudança de mentalidade, afastando-se da cultura inquisitorial e, nessa medida da *ratio* neoliberal.

Diante de tudo quanto exposto, à guisa de conclusão é possível inferir que:

5. CONCLUSÃO

1. A política do encarceramento da população negra se apoia, especialmente, em um mecanismo dogmático processual penal: da [indiscriminada] aplicação de medida cautelar pessoal, sem que se tenha, na maioria dos casos, decisão penal com trânsito em julgado (não que isso torne justo, por si só, o aprisionamento do sujeito);

2. Somente em 04 de maio de 2011, após dez anos de tramitação, foi

85. POLI, C. M. DE. *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

aprovado o Projeto de Lei n. 4.208 de 2001 que implicou em mais uma reforma processual penal com a promulgação da Lei n. 12.403/2011;

3. O referido Projeto de Lei só foi aprovado após a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por seu informe 35/2007, diante do caso López Álvarez x Honduras, destacar a excepcionalidade da prisão provisória, deixando claro que a prisão preventiva é uma medida cautelar, além de em 2011 o Brasil ter atingido a marca de mais de 500 mil presos⁸⁶, sendo que entre os anos de 2009 e 2014 o número de presos provisórios saiu de 208.000 (duzentos e oito mil) para mais de 300.000 (trezentos mil);

4. A Lei 12.403 de 2011 surge, então, como uma resposta necessária à superlotação carcerária, na expectativa de minorar os problemas do aprisionamento provisório no Brasil;

5. A reforma, porém, não deixou de corrigir problemas crônicos, resultado de uma mentalidade e cultura inquisitória do processo penal no Brasil⁸⁷, e (a) manteve a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva (b) não extinguiu totalmente a autorização de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício⁸⁸, (c) não estabeleceu prazos máximos de duração para todas as medidas cautelares⁸⁹ e (d) não instituiu revisão periódica obrigatória da necessidade de manutenção da medida decretada;

6. O atual Código de Processo Penal brasileiro, embora tenha se submetido a algumas pontuais reformas, ainda revela traços característicos de um sistema inquisitivo, fruto da conjuntura política que influenciou a sua formação, frise-se, e, portanto, incompatível com a nova ordem constitucional de 1988 que pretende a implementação de um sistema verdadeiramente acusatório e democrático.

7. Sem a adoção de um sistema processual penal adversarial não se observará a efetivação dos postulados constitucionais e, portanto, não haverá possibilidade de democratizar as relações de poder no âmbito processual;

8. O neoliberalismo produz influxos nocivos na construção de tais relações de poder, motivo pela qual não é suficiente a simples alteração de

86. LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14.

87. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I*, Forense, p. 64.

88. COLOMER, Juan-Luís Gómez. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 230.

89. O art. 558 do Projeto de Lei 8.045/2010, que visa instituir o novo Código de Processo Penal no Brasil, prevê prazos máximos para duração da prisão preventiva, disponível no link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010

leis processuais penais. Vale dizer, só se alcançará o processo penal que os brasileiros desejam, ou seja, o processo penal verdadeiramente acusatório, se houver uma radical mudança de mentalidade, afastando-se da cultura inquisitorial e, nessa medida da *ratio* neoliberal.

6. REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BELL, Hooks. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2ª Edição. São Paulo: Martins Forense, 2017.
- BIAR, Marcelo. *Arquitetura da dominação: o Rio de Janeiro, suas prisões e seus presos*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.
- _____. *La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo*. Buenos Aires: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016.
- BUNGE, Mario. *La Investigación Científica*. Cidade do México: Siglo XXI, 2000.
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. *CriminologiaS: discursos para academia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COLOMER, Juan-Luís Gómez. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 3ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª Edição. Trad. Ana Paulo Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 1. *Teoría del derecho*. Trad. Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón Abellán e Luis Prieto Sanchís. Madri: Editorial Trotta, 2011.
- _____. *Poderes selvagens: crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERNANDES, Daniel Fonseca. O grande encarceramento brasileiro: política criminal e prisão no século XXI. *Revista do CEPEJ*, Salvador, v. 18, p. 101-153, 2016.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Aprisionamento preventivo no Brasil, alternativas tipificadas e propostas para uma futura reforma do Código de Processo Penal brasileiro*. In: Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Diretor: Leonel González. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal: conferencias dadas em la universidad de madrid em los meses de diciembre de 1934 de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona, Bosch, 1935.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno: las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago*. *Revista Derecho Penal*. Buenos Aires, ano 3, n. 7, maio,

2014, págs. 333-374.

GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. São Paulo: Ática, 1978.

LANFREDI, Luis Geraldo S. *Juez de garantías y sistema penal: (re)planteamientos socio-criminológicos críticos para la (re)significación del los roles del poder judicial en Brasil*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Aury. Prisões Cautelares*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Forense*.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Da prisão preventiva, das medidas cautelares e a liberdade provisória: comentários à Lei nº. 12.403/2011*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de racismo mascarado*. 2ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2017.

NASCIMENTO, Elisa Larkin. *O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2003.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios*. *Direito UNIFACS*, v. 1, p. 1-26, 2013.

_____. *Culpabilidade, física quântica e processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NUNES, Leandro Gornicki. *Sistema Processual Penal Adversarial: entre a democratização e o eficientismo neoliberal*. In: Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Diretor: Leonel González. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, Marco Aurélio. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional "diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália"*. Volume 1. Organizadores: da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional "diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália"*. Volume 2. Organizadores: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

POLI, C. M. DE. *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da Prisão Provisória*. In: FERNANDES, Og. (org.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANTOS, Joel Rufino dos. *Saber do negro*. Rio de Janeiro: Pallas, 2005.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia de Letras, 1993.

SIDNEY, Chalhoub. *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madri: La Ley, 1993.

TRINDADE, Lourival Almeida. *Julgados criminais garantistas*. Florianópolis, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CAPÍTULO 2

ARTIGOS SELECIONADOS

A ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DO ART. 87, INCISOS III E IV DA LEI 8.666/93

Pedro Novais Ribeiro¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Licitação Pública; 3. Contratos Administrativos; 3.1. Cláusulas Exorbitantes; 3.2. Fiscalização do contrato e aplicação de sanções administrativas; 4. Sanções administrativas; 4.1. Sanções administrativas da Lei 8.666/93; 4.1.1. Sanção administrativa do inciso III do Art. 87 da lei 8.666/93 e seus efeitos jurídicos 4.1.2. Sanção administrativa do inciso IV do Art. 87 da Lei 8.666/93 e seus efeitos jurídicos 5. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade x sanções administrativas 6. A abrangência dos efeitos jurídicos das sanções administrativas do Art. 87, incisos III e IV da Lei 8.666/93 6.1. Da abrangência dos efeitos entre os diversos entes públicos. 6.2. Da abrangência temporal dos efeitos 7. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo verificar qual a abrangência da sanção de suspensão temporária do direito de licitar e impedimento para contratar com o Poder Público, bem como a de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, aplicáveis em hipóteses de inexecução total ou parcial do contrato administrativo pelo contratado, constantes, respectivamente, dos incisos III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93. Tal abrangência deve ser entendida tanto sob a perspectiva da irradiação dos efeitos de referidas sanções sobre os demais entes públicos, que não aquele que aplicou a sanção, bem como sob a perspectiva temporal, ou seja, sobre os contratos passados, presentes e futuros do particular punido com o poder público. Para que seja possível chegar à resposta pretendida, parte-se de uma breve análise acerca de licitações públicas e contratos administrativos, passando pelo estudo das cláusulas exorbitantes, característica marcante destes, de onde se passa à análise mais detida das cláusulas exorbitantes consistentes nas

1. Advogado. OAB/BA 38.646. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. Pós-Graduado/Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático em parceria com o IGC – Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e AVM Faculdade Integrada. cursando MBA – Master Business Administration – em Gestão e Business Law pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. pedro@ribeiroenes.adv.br, (77) 9.8119-5621.

prerrogativas do Poder Público de fiscalizar a execução dos contratos administrativos e de aplicar sanções administrativas, procedendo-se com um estudo específico das sanções do Art. 87 da Lei 8.666/93, sobretudo aquelas constantes de seus incisos III e IV, inclusive sobre a perspectiva da necessária observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando da aplicação das mesmas, passando-se, então, à apresentação das respostas pretendidas nesse estudo.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Licitação Pública; Contratos Administrativos; Sanção Administrativa; Inidoneidade; Suspensão; Impedimento; Abrangência.

ABSTRACT: This study aims to find what the scope of the temporary suspension sanction the right to bid and impediment to contract with the government, as well as the declaration of unfitness to bid and contract with the government, applicable in total non-performance assumptions or part of the administrative contract by the contractor, constants, respectively, of sections III and IV of Art. 87 of Law 8.666 / 93. This coverage must be understood both from the perspective of irradiation of the effects of such sanctions on other public entities other than the one that applied the penalty, and in the time frame, that is, over the past contracts, particularly the present and future punished by the government. In order to get the desired response, one starts with a brief analysis about public tenders and administrative contracts, through the study of exorbitant clauses, striking feature of these, where is going on more detailed analysis of the exorbitant clauses consistent with the prerogatives of Pubic power to supervise the implementation of administrative contracts and to impose administrative sanctions, proceeding with a specific study of the sanctions Art. 87 of Law 8.666 / 93, especially those contained in its section III and IV, including from the perspective of the necessary compliance with the principles of reasonableness and proportionality in their implementation, moving then to the presentation of the desired answers in this study.

KEYWORDS: Administrative Law; Competitive Bidding; Administrative Contracts; Administrative sanction; Unfitness; Suspension; Prevention; Scope.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 8.666/93 em seu Art. 87 estabelece sanções administrativas pelo descumprimento total ou parcial do contrato administrativo, dentre essas sanções destacam-se aquelas previstas nos incisos III e IV do referido artigo, sendo elas, respectivamente, a suspensão temporária de participação em licitação, bem como o impedimento para contratar com a administração e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com administração pública.

A aplicação das referidas sanções administrativas levanta debates importantes, por gerar consequências tanto para a atuação do Poder Público quanto para a atuação do setor privado. Dentro dessa perspectiva, necessário é que se verifique qual o âmbito de abrangência dos efeitos jurídicos dessas sanções, analisando tal abrangência tanto do ponto de vista temporal, quanto em face da irradiação de tais efeitos sob os demais entes públicos, que não só aquele responsável pela aplicação da sanção, sobretudo frente às divergências doutrinárias e jurisprudenciais que rondam o tema.

Para se chegar à resposta pretendida, nos valem do método dedutivo, instrumentalizado por meio de pesquisa doutrinária, literária, jurisprudencial e legislativa específica, efetivada através de uma metodologia de pesquisa e de coleta de dados bibliográfica e descritiva, com a utilização de referências físicas e eletrônicas.

Os resultados e as conclusões obtidas com o emprego da referida metodologia serão expostos ao longo de cinco capítulos, nos quais se busca realizar uma abordagem breve acerca das licitações públicas e contratos administrativos, passando pela análise das cláusulas exorbitantes e da fiscalização dos contratos administrativos, inclusive no que toca à aplicação das sanções administrativas, momento no qual se parte para análise das mesmas, com a apresentação de suas espécies, focando naquelas previstas nos incisos III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93, oportunidade em que se coteja acerca da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade frente à aplicação das referidas sanções e a discricionariedade do administrador para aplicá-las, o que nos permite, ao final, buscar as respostas pretendidas nesse estudo, ou seja, entender qual a abrangência dos efeitos jurídicos das sanções previstas nos incisos III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93, tanto do ponto de vista temporal, quando em relação à irradiação dos seus efeitos em face dos demais entes públicos, nas diferentes esferas federativas e administrativas.

2. LICITAÇÃO PÚBLICA

A administração pública para o adequado exercício de suas atividades e funções, que são, por essência, complexas e multifacetárias, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão pela qual torna-se necessária a realização do mais variados contratos com particulares.²

Prevendo tal situação a Constituição Federal, em seu Art. 37, inciso

2. CARVALHO FILHO, José do Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. rev., ampl. e atual. Até a Lei n.º 12.587, de 3-1-2012. São Paulo, Atlas, 2012, p.233.

XXI, estabeleceu que, ressalvados determinados hipóteses especificada na legislação, as obras, serviços, compras e alienações do poder público deverão ser contratadas mediante prévio processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os participantes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, manutenção das condições efetivas da proposta, sendo permitida somente exigências de qualificação econômica e técnica indispensáveis ao cumprimento da obrigação assumida, nos termos da Lei.

Para José dos S. Carvalho Filho³, não poderia ser deixado ao livre arbítrio do administrador a escolha daqueles a serem contratados, porque, segundo diz, fácil seria prever que essa liberdade daria margem a escolhas duvidosas, ou, até mesmo, a conluíus entre administradores públicos e particulares, o que prejudicaria, em última análise a própria administração pública gestora dos interesses coletivos e, por via de consequência, a proteção do interesse público. Aduz, então, que a licitação pública surge para contornar esses riscos, sendo um procedimento prévio ao contrato, permitindo a ampla participação de interessados, o que possibilita, por consequência, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, preservando o interesse público.

Complementando tal entendimento, Marçal Justen Filho⁴ ensina que a licitação é um instrumento jurídico que tem por finalidade reduzir as irracionalidades nas decisões administrativas acerca das contratações administrativas, uma vez que o direito reconhece os limites do conhecimento humano e o risco de decisões inapropriadas na administração do bem público. Assim, para o mesmo, as licitações públicas são uma maneira de impedir defeitos inerentes ao processo de decisão, como impulsividade, pressa, falta de planejamento, já que o agente público é humano e como tal é falível em suas escolhas, de modo que a licitação pública reduz sua autonomia, de forma a limitar o risco de falhas e imprecisões.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sempre que a Administração Pública firma um contrato, temos os chamados contratos da administração, assim denominados pelo fato de serem celebrados com a Administração Pública, existindo dentro desse gênero, de acordo com a doutrina majoritária sobre o tema⁵, com a qual se concorda,

3. CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. , p.233

4. JUSTIN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo. Dialética, 2012, p.58.

5. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.251-252.

duas espécies de contratos, os contratos de direito privado da administração e os contratos administrativos.

Isto posto, o gênero contratos da administração é assim dividido: Contratos de direito privado da administração, regidos pelas normas de direito privado, com derrogações de direito público, como aquelas relativas à forma, procedimento, competência, finalidade, etc., sendo exemplo de tais contratos a compra e venda, a doação, etc.; Contratos Administrativos, regidos pelas normas de direito público, como a empreitada, a concessão de serviço e obra pública, etc.⁶

Nesse diapasão, assevera Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁷, com o que se concorda, que a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado da administração deve-se ao fato de os contratos administrativos possuírem, ao contrário dos contratos de direito privado da administração, cláusulas exorbitantes, que são assim chamadas porque estão fora do âmbito do direito comum e se fazem presentes em tais contratos para garantir a posição de supremacia da administração em face do particular, lhe garantido prerrogativas inexistentes nos contratos privados, tais como a alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral, aplicação de penalidades, fiscalização do contrato, etc.

3.1. CLÁUSULAS EXORBITANTES

Uma das principais características dos contratos administrativos, que, inclusive, os diferenciam das demais espécies de contratos da administração, é a presença de cláusulas exorbitantes, que garantem determinadas prerrogativas ao Poder Público em face dos particulares. Isto posto, conforme lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁸ pode-se definir as cláusulas exorbitantes, como “aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra”.

Nesse sentido, merece destaque o quanto exposto por Caio Tácito citado na obra de José dos S. Carvalho Filho⁹ no sentido de que nos contratos administrativos, com a presença das cláusulas exorbitantes “o princípio da igualdade entre as partes, que importa a regra da imutabilidade dos contratos,

6. CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. , p.172.

7. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit., p. 253-257.

8. Ibid., p. 257.

9. TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 1975 *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p.191.

cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante”.

Portanto, as cláusulas exorbitantes, representam as prerrogativas de que dispõe a administração pública no contrato administrativo, em face do particular, em virtude da sua posição de supremacia frente a parte contratada, representando, pois, o seu poder de império nos contratos administrativos.

Assim, como principais cláusulas exorbitantes aplicáveis aos contratos administrativos reconhecidos pela doutrina pátria, podem ser citadas: 1. Alteração unilateral do contrato; 2. Rescisão Unilateral; 3. Fiscalização da execução do contrato; 4. Aplicação de sanções; 5. Exigência de garantia; 6. Anulação, 7. Retomada do objeto; 8. Restrições ao uso da exceção do contrato não cumprindo¹⁰¹¹, podendo outras, a depender do autor consultado serem apresentadas, cabendo aqui, ante a abrangência do presente trabalho, maior análise acerca das cláusulas consistentes na fiscalização da execução do contrato e na aplicação de sanções, o que será feito a partir do tópico seguinte.

3.2. FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO E APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A fiscalização da execução dos contratos administrativos trata-se de cláusula exorbitante, prevista no Art. 58, III e disciplinada pelo Art. 67 ambos da Lei 8.666/93, que exige que a execução do contrato seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado para tal fim, sendo permitida a contratação de terceiros para assessorá-lo nesse função. Cabe ao fiscal registrar tudo o quanto relacionado à realização da obra, serviço e/ou fornecimento de bem, determinado o quanto necessário para regularização de faltas e defeitos observados, de modo que se a decisão ultrapassar as suas atribuições solicitará a intervenção de um superior. O não atendimento do quanto determinado pela Autoridade fiscalizadora pode levar à rescisão unilateral do contrato, na forma do Art. 78, VII da Lei 8.666/93, sem prejuízo da aplicação de demais sanções cabíveis.¹²

O controle/fiscalização da execução dos contratos administrativos é um poder inerente à Administração Pública, sendo implícito nos referidos

10. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit., p. 268-276.

11. CARVALHO FILHO, José do Santos. op. cit., p.191.

12. Ibid., p. 272.

acordos, dispensando cláusula expressa, o mesmo decorre da premissa de que, como incumbe à Administração a realização de obras e prestação de serviços aos administrados, possui essa ao mesmo tempo a prerrogativa de fiscalizar e controlar seus contratos e adequá-los às exigências impostas pelo momento, realizando a supervisão, o acompanhamento e a fiscalização de sua execução, podendo, até mesmo, nela intervir.¹³

Importante perceber ainda, que o poder de fiscalização e controle dos contratos administrativos não retira a autonomia do contratado na execução do mesmo dentro daquilo que foi acordado, nem, tão pouco, lhe atribui as responsabilidades técnicas e econômicas da obra ou serviço, permitindo, apenas, que o Poder Público acompanhe a execução do contrato, velando para que os trabalhos se realizem de forma perfeita e eficaz, orientando e impondo alterações convenientes, dentro daquilo que o interesse público exige e o avanço das técnicas a serem adotadas determinam, sendo mantida, a equação econômico financeira existente quando da formalização do contrato.¹⁴

Por sua vez, como ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁵ a inexecução total ou parcial do contrato, na forma do Art. 58, IV da Lei 8.666/93, dá à administração a prerrogativa de aplicar sanções administrativas, sendo elas as indicadas no Art. 87 da Lei 8.666/93, de modo que considera-se tal prerrogativa como correlata à prerrogativa de controle e fiscalização do contrato, uma vez que não teria sentido fiscalizar a execução do contrato, se após verificada a sua inexecução total ou parcial não pudesse a falta verificada ser punida pela Administração.¹⁶

4. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A inexecução total ou parcial dos contratos administrativos pelo particular pode acarretar uma série de responsabilizações para este, podendo, conforme lição de José dos S. Carvalho Filho¹⁷ além das sanções constantes expressamente dos contratos administrativos, na Lei 8.666/93 ser encontradas dois grupos de sanções decorrentes da Lei, chamadas por esse de sanções extracontratuais, em razão da inexecução total ou parcial dos mesmos, são eles: 1. O grupo de sanções que gera um fato administrativo e 2. O grupo de

13. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo, Malheiros, 2013, p. 230.

14. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 230.

15. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit. p. 272.

16. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 230.

17. CARVALHO FILHO, José do Santos. op. cit. p.196-197.

sanções que se consubstancia na prática de um ato administrativo.

No primeiro grupo estariam, a título de exemplo, a execução da garantia contratual, a assunção do objeto do contrato, a utilização e ocupação do local, instalações, equipamentos, material e pessoal concentrados na execução do objeto contratado, etc., constantes do Art. 80 da Lei 8.666/93. Por sua vez, no segundo grupo estão as sanções que redundam em atos administrativos, que são as chamadas sanções administrativas, disciplinadas pelos Arts. 86 a 88 da Lei 8.666/93 e que merecem maior destaque e detalhamento nesse estudo.

4.1. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DA LEI 8.666/93

A Lei 8.666/93 em seu Art. 87, elenca as sanções administrativas que podem ser aplicadas pela Administração ao Contratado em decorrência da inexecução total ou parcial do contrato administrativo, desde que garantida a ampla defesa, sendo elas as seguintes: A. Advertência (Inciso I); B. Multa, na forma prevista no instrumento convocatório e no contrato (Inciso II); C. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos (Inciso III); D. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior (Inciso IV);

Isto posto, tais sanções são de aplicação direta pela Administração, através de processo administrativo interno onde seja garantida a defesa do particular e sempre tendo por base o princípio da proporcionalidade, de modo que, se a sanção for ilegal, injusta ou arbitrária, pode o prejudicado recorrer à via administrativa, através do recurso hierárquico ou à via judicial para ter a ilegalidade do ato declarada. Ao mesmo tempo, a inexecução total ou parcial do contrato além da responsabilização de natureza administrativa, pode acarretar, também, em paralelo, a responsabilização do infrator no âmbito civil e penal, além de outras que resultem das obrigações assumidas pelas partes, como trabalhista e previdenciário.¹⁸

A Lei apresenta, portanto, quatro espécies de sanções administrativas, sendo duas internas ao contrato (advertência e multa) uma vez que seus efeitos

18. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 256-257.

se exaurem no âmbito da própria contratação, por sua vez as outras duas, constantes do inciso III e IV da Lei 8.666/93 são externas, uma vez que seus efeitos se aplicam também fora do âmbito do contrato a que se referem.¹⁹

Importante anotar ainda, que na forma do Art. 88 da Lei 8.666/93, as sanções dos incisos III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93 poderão ser aplicadas também aos profissionais e empresas que em razão de contratos administrativos firmados com o Poder Público, tenham sofrido condenação definitiva pela prática dolosa de fraude fiscal relativa ao recolhimento de qualquer tributo, que tenha praticado ilícito que vise frustrar os objetivos do procedimento licitatórios, ou que em virtude de atos ilícitos praticados demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração.

4.1.1. SANÇÃO ADMINISTRATIVA DO INCISO III DO ART. 87 DA LEI 8.666/93 E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

O inciso III do Art. 87 da Lei 8.666/93 estabelece como possível sanção a ser aplicada pela Administração ao particular pela inexecução total ou parcial do contrato administrativo, garantida a defesa deste e observado a necessária proporcionalidade, a sanção consistente na suspensão temporária de participação do particular em licitação e impedimento deste de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Com essa sanção se punem os contratados que de forma culposa prejudiquem a licitação ou a execução do contrato, devendo, contudo, tratar esses de fatos de menor gravidade, uma vez que entende-se que se agiu o contratado com dolo ou quando se trata de ação de grande gravidade deve ser aplicada a sanção de declaração de inidoneidade, prevista no Art. 87, IV da Lei 8.666/93.²⁰

4.1.2. SANÇÃO ADMINISTRATIVA DO INCISO IV DO ART. 87 DA LEI 8.666/93 E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

O inciso IV do Art. 87 da Lei 8.666/93, por sua vez, estabelece como possível sanção a ser aplicada pela Administração ao particular pela inexecução total ou parcial do contrato administrativo, garantida a defesa deste e observado a necessária proporcionalidade, a sanção consistente na declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja

19. JUSTIN FILHO, Marçal. op. cit., p.1.119

20. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 257.

promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso III do Art. 87 da Lei 8.666/93.

Essa sanção é aplicável por faltas graves do contratado, de modo a impedir que este continue contratando com a Administração Pública, não é, pois, uma penalidade contratual, mas sim uma sanção administrativa, que só pode ser aplicada pela autoridade elencada no § 3º do Art. 87 da Lei 8.666/93, bem como na forma e nos casos previstos no referido diploma legal. O cerne caracterizador na inidoneidade, é, portanto, o dolo ou a reiteração de falhas do contratado, cabendo registrar que conforme entendimento do STJ²¹, o ato doloso do empregado que é praticado sem a conveniência ou coautoria da empresa, não é capaz, por si só, de justificar a declaração de inidoneidade da contratada.²²

Quanto à falta capaz de acarretar a declaração de inidoneidade do contratado, importante verificar lição de Hely Lopes Meirelles²³, *in verbis*:

“O erro é uma contingência humana e, quando não há má-fé ou reincidência decorrente de culpa grave, deve ser punido com penalidade mais branda que a *declaração de inidoneidade*, que pode acarretar a ruína do infrator. Por isso, normalmente, em regra, atribui-se competência para aplicação dessa grave sanção administrativa exclusivamente aos Ministros de Estados e aos Chefes de Executivo Estadual e Municipal.”

Outrossim, ao tempo que a sanção do inciso III do Art. 87 da Lei 8.666/93 não pode ultrapassar o prazo de dois anos, a sanção consistente na declaração de inidoneidade do contratado não possui um prazo específico definido em Lei, de modo que, em que pese as falhas na redação do inciso IV do Art. 87 da Lei 8.666/93, se entende que o limite mínimo é de dois anos, uma vez que a parte final do inciso IV faz referência a que tenha decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso III, que é de no máximo 2 (dois) anos. Por sua vez, o limite máximo da sanção é a data em que ocorra a reabilitação, que é, na forma do Art. 87, §3º da Lei 8.666/93, é o momento em que, depois de decorridos dois anos da punição, o interessado realize o ressarcimento da Administração²⁴, constituindo-se a reabilitação direito do

21. (STJ, MS 7.311-DF, DJU 2.6.2003)

22. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 257.

23. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 257.

24. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit. p. 272.273.

contratado, desde que realizado o ressarcimento dos prejuízos causados²⁵.

Quanto à declaração de inidoneidade do contratado, cabe anotar, por fim, que essa exige, como já esboçado, ao longo desse trabalho, oportunidade de defesa, sob pena de nulidade, garantindo o respeito ao princípio fundamental da ampla defesa e do contraditório, presente no Art. 5, inciso LV da CF/88, bem como admite cancelamento, desde que sejam afastados os responsáveis pelas falhas que geraram a punição, uma vez que quando cessadas as causas da punição essa também deve ser cessada. Até mesmo a pessoa física pode ser reabilitar, uma vez que é proibida em nosso ordenamento as punições perpétuas, mesmo na seara administrativa, podendo tal reabilitação ser requerida após dois anos da punição, na forma do Art. 87, § 3º da Lei 8.666/93. A contratação de empresa ou profissional declarado inidônea é crime, tipificado no Art. 97 da Lei 8.666/93²⁶

5. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE X SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

O princípio da razoabilidade trata-se de princípio implícito na CF/88, assim como o princípio da proporcionalidade, entendendo-se, neste trabalho, como Hely Lopes Meirelles²⁷, que um envolve o outro, podendo ser caracterizados como princípios da proibição do excesso, que objetivam verificar se meios e fins dos atos administrativos são compatíveis, evitando restrições abusivas, desnecessárias e, portanto, ilegais, por parte da Administração Pública, com capacidade de gerar, inclusive, lesão a direitos fundamentais.

Relativo a tal abordagem, importante analisar o que fala Sérgio Guerra²⁸ acerca do tema:

“ (...) o princípio da proporcionalidade completa o princípio da reserva legal, que, por si só, não é suficiente para evitar a prática de atos excessivamente ou desnecessariamente restritivos de direito. Malgrado as discussões doutrinárias acerca da pureza de identidade do princípio da proporcionalidade, é fato que o mesmo hoje é assumido como um princípio de controle exercido pelos tribunais quanto à adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos), a prossecução do escopo e ao balanceamento concreto do direitos fundamentais em conflito. Nesse sentido, só será constitucional, à luz do princípio da proporcionalidade, o ato que, sucessivamente, seja adequado, necessário e

25. CARVALHO FILHO, José do Santos. op. cit., p.219.

26. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 258.

27. Ibid., p. 86.

28. GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador/BA, n.º 2 – abril/maio/junho, 2005, p.17.

proporcional. Vale dizer, atenderá o princípio da proporcionalidade o ato que não desafie as noções mínimas de racionalidade e razoabilidade admitidas pelo sistema social. É, com efeito, um terreno fértil para a aferição e observância da necessária exigência de congruência nas relações jurídicas e ponderação dos princípios antinômicos envolvidos no caso concreto.”

Assim, ultrapassada essa breve abordagem acerca do que se entende por princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nota-se que Lei 8.666/93 utiliza-se de conceitos genéricos ao disciplinar, em seu Art. 87, as sanções pelas quais o particular pode ser punido em decorrência de falhas na execução do contrato administrativo, especialmente a expressão “inexecução total ou parcial do contrato”, contudo, tal fato não pode, nem poderia abrir ao Administrador amplo campo de discricionariedade para aplicação das referidas sanções, não existindo, pois, conforme aduz Marcelo Bruto da C. Correia²⁹ (2006, p.1) uma ampla liberdade interpretativa para aplicação dos dispositivos sancionatórios, isso é dito, pois como expõe o mesmo “ao passo que a lei concede com uma mão ao Gestor a competência para enquadrar a conduta do particular ao conceito de inexecução contratual e ponderar sua gravidade, reforça com outra o necessário controle do referido ato por meio de princípios insertos na Constituição e nas Leis, de forma a podar-lhe qualquer aodamento” e é aqui nesse ponto que aparecem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como vedação para possíveis excessos, sendo somente lícita decisão de aplicação das sanções aqui tratadas por faltas cometidas pelos particulares, quando plenamente verificado além da observância da ampla defesa e do contraditório, sejam aplicados os princípios aqui tratados (razoabilidade e proporcionalidade).

Nessa perspectiva, ao perceber que a proporcionalidade, entendida no sentido da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, da sanção em face da falta praticada, juntamente com a razoabilidade da medida, condicionam a sua legalidade e validade, verifica-se que a falta aplicada tem sua validação condicionada à gravidade da sanção, motivo pelo qual entende-se, inclusive como já exposto ao longo desse trabalho, que existe nítida gradação entre as sanções do Art. 87 da Lei 8.666/93, representando a ordem crescente de seus incisos também a ordem crescente de gravidade das sanções e conseqüentemente dos atos que lhe requerem aplicação, razão pela qual fica claro que a própria norma leva à aplicação da proporcionalidade e razoabilidade nas

29. CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. As sanções nos contratos administrativos e o princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n.º 1103, 9 jul. 2006.

sanções administrativas do referido dispositivo legal, o que impõe limites ao Administrador quando da aplicação das sanções ali constantes, sendo necessário, uma espécie de dosimetria da sanção a ser aplicada, de modo que as faltas leves devem ser punidas com penas leves (advertência e multa) e as faltas mais pesadas devem ser punidas com penas mais pesadas (suspensão temporária do direito de licitar, impedimento de contratar e declaração de inidoneidade), uma vez que agindo de forma contrária estará o administrador violando, dentro outros, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, eivando a sanção aplicada de nulidade absoluta, passível de revisão pelo poder judiciário.

Aqui cabe verificar que em que pese autores como Marçal Justen Filho³⁰ advoguem a impossibilidade de utilização da discricionariedade administrativa na aplicação das sanções do Art. 87 da Lei 8.666/93 pela ausência de tipicidade das condutas a serem punidas, o que feriria a reserva legal, em aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, entende-se, como Rita Tourinho³¹ que a lei poderia ser mais explícita ao tratar das sanções administrativas, sobretudo no que se refere ao que seja inexecução total ou parcial do contrato, bem como indicar para cada infração qual a sanção que lhe cabe, contudo, tais omissões não são capazes, por si só, de impedir a aplicação das sanções do Art. 87 da Lei 8.666/83 nas falhas observadas nos contratos administrativos, uma vez que a sanção administrativa não exige a taxatividade do direito penal, mas sim a previsão genérica, com mínima certeza e previsibilidade, o que é o caso, necessitando, como aqui visto, para evitar abusos, ser adotada pela aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Desse modo, embora seja garantida certa discricionariedade ao Administrador quando da aplicação das sanções administrativas, essa não pode ser confundida com arbitrariedade. Ou seja, em que pese posa o Administrador sopesar qual a sanção mais adequada para o caso concreto, frente à falta verificada, deve fazê-lo sempre de forma fundamentada e com respeito às regras e princípios gerais de direito e aqueles que regem a Administração Pública e os procedimentos licitatórios, sobretudo o da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, sobre pena de ilegalidade da sanção aplicada.

Isto posto e para que discricionariedade administrativa legítima não redunde em arbitrariedade ilegítima quando da utilização daquela na

30. JUSTIN FILHO, Marçal. op. cit. p.1.020.

31. TOURINHO, Rita. *Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos*. [s.l, s.d]. p. 6.

aplicação da sanção administrativa, deve-se sopesar a sanção com a falta cometida, para que reste evidente a compatibilidade da sanção com a reprovação e gravidade da falta cometida.

6. A ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DO ART. 87, INCISOS III E IV DA LEI 8.666/93

Discussão recorrente na doutrina e jurisprudência pátria diz respeito ao âmbito de abrangência das sanções dos incisos III e IV da Lei 8.666/93, consistentes, básica e respectivamente, na suspensão temporária da faculdade de participar de procedimentos licitatórios e contratar com o Poder Público e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com o Poder Público.

6.1. DA ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS ENTRE OS DIVERSOS ENTES PÚBLICOS

Isto posto, a maior celeuma reside, na irradiação, ou não, dos efeitos de sanção aplicada no âmbito de determinado órgão ou ente público para os demais entes públicos da federação.

Nesse sentido, três são as correntes existentes, a primeira é aquela defendida, dentre outros por Hely Lopes Meirelles³² que entende que referidas sanções somente produzem efeitos em relação ao ente que aplicou a sanção, podendo o licitante punido com a suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar ou declaração de inidoneidade por um determinado Ente Público licitar e contratar livremente com os demais Entes Públicos, essa é a posição definida como restritiva por José dos S. Carvalho Filho³³ e se justifica segundo Hely Lopes Meirelles³⁴, por se tratarem de uma restrição de direitos e que, portanto, somente poderiam fazer efeito sobre o ente sancionador.

Neste sentido também é o entendimento de Rita Tourinho³⁵, para a qual, contudo, em razão da autonomia Administrativa as sanções aplicadas pela Administração Direta somente produziria efeitos no âmbito de toda a Administração Direta, não alcançando a Administração Indireta e de igual modo a punição aplicada na Administração Indireta não produziria efeitos na Administração Direta.

32. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 257.

33. CARVALHO FILHO, José do Santos. op. cit., p.219.

34. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 257.

35. TOURINHO, Rita. op. cit. p. 11.

Hely Lopes Meirelles³⁶ é ainda mais restritivo do que os defensores de tal corrente, ao defender que a suspensão provisória para licitar e o impedimento para contratar pode ser restrito ao órgão que a decretou ou mesmo para uma determinada licitação ou determinado tipo de contrato, dependendo da extensão, gravidade e reprovabilidade da falta cometida.

A segunda corrente é aquela defendida, entre outros, por Jessé Torres Pereira Junior³⁷ e Maria Sylvania Zanella Di Pietro³⁸, segundo a qual, na definição de José dos S. Carvalho Filho³⁹ o efeito da sanção seria restritivo para a suspensão/impedimento temporário e extensivo para a declaração de inidoneidade.

A posição defendida por essa corrente se sustenta, basicamente, como defende Jessé Torres Pereira Junior⁴⁰ pelo fato de o inciso III da Lei 8.666/93 referir-se a “Administração” e o inciso IV do mesmo artigo referir-se a “Administração Pública”, nesse sentido, o Art. 6º da mesma lei adota em seus incisos XI e XII conceitos distintos para o que seja “Administração” e o que seja “Administração Pública”, estabelecendo “Administração” é o “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, por sua vez, “Administração Pública”, seria, na forma da Lei, “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das funções por ele instruídas ou mantidas”, de modo que, sempre que a Lei 8.666/93 trate de “Administração” estará se referindo ao órgão ou entidade da administração e por sua vez quando falar de “Administração Pública” estará se referindo ao Poder Público em geral, abrangendo os entes Federais, Estaduais e Municipais.

Dessa maneira, a empresa que tem suspensa temporariamente a sua faculdade de licitar e contratar com a “Administração”, na forma da punição do inciso III do Art. 87 da Lei 8.666/93 estaria impedida de licitar e contratar, única e exclusivamente, perante o órgão, entidade e/ou unidade que aplicou a sanção, visto que essa é a definição da Lei para “Administração”, por sua vez, aquele declarado inidôneo para licitar e contratar com a “Administração Pública”, tem os efeitos da punição irradiados para todos os órgãos do Poder Público brasileiro, sejam eles Federais, Estaduais e/ou

36. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 257.

37. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 861.

38. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit., p. 273.

39. CARVALHO FILHO, José do Santos. op. cit., p.219

40. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. op. cit., p. 861.

municipais. Corroboraria tal entendimento, segundo os seus defensores, o fato do Art. 97 da Lei 8.666/93 tipificar a contratação ou que seja admitida a participação em licitação de profissional declarado inidôneo, dispositivo aplicável a todo o território nacional, na forma da competência privativa da União de legislar sobre direito penal, constante do Art. 22, I da CF/88, não existindo ao seu tempo crime em contratar ou permitir a participação em licitação de empresa impedida ou suspensa⁴¹, sendo esse entendimento aplicado pelo TCU⁴² em alguns julgamentos.

A terceira linha de pensamento, por sua vez é aquela defendida, dentre outros por José dos S. Carvalho Filho⁴³, sendo definida por este como corrente extensiva, não admitindo nenhuma interpretação restritiva no que toque às sanções aqui discutidas e entendendo que as mesmas devem ser aplicadas a todos os entes públicos, independente daquele que aplicou a sanção, uma vez que a Administração Pública seria una, embora cada pessoa administrativa possua sua estrutura, em razão da necessária autonomia entre os entes, não admitindo-se, contudo, que novo ente suporte riscos de inadimplemento já conhecidos e suportados por outros, vítimas do particular inadimplente, sendo este também o entendimento aplicado pelo STJ⁴⁴ em seus posicionamentos, bem como também já adotado pelo TCU em posicionamentos mais recentes⁴⁵.

Defendendo tal entendimento, salta aos olhos lição de Marçal Justen Filho, *in verbis*⁴⁶:

“Se o agente apresenta desvio de conduta que o inabilitam para contratar com determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam que se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamentou a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança.”

Rita Tourinho⁴⁷ critica tal entendimento, sobretudo sobre a perspectiva de que ao se impor que entes diversos sofram os efeitos de sanções aplicadas por outros, estaria sendo imposto o exercício do poder discricionário de um ente sobre o outro, o que, em última análise, violaria a autonomia federativa

41. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. op. cit., p. 861.

42. (Decisão n.º 36/2001, Plenário, rel. Min. Walton Alencar)

43. CARVALHO FILHO, José do Santos. op. cit., p.220.

44. (REsp n.º 174.247/SP, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.11.2004) *apud* JUSTIN FILHO, Marçal. op. cit., p.1.021.

45. (Acórdão n.º 3.757/2011, 1ª C., rel. Min. Ubiratan Aguiar).

46. JUSTIN FILHO, Marçal. op. cit., p.1.020-1.021.

47. TOURINHO, Rita. op. cit., p. 12.

dos entes, sobretudo, caso se entenda, como ela, que as normas do Art. 87 da Lei 8.666/93 que estabelecem sanções não se trata de norma geral, podendo, no seu entendimento, ser regulado de maneira diversa pelas legislações locais.

Tende-se, nesse trabalho, a defender, com ressalvas, a posição adotada pela segunda corrente, embora não se concorde com o argumento utilizado, de que a diferença de abrangência das punições adviria da diferenciação legal entre “Administração” e “Administração Pública” por entender, como José dos S. Carvalho Filho⁴⁸, que essa tentativa de diferenciar Administração e Administração Pública trata-se, em verdade, de falha na técnica legislativa, não havendo diferença entre os termos.

A diferença entre a abrangência das punições, defende-se nesse estudo, advém do fato de existir uma gradação entre as punições do inciso III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93, não havendo como se pensar que as mesmas produzam os mesmos efeitos, adotando-se aqui, inclusive, o argumento da abrangência do Art. 97 da Lei 8.666/93, que trata apenas de criminalização da contratação e permissão de participação em licitação de empresas declaradas inidôneas por algum ente público, o que tende a levar à intenção do legislador quanto à abrangência das punições do incisos III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93, motivo pelo qual, entende-se que a suspensão temporária do direito de licitar e impedimento de contratar com a administração pública, se aplica, somente, dentro da esfera do órgão que aplicou a sanção, não havendo, como se observar da interpretação sistemática das normas que regem os procedimentos licitatórios proibição para o ente diverso que contrate o particular punido com a pena de suspensão temporária do direito de licitar e impedimento de contratar com a administração por outro ente. Por sua vez, a abrangência da declaração de inidoneidade deve ser para todos os órgãos da administração direta e indireta de todos os entes públicos, sejam eles Federais, Estaduais e/ou Municipais, independente de quem aplicou a sanção, derivando tal entendimento do simples fato da impossibilidade de uma empresa declarada inidônea por um órgão, participar como idônea em licitações de outros órgãos, mesmo que de entes federativos diversos, por clara contradição em termos.

6.2. DA ABRANGÊNCIA TEMPORAL DOS EFEITOS

Por sua vez, quanto à abrangência temporal das sanções de suspensão temporária do direito de licitar e impedimento de contratar e da declaração

48. CARVALHO FILHO, José do Santos. op. cit., p.220.

de inidoneidade, existe certo consenso, com o qual se concorda, no sentido de que tais punições produzem efeitos somente para o futuro, não se procedendo, pois, com a rescisão automática dos demais contratos firmados pelo particular punido, podendo, se for o caso, ser aberto o regular processo administrativo para rescisão contratual, nos casos permitidos pela legislação e de acordo com o procedimento estabelecido por Lei, sendo o efeito temporal das sanções dos incisos III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93, portanto, *ex nunc*, ou seja, para o futuro, incidindo somente sobre contratações e licitações futuras, nada afetando, pois os contratos já firmados⁴⁹, sendo esse o entendimento do STJ⁵⁰.

Enriquecendo tal argumento, Alex Pereira Menezes⁵¹ assevera que Art. 78 da Lei 8.666/93 regula de forma exaustiva, os vícios pelos quais podem ser rescindidos os contratos administrativos firmados pelo Poder Público de forma unilateral por este, e em nenhum das 18 (dezoito) hipóteses previstas em seus incisos se faz presente alguma que determine a rescisão contratual pelo fato da empresa contratada ter sido punida na execução de outro contrato com as sanções dos incisos III e IV do Art. 87 Lei 8.666/93. Desse modo e com base do princípio da reserva legal, os efeitos das referidas punições seriam observadas somente para o futuro, ou seja, não afetariam os contratos já firmados com a administração, com exceção, por óbvio, do contrato ou licitação gerador da irregularidade punida com as sanções.

Destoando do entendimento apresentado, Marçal Justen Filho⁵² posiciona-se no sentido de que o Art. 55, XIII da Lei 8.666/93, possui previsão no sentido de que o contratado deverá manter as condições de habilitação e contratação durante a execução dos contratos, uma vez que os requisitos de habilitação envolvem, não somente uma formalidade a ser cumprida no procedimento licitatório, mas sim, em verdade, a exteriorização da capacidade de execução do contrato pelo sujeito, de modo que, ausentes os requisitos de habilitação deveria ser o contrato rescindido, o que afetaria, pois, de acordo com o entendimento defendido nesse trabalho, aqueles suspensos temporariamente do direito de licitar ou contratar em relação aos contratos havidos com o órgão sancionador e os declarados

49. CARVALHO FILHO, José do Santos. op. cit., p.220.

50. (STJ, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 28/10/2009, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO).

51. MENEZES, Alex Pereira. Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n.º 2124, 25 abr. 2009, p.6.

52. JUSTIN FILHO, Marçal. op. cit. p.1.022.

inidôneos em relação a todos os seus contratos em vigor, com o que não se concorda, conforme exposto alhures.

Aqui, importante observação de Alex Pereira Menezes⁵³, que merece ser integralmente transcrita, para fechar a explanação acerca do entendimento defendido nesse trabalho acerca dos efeitos temporais da suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, vejamos:

“Nesse diapasão, verifica-se que a atribuição da condição *ex-nunc* ao ato declaratório de inidoneidade não significa dizer que os contratos firmados antes da data deste ato sejam imunes à rescisão ou à suspensão em razão de vícios que lhes forem próprios. Os contratos já firmados quando da declaração de inidoneidade, que não foram objeto de análise na aplicação da respectiva punição, permanecem em execução, em virtude do direito adquirido pelo contratado, porém, por força da verificação de motivos legais determinantes de sanções administrativas, não estão isentos de suspensão ou rescisão.”

Portanto, embora as sanções dos incisos III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93 exare efeitos *ex nunc*, nada impede que, quanto aos demais contratos firmados pelo particular punido, seja aberto processo administrativo, nos casos permitidos e dentro do procedimento legal, para rescisão ou suspensão dos mesmos.

Por fim e não menos importante, defende-se nesse estudo, como defendido por Alex Pereira Menezes que com a aplicação do impedimento para que empresas inidôneas participem de licitações nos mais diversos entes, observação não aplicada à sanção inciso III do Art. 87 da Lei 8.666/93, uma vez que essa produz efeitos somente no âmbito de atuação do órgão que aplicou a sanção, é por vezes difícil de ser concretizado o impedimento para que a empresa declarada inidônea participe do certame ou contrate com o ente diversos do que aplicou a sanção, em razão da dificuldade para cruzamento de informações, não servindo as declarações solicitadas rotineiramente nos procedimentos licitatórios para tal fim, ante a dificuldade para verificar sua autenticidade, de modo que deve ser criado um sistema integrado entre todos os órgãos da administração pública nacional para cadastramento de empresas declaradas inidôneas, sendo obrigatório a alimentação em casos de punição, bem como a consulta do mesmo para habilitação de empresas em certames e formalização dos contratos administrativos, constituindo tal sistema uma espécie de “SPC/SERASA” das empresas declaradas inidôneas para licitar e contratar com a

53. MENEZES, Alex Pereira. op. cit. p.7.

Administração Pública, evitando-se, assim, a inviabilidade prática de aplicação do entendimento aqui defendido de que a sanção de declaração de inidoneidade tem aplicação sobre todos os entes públicos, como criticado por Rita Tourinho⁵⁴.

Deve-se, pois, como explana Alex Pereira Menezes⁵⁵, louvar a iniciativa da CGU que criou o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, com acesso permitido pelo portal da transparência⁵⁶ desde 09/12/2008, reunindo dados de unidades da federação e órgãos federais que mantêm cadastro de particulares que cometeram irregularidades na execução de contratos administrativos.

Aqui cabe perceber, por fim, que a imposição das sanções tratadas nesses estudos, faz com que muitas vezes, sejam criadas novas empresas em substituição à punida, com os mesmo sócios, objeto, endereço, etc. para continuar contratando com a Administração Pública, objetivando pois burlar a legislação referente às Licitações e Contratos Administrativos, tendo o STJ⁵⁷, como explana Rita Tourinho⁵⁸ considerado, com o que se concorda, que tal prática constitui abuso de direito, sendo possível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para aplicação de sanção para a sociedade nova constituída para burlar as sanções, em defesa dos princípios da moralidade Administrativa, supremacia e indisponibilidade do interesse público, sendo esse entendimento, inclusive, adotado na Lei de Licitações e Contratos Administrativos do Estado da Bahia (Lei n.º 9.433/05), em seu Art. 200, o que se aplaude, como exemplo de boa prática administrativa.

7. CONCLUSÃO

Com o presente estudo, viu-se que as licitações públicas são pressupostos necessários para as contratações públicas, por expressa previsão constitucional contida no Art. 37, XXI da CF/88, sendo suas normas gerais apresentadas pela Lei 8.666/93, possuindo Estados, Municípios e Territórios competência para editar normas específicas acerca dos seus procedimentos

54. TOURINHO, Rita. op. cit. p. 12.

55. MENEZES, Alex Pereira. op. cit., p. 7.

56. <http://www.portaltransparencia.gov.br/ceis/>

57. (STJ – REsp: 174274 SP 1998/0034745-3, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 19/10/2004, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 22/11/2004 p. 294 RSTJ vol. 187 p. 205 DJ 22/11/2004 p. 294 RSTJ vol. 187 p. 205)

58. TOURINHO, Rita. op. cit. p. 12.

licitatórios, desde que não contrarie as normas gerais da Lei 8.666/93.

Nesse perspectiva, partiu-se para análise dos contratos administrativos e verificou-se que a grande diferenciação deste para com os demais contratos da administração, ou seja, para com os contratos de direito privado da administração se refere à presença de cláusulas exorbitantes naqueles, em razão da posição de supremacia do poder público em face do particular nos mesmos, sendo a fiscalização dos contratos e a aplicação de sanções os exemplos de cláusulas exorbitantes que mereceram melhor esclarecimentos durante este estudo.

Ultrapassado tal análise chegou-se ao cerne desse trabalho, com o estudo das sanções previstas no inciso III (suspensão temporária do direito de licitar e impedimento de contratar com o Poder Público) e IV (declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público) do Art. 87 da Lei 8.666/93, inclusive no que toca à necessária observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando da aplicação das mesmas, sopesando-se a gravidade da falta praticada com a da sanção aplicada, as quais possuem níveis de gravidade crescente em ordem proporcional à ordem crescente dos incisos do Art. 87 da Lei 8.666/93.

Verificou-se, contudo, a existência de dúvidas quanto à abrangência dos efeitos de tais sanções, tanto sob a perspectiva dos demais entes, que não aquele que aplicou a sanção, quando sob o ponto de vista temporal, sendo este o ponto central do presente trabalho, chegando-se, a partir de tudo o quanto exposto no mesmo, à conclusão de que as sanções dos incisos III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93 possuem abrangências diferentes, não decorrentes de suposta diferença entre os termos “Administração” e “Administração Pública” utilizados, respectivamente, pelos referidos dispositivos, mas sim, pelo fato de se fazer implícito no espírito da norma tratada que o legislador não pretendeu dar idêntico tratamento a ambos os institutos, sendo considerada como de gravidade gradativa as sanções previstas em ordem crescente nos incisos do Art. 87 da Lei 8.666/93, bem como na forma do Art. 97 da mesma lei, que trata como crime apenas a permissão de participação em licitação ou contratação de profissional declarado inidôneo, não se perdendo de vista a necessária aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções do Art. 87 da Lei 8.666/93 de acordo com a sua gravidade e grau de reprovabilidade, constatações a partir das quais foi possível chegar a conclusão de que a abrangência quanto aos demais entes da sanções do Art. 87, III e IV da

Lei 8.666/93 é a seguinte:

1. Quanto à sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar (inciso III), entende-se que a mesma se aplica somente no âmbito do órgão que aplicou a sanção, não havendo, como se inferir, a partir da análise sistemática das normas que regem os procedimentos licitatórios, proibição para que ente e/ou órgãos diversos contratem com o particular punido com a sanção de suspensão temporária do direito de licitar e impedimento de contratar com a administração por outro ente e/ou órgão;

2. Já quanto a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com o Poder Público (inciso IV), pensa-se que a mesma se estende para todos os órgãos e entidades da Administração Pública pátria, seja ela Federal, Estadual ou Municipal, uma vez que entende-se impossível que uma empresa declarada inidônea por um órgão público, possa participar como idônea em licitações de outros órgãos públicos ou contratem com estes, mesmo que se trate de órgãos de entes federativos diversos, por clara contradição em termos.

Por sua vez, quando a abrangência temporal das sanções dos incisos III e IV do Art. 87 da Lei 8.666/93, entende-se, como com certo consenso percebe a doutrina e a jurisprudência pátria, que tais sanções produzem efeitos *ex nunc*, ou seja, somente para o futuro, não atingindo ou influenciando nos pactos e atos já firmados e realizados, embora nada impeça que seja aberto processo administrativo dentro das hipóteses legalmente previstas e de acordo com o procedimento legal para revisão de determinado contrato firmado com a empresa punida.

Por fim, sugeriu-se, como forma de efetivamente concretizar os efeitos da sanção de declaração de inidoneidade em relação a todos os entes e órgãos públicos, uma vez que tal efetivação é, por vezes, bastante difícil, ante a dificuldade de comunicação entre os mesmos, que seja criado um sistema nacional de cadastro das empresas e profissionais inidôneos, uma espécie de “SPC/SERASA” das empresas declaradas inidôneas, de alimentação e consulta obrigatórias quando da realização de certames licitatórios e formalização de contratos administrativos pelos entes públicos, garantido assim a efetividade prática do entendimento aqui defendido quanto à abrangência da sanção de declaração de inidoneidade.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Assembleia Legislativa. **Lei n.º 9.433**, de 01 de Março de 2005. Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências. Disponível em: <https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85396/lei-9433-05>. Acesso em: 03.07.2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei n.º 8.666/93**, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 03.07.2017

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CARVALHO FILHO, José do Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. rev., ampl. e atual. Até a Lei n.º 12.587, de 3-1-2012. São Paulo, Atlas, 2012.

CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. As sanções nos contratos administrativos e o princípio da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, *Teresina*, ano 11, n.º 1103, 9 jul. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8614/as-sancoes-nos-contratos-administrativos-e-o-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 03.07.2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador/BA, n.º 2 – abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://www.direito-doestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-SERGIO%20GUERRA.pdf>. Acesso em: 03.07.2017.

JUSTIN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo. Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo, Malheiros, 2013.

MENEZES, Alex Pereira. Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas. **Jus Navigandi**, *Teresina*, ano 14, n.º 2124, 25 abr. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12697/incidencia-dos-efeitos-da-suspensao-temporaria-e-da-declaracao-de-inidoneidade-em-licitacoes-publicas>. Acesso em: 03.07.2017

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

TOURINHO, Rita. **Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos**. [s.l., s.d]. Disponível em: <http://www.unipublicabrasil.com.br/uploads/materiais/fdc30faab8a7d7eb1addf7444a0fd16e26072016170209.pdf>. Acesso em: 03.07.2017.

INTERESSE PÚBLICO VERSUS INTERESSE PRIVADO: DA DESAPROPRIAÇÃO À PRÉVIA INDENIZAÇÃO

Ludimile Bandeira de Souza¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado tendo em vista sua grande visibilidade nas discussões atuais. A partir do referido princípio cabem ao Estado poderes para interferir na esfera privada, assim há a possibilidade de aplicação do instituto da desapropriação que interfere diretamente no âmbito privado, dessa forma, faz-se necessário tratar no referido artigo sobre a discussão de uma das fases do instituto da desapropriação que é a indenização prévia que demonstra a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na desapropriação frente ao caráter privado e seu modo de funcionamento. Dessa forma, conclui-se que o interesse público tem a possibilidade de intervir na esfera privada, porém somente a partir da devida motivação, pois não se configura como um ato discricionário vazio, mas sim com o devido atendimento à Constituição e a correta justificativa para o ato.

Palavras-chave: Estado. Interesse público. Interesse privado. Desapropriação. Indenização prévia.

Abstract: The present article has as objective the analysis of the supremacy of public interest above the private interest having in view its grand visibility in current discussions.

Starting from the said principle, it befalls to the State certain powers to interfere in the private sphere, that way there is the possibility of applying the institute of expropriation that interferes directly on the private sphere, in this way, it is necessary to treat in the referred article about the discussion of one of the phases of the institute of expropriation which is the prior indemnity that demonstrates the incidence of

1. Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Experiência de estágio anterior em: Secretaria de Promoção da Igualdade Racial (SEPROMI) e Tribunal de Justiça em Diretoria de Primeiro Grau; estágio atual em Fórum Ruy Barbosa na 11ª Vara da Fazenda Pública. Participação em: V Moot Court Competition on Sustainable Development na FVG – Rio de Janeiro; Grupo de Pesquisa sobre Danos; e Grupo de Estudos em Sociologia. Premiação: 1ª Colocação em Concurso de Artigos realizado no IX Encontro de Direito Civil e Processo Civil.

the principle of the supremacy of public interest above private interest in the expropriation against the private character and its way of functioning. In this way, it is concluded that the public interest has the possibility of intervening on the private sphere, however, only from the due motivation, because it doesn't set up as an empty discretionary act, but as an adequate consideration to the Constitution and the right justification for the act.

Keywords: State. Public interest. Private interest. Expropriation. Prior indemnity.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: A DIFERENÇA ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO; 2.1 NOÇÕES PRELIMINARES; 2.2 UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA; 2.3 CRITÉRIOS DE EXISTÊNCIA E EXECUÇÃO; 3. INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO E A PRÉVIA INDENIZAÇÃO: 3.1 INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE: DESAPROPRIAÇÃO; 3.2 INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO COM ÊNFASE NA INDENIZAÇÃO PRÉVIA; 4. ATUAL CENÁRIO DA DESAPROPRIAÇÃO DIANTE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO; 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado para, a partir de uma introdução sobre o tema, alcançar o instituto da desapropriação quanto a indenização prévia.

Dessa forma, a partir da análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, tal como sua devida construção teórica para o entendimento do uso desse princípio para o instituto da desapropriação, o presente trabalho alcançará o objetivo de discutir quanto ao limite da incidência do referido princípio como base e justificativa para a incidência da desapropriação para, assim, alcançar a fase da indenização prévia e trazer a discussão sobre o caráter das condições dessa indenização.

Para alcançar tal objetivo, faz-se necessário a construção de uma conceituação prévia do tema que se constitui por considerações iniciais sobre o interesse público e o interesse privado, assim como a análise histórica do direito administrativo por ser a matéria que compõe o referido princípio e o instituto da desapropriação; assim como qual o âmbito de incidência do

princípio e seus fundamentos. Ademais, é de suma importância a construção de uma introdução do instituto da desapropriação demonstrando seus preceitos básicos e modo de incidência, dessa forma o leitor terá a base constitutiva necessária ao conhecimento da incidência da prévia indenização da desapropriação tal quais seus requisitos e discussões.

2. CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: A DIFERENÇA ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO

2.1. NOÇÕES PRELIMINARES

Os princípios são fruto de interpretações dos institutos normativos e funcionam como bases sólidas; têm como função fundamental nortear o agir jurídico perante a sociedade para que haja organização diante dos atos e fundamentos postos aos cidadãos, dessa forma Fábio Medina Osório afirma que²:

Os princípios constitucionais são fontes formais do Direito Administrativo, havendo prevalência das normas constitucionais em relação ao restante da ordem jurídica, dada sua supremacia, juridicidade e imperatividade, não sendo viável olvidar que as leis e os atos administrativos devem respeitar os limites dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não diferente dos demais princípios, tem como fim a função norteadora diante da sociedade, cuja finalidade principal se enquadra em transparecer o convívio dos cidadãos e suas necessidades para que tanto a esfera administrativa, quanto as demais tenham uma bússola guia frente às medidas a serem tomadas quanto à sociedade, afinal de contas o referido princípio é conjectura do convívio social³.

Ademais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um princípio implícito retirado de ações realizadas pelo Estado, como, por exemplo, o ato de desapropriação ao qual falaremos adiante. No entanto, tais atos praticados pela administração pública com essa finalidade são autorizados diante da devida motivação, ou seja, não é um ato de livre vontade do administrador.

2. OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº220, abril/jun., 2000, p. 76.
3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.99.

2.2. UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

A administração pública surge como a organização entre os seres humanos, seja esta em caráter não civilizado ou uma organização em âmbito estatal; sendo assim, sua existência se configura desde os grupamentos mais primitivos, nos quais não havia disciplina jurídica⁴.

O “Direito Administrativo, como ramo autônomo, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX”⁵, no entanto, não é possível afirmar que sua existência se limita a uma data específica, pois o referido ramo do direito é fruto de um longo processo histórico de lutas a partir do qual foi possível alcançar a posição protetiva que possui atualmente. Dessa forma, faz-se necessário uma análise sucinta sobre alguns marcos que decorrem ao longo do surgimento e evolução do ramo administrativo do direito.

Iniciando a análise com base no Estado Social e Estado Democrático de Direito, em que ambos decorrem de um processo histórico, cabe ao presente artigo abordar a Idade Média.

A Idade Média se caracteriza pelo regime monárquico diante do qual o povo deveria servir ao rei que se constituía como força máxima do Estado, o qual era responsável por: criar as premissas normativas, fiscalizar se havia o devido cumprimento e julgar aquele que considerava que as descumpriam.

Em verdade, havia Tribunais, no entanto, estes eram submetidos à vontade do rei e, portanto, não o alcançavam. Dessa forma, havia uma imprudência do Estado⁶, pois o rei era soberano na configuração estatal, então não precisava seguir o ordenamento que constituía, mas apenas julgar aos demais componentes do Estado⁷.

Ademais, dentro da composição da Idade Média existia o feudalismo que, em resumo, se constituía como uma estrutura onde cada cidadão continha uma demarcação de terra e se responsabilizava por cultivar alimentos para sua sustentação e para pagar como impostos ao rei que resultavam na permanência do cidadão naquele espaço delimitado⁸.

Tal como existia a burguesia que se constituiu ao final da Idade Média

4. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1.

5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 1.

6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 1.

7. SILVESTRE, Armando Araújo. *Feudalismo*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/feudalismo/>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

8. *Ibid.*, loc. cit.

como parte do povo que morava nos burgos e lidavam com o comércio diretamente a partir da venda de mercadorias. Os burgueses levavam suas mercadorias a diversos espaços passando até mesmo entre outras cidades, no entanto, diante das passagens havia diversas dificuldades como, por exemplo, com roubos; porém, como parte do processo histórico, houve um acordo entre os chefes das cidades que possibilitou a passagem protetiva entre esses espaços⁹.

Dessa forma, foi possível o crescimento da burguesia, a qual possuía diversas riquezas construídas diante da prática do comércio, no entanto, não conseguia constituir acúmulo, pois o rei sempre tributava os valores da referida classe principalmente para o uso em guerras. Sendo que os constituintes da classe burguesa não estavam satisfeitos com tal prática tributarista¹⁰.

No entanto, após um grande período de guerras, num movimento quase pendular, foi possível alcançar um tempo de paz diante do qual a burguesia alcançou o tão desejado acúmulo de riquezas e pôs em prática um desejo que já vinha almejando e lutando em pequenos passos há muito tempo que foi o início da revolução para alcançar a liberdade perante o rei.

As Revoluções Burguesas ficaram conhecidas pela luta da referida classe pela tomada do poder, o que foi alcançado havendo a derrocada do rei. Com o resultado surgiu o Estado de Direito que é extremamente vinculado à formação do Direito Administrativo, pois como bem diz Di Pietro¹¹:

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de **Estado de Direito**, estruturado sobre o **princípio da legalidade** (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o **princípio da separação de poderes**, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Diante disso, conclui-se que há grande relação entre as Revoluções Burguesas e o surgimento do Estado de Direito, pois a partir da luta burguesa que teve como aliado o povo, surgiu o princípio da legalidade diante do qual há uma previsão anterior das leis, ou seja, o cidadão sabe o que pode ou não

9. BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Pública e Direito Comunitário*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p. 18.

10. SOUSA, Rainer. *Feudalismo*. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/feudalismo.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

11. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 2.

fazer legalmente perante a composição estatal, existindo como consequência a segurança jurídica; e o princípio da separação dos poderes ou Sistema de Pesos e Contrapesos, em que os responsáveis pela: criação, fiscalização e julgamento das leis são órgãos distintos. Assim, o legislativo será responsável por criar as leis, o executivo por fiscalizar e o judiciário por julgar; no entanto, apesar de haver o respeito entre os três com delimitações de funções, também há a obrigação de em determinado aspecto um ter parte da função do outro, como forma de equilibrar os atos, assim explica Marçal Justen Filho¹²:

A tripartição de poderes consiste na dissociação da organização estatal, de modo a produzir a diferenciação de competências (funções), que são atribuídas a órgãos diversos. Isso acarreta o estabelecimento de mecanismos de limitação do poder por via do modo de estruturação (o sistema de “pesos e contrapesos”), evitando que um único órgão concentre todos os poderes próprios do Estado.

Com o surgimento da tripartição de poderes surge efetivamente o Direito Administrativo em suas delimitações próximo ao que conhecemos atualmente. No início havia grande vinculação entre o ramo constitucional, pois o Estado de Direito se vincula a constituição de uma Carta Magna que preveja qual o ponto de partida de atuação perante o Estado¹³.

Assim, surgem em conjunto o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, no entanto, separam-se com a contínua evolução entre seus respectivos papéis, já que a conjuntura estatal tomava traços cada vez mais fortes em sua composição e a Constituição tinha outro âmbito de atendimento que era a tripartição como um todo¹⁴, servindo de base principal a qualquer ato a ser praticado no respectivo ordenamento, além disso, com a formação do Estado passa a surgir à necessidade de organização da Administração Pública a qual cresce em conjunto com o Direito Administrativo. Assim, como diz Alexandre Santos de Aragão¹⁵:

A ideia de Estado de Direito advém de uma concepção estruturante do Estado e do Direito Público, que racionaliza e sistematiza as relações entre o Estado e os indivíduos, submetendo estes tão-somente a uma estrutura

12. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.
13. COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. *Princípio da Separação de Poderes em Corrente Tripartite*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 03 nov. 2017.
14. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1.
15. *Ibid.*, p.1.

jurídica hierarquicamente construída, que partiria da Constituição, indo até às decisões concretas da Administração Pública e do Poder Judiciário, passando pelas leis e regulamentos.

Num movimento contínuo desse processo que se iniciou com o Estado de Direito, passamos a vivenciar uma grande busca por uma maior gama de direitos aos cidadãos. Dessa forma, diz Justen Filho¹⁶:

A violência pode permitir a manutenção do poder político durante algum tempo, mas isso será sempre temporário. A única alternativa para a existência permanente do Estado é o *consenso* entre os cidadãos.

Assim, faz-se necessário abordar especificamente o segundo modelo: Estado Democrático de Direito.

Permanecemos num movimento histórico de avanço alcançando a busca pela igualdade com o modelo de Estado Democrático de Direito o qual visa à participação democrática da sociedade perante o Estado para assim haver uma composição justa do Estado a partir da vontade igualitária dos cidadãos, ou seja, não haveria diferença hierárquica entre o povo e o Estado, mas um ajuste comum para chegar à vontade da maioria. Pois, “o procedimento democrático exige a oportunidade para a manifestação de todos os interesses. O fundamental é que cada decisão seja produzida a partir de um procedimento que pressuponha a igualdade e a dignidade de todos os participantes”¹⁷.

Ademais, pensa-se no ser humano como indivíduo a partir da busca pelo devido respeito à dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, seguindo na didática quanto aos modelos, cabe tratar sobre o Estado Democrático e Social de Direito que se constituem no contexto histórico de surgimento da Revolução Industrial que acaba por ter efeitos mundiais, pois houve o avanço na mão de obra que deixou de ser artesanal, como era de costume na época, para ser de massa. Diante da mão de obra em massa os materiais de suporte eram, dentre outros, grandes maquinários passíveis de trabalhos pesados, repetitivos e sem descanso, assim era a vida do trabalhador na recém-nascida Revolução Industrial¹⁸.

Dessa forma, o povo percebeu que seria necessário um avanço em

16. JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.
17. JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.
18. NUNES, Dymaima Kyzy. *AS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7897>. Acesso em: 03 nov. 2017.

caráter estatal, pois a partir da Revolução Industrial a realidade capitalista ficou cada vez mais clara e abrangente, assim enquanto algumas pessoas tinham condições de subsidiar sua existência, outras não tinham condições de alcançar o mínimo existencial.

Logo, diante de tais premissas, alcançamos o modelo do Estado Democrático e Social de Direito diante do qual se percebeu que parte da população não tinha condições de suprir suas necessidades básicas, então o Estado como entidade que abrange o grupo populacional teria condições de suprir tais deficiências. Dessa forma, estaria afirmando princípios de seu modelo anterior, como: a igualdade, pois atenderia cada cidadão de acordo com o caso concreto vivenciado, nesse sentido, poderia distribuir ajuda em termos de renda e condições para alcançar o mínimo existencial; e estaria também reafirmando a dignidade da pessoa humana ao ajudar o cidadão que necessita a manter condições existenciais suficientes.

Dessa forma, verifica-se um movimento estatal em busca da abrangência ao atendimento do cidadão.

2.3. CRITÉRIOS DE EXISTÊNCIA E EXECUÇÃO

Diante da introdução quanto ao direito administrativo faz-se necessário iniciar a abordagem sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual é retirado de forma implícita da conceituação basilar do direito administrativo. Diante da colocação de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹:

Donde o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.

Esse princípio teria como justificativa para a sua existência a função de espelhar a sociedade quanto às suas necessidades para assim assegurar a sobrevivência do particular e manter uma ordem social estável, sendo assim iria regular e compor diplomas normativos que refletissem os desejos, opiniões e necessidades do povo para que houvesse a prevalência da segurança jurídica e dessa forma, garantiria os direitos do cidadão. Para tal é preciso que o Estado sopes e equilibre os interesses dos particulares em

19. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.66.

seu âmbito individual e o interesse coletivo em seu aspecto geral, como diz Gustavo Binbenojm²⁰:

O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros.

Neste ponto é importante distinguir o interesse público primário e o interesse público secundário, sendo que o primeiro se refere aos interesses gerais da coletividade; enquanto o segundo se relaciona aos interesses particulares que o Estado possui como pessoa jurídica²¹.

Ora, se o Estado compõe inúmeras obrigações para conceder ao cidadão seu mínimo existencial deve cumprir essas responsabilidades a partir de serviços que o tornam uma pessoa jurídica, como acontece, por exemplo, ao executar construções, seja de hospitais, secretarias para dar apoio ao cidadão, dentre outros. O Estado deve ter como base para as supracitadas construções, uma análise prévia quanto ao local em que se vai construir, considerando qual a necessidade dos cidadãos daquela localidade, por qual período, em média, precisarão daquela assistência, dentre outros aspectos. Logo, enquanto observa a necessidade dos particulares, o Estado também cumpre a função de pessoa jurídica ao sopesar certas necessidades, como o uso devido das verbas públicas, optar por qual local ou o que irá construir sendo condizente com seu limite financeiro e necessidade pública.

Dessa forma, faz-se essencial analisar se esse poder que a supremacia do interesse público representa seria o suficiente para manter o equilíbrio entre os cidadãos, pois mesmo que o Estado tenha como obrigação garantir o mínimo existencial ao povo, na verdade, com base na evolução histórica do direito administrativo, é o cidadão quem dita suas prioridades e seus interesses, logo é diante do povo que o Estado se constrói e não o contrário, pois “as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos”²².

20. BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.149.

21. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio op.cit, p. 65-66 et seq.

22. SARMENTO, Daniel. “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.27.

No entanto, diante da conceitualização do princípio da supremacia do interesse público, o Estado passa a ter diversas regalias como quanto a prazos, presunção de legitimidade, dentre outros, como bem diz Daniel Sarmento²³:

Tal princípio é empregado para justificar uma série de prerrogativas dadas pela Administração Pública, na qualidade de tutora e guardiã dos interesses da coletividade, como a imperatividade do ato administrativo, sua presunção de legitimidade, a auto-tutela administrativa, a competência do Estado para promover desapropriações, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, para citar alguns exemplos.

Os quais fariam sentido se usados de acordo com o princípio da boa-fé, pois o Estado, por abarcar um número tão grande de responsabilidades, teria a necessidade de possuir certas regalias para suprir todas as suas obrigações; enquanto que para o âmbito privado não existe esse número exorbitante de responsabilidades os quais não justificaria dar-lhe tais privilégios, no entanto, vivemos um momento de complicação na relação entre o âmbito público e privado.

Isso nos traz a dificuldade de determinar quais seriam os limites para ambos. Pois, por um lado o Estado diante do histórico vivenciado pela sociedade tem grandes responsabilidades diante de cada indivíduo, devendo supri-las, até mesmo porque o Estado representa a coletividade; por outro lado, o âmbito privado é a própria representação do cidadão em seu âmbito individual, como esclarece Daniel Sarmento²⁴:

Costuma-se associar o público à esfera dos interesses gerais da coletividade, que dizem respeito à pessoa humana não como particular, encerrado no seu microcosmo de relações, mas como cidadão, membro e partícipe da comunidade política. Já o privado corresponde ao perímetro das vivências experimentadas em recesso, fora do alcance da *polis*, que não concernem à sociedade em geral, mas cada um, como indivíduo.

Acrescente-se a isso a atual dificuldade para determinar qual seria a vontade da sociedade, pois estamos diante de uma sociedade heterogênea com diversos interesses, os quais destoam entre os indivíduos, dessa forma há um grande pluralismo entre as relações sociais, não há como extrair um conceito de vontade geral.

23. Ibid., p.23-24.

24. SARMENTO, Daniel. "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional". In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.30.

3. INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO E A PRÉVIA INDE-NIZAÇÃO

Diante da evolução histórica do direito administrativo, hoje vivenciamos a tutela de um Estado protetor, o qual se responsabiliza por garantir condições mínimas para que o cidadão possa ter resguardada sua dignidade. Logo, existe a intervenção do Estado na vivência diária do cidadão sendo que, para conceder-lhe condição mínima de sobrevivência, é dada ao Estado a possibilidade de intervir nas relações sociais para garantir ao povo a prometida proteção.

Dessa forma, há a possibilidade de o Estado agir frente à propriedade, por exemplo, a qual atualmente tem assegurado seu caráter político, mas possui determinadas limitações para que não se sobreponha ao âmbito público, havendo a possibilidade de intervenção na mesma. É importante considerar que, segundo a Constituição Federal, ao se referir à propriedade traz que "é garantido o direito de propriedade"²⁵.

Ademais, afirma no inciso seguinte que "a propriedade atenderá a sua função social"²⁶. Tal referência faz-se essencial, pois a Carta Magna de máxima instrução à nossa sociedade regulamenta que a propriedade é direito fundamental, apenas podendo institutos além deste interferir na constituição da mesma para "definir-lhe os contornos e fixar-lhe limitações, mas nunca deixará o direito de figurar como objeto da tutela jurídica"²⁷.

Então, é perceptível que o direito a propriedade, por se constituir como direito fundamental²⁸, traz consigo perante a Constituição Federal de 1988 caráter extremamente social, logo tal direito deve ser interpretado diante de preceitos que buscam a boa-fé e amplitude social, ou seja, ao estabelecer a propriedade deve-se cumprir com os preceitos da função social, a qual "autoriza não só a determinação de obrigações de fazer, como de deixar de fazer, sempre para impedir o uso egoístico e antissocial da propriedade"²⁹. Dessa forma, justifica-se que haja prevalência ao direito de propriedade, porém condicionado aos princípios basilares aos quais a propriedade se estabelecerá, sendo que se os preceitos basilares forem contrários àqueles estabelecidos

25. Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

26. Ibid., loc. cit.

27. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p.812.

28. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 409.

29. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op.cit, p.813 et seq.

pela Constituição haverá a possibilidade de o Estado intervir para amoldar a propriedade a tal qualificação. No entanto, apenas o fará diante de explicação para o reconhecimento de medidas para intervenção na propriedade.

Assim, a Constituição Federal estabelece os contornos essenciais à formação e consolidação da propriedade e o Código Civil de 2002, em seu art. 1.228, §1, completa segundo a base dada pela Carta Magna ao trazer que o direito de propriedade deve ser exercido em “consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”. Dessa forma, está solidificado que o direito a propriedade é garantido, porém é passível de intervenção justificada se não atingir seus fins sociais.

3.1. INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE: DESAPROPRIAÇÃO

Após essa breve introdução faz-se essencial iniciar o objetivo principal do capítulo que é o instituto da desapropriação e a indenização prévia. A desapropriação é uma das ações com maior poder sancionatório proposto como instituto de intervenção à propriedade, pois se constitui pela retirada da mesma ao poder do privado a qual será mantida em responsabilidade do poder público para que este tome as devidas medidas para que a referida propriedade alcance sua função social. Dessa forma, afirma Hely Lopes Meirelles³⁰:

Dentre os atos de intervenção estatal na propriedade destaca-se a desapropriação, que é a mais drástica das formas de manifestação do *poder de império*, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu *domínio eminente* sobre todos os bens existentes no território nacional.

Apesar do Estado se pautar na essencial observância aos preceitos esperados pelo povo, haverá no caso da desapropriação atuação vertical do Estado, pois este optará justificadamente por intervir na propriedade pertencente ao cidadão, atitude baseada no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, apontando que tal intervenção é essencialmente necessária para que se mantenha observado a tutela dos interesses da sociedade, como bem diz José dos Santos Carvalho Filho³¹:

O dilema moderno se situa na relação entre o Estado e o indivíduo. Para que possa atender aos reclamos globais da sociedade e captar as exigências do interesse público, é preciso que o Estado atinja alguns interesses individuais. E a regra que atualmente guia essa relação é a da supremacia do interesse

30. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p.676.

31. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p.812.

público sobre o particular. É, na verdade, esse postulado que constitui um dos fundamentos políticos de intervenção do Estado na propriedade.

Faz-se essencial destacar que a desapropriação é categorizada em dois grupos: a intervenção restritiva e a intervenção supressiva. A primeira, segundo a qual impõe determinadas limitações frente à propriedade, mas não a retira do indivíduo; enquanto a segunda se caracteriza pela transferência da propriedade do dono em âmbito privado para o Estado. A base de análise deste artigo será a desapropriação supressiva³².

Segundo a Constituição Federal, a lei será responsável pelo procedimento da desapropriação “por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”³³. Ou seja, apenas será legítima a expropriação quando a Administração Pública alcançar tais preceitos evidenciados³⁴, os quais terão papel fundamental de justificativa para o ato. Doutrina de José dos Santos Carvalho Filho afirma que “são pressupostos da desapropriação a utilidade pública, nesta se incluindo a necessidade pública e o interesse social”³⁵.

Dessa forma, é comprovada que a desapropriação deve ser motivada de acordo com cada caso específico, não sendo este um ato de mera escolha do administrador. Ademais, acrescenta José dos Santos Carvalho Filho especificamente sobre os referidos pressupostos³⁶:

Ocorre a *utilidade pública* quando a transferência do bem se afigura conveniente para a Administração. Já a *necessidade pública* é aquela que decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem. [...] O *interesse social* consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade [...] o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas.

Assim, o poder público, ao verificar seu interesse em desapropriar um bem, terá que analisar os requisitos anteriores para saber se preenche as condições para que haja a desapropriação, o que será essencial à fase declaratória que se configura como fase inicial ao procedimento de desapropriação, diante

32. Ibid., p.829.

33. Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

34. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014, p.413.

35. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p.853.

36. Ibid., p 853-854.

da qual o particular não terá condições de negar à posse ao Estado. Há grande importância na motivação que dá ensejo a desapropriação, pois, como foi dito anteriormente, não é um ato discricionário ou de vontade, mas, sim, ato finalístico com base legal. Ademais, a declaração será publicizada aos cidadãos que devem ter conhecimento do desejo da administração pública, tanto do objetivo almejado, quanto a motivação desse fim.

Como qualquer ato, este também poderá objeto de controle judicial. Como é passível de verificação em jurisprudência como, por exemplo:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE UTILIDADE PÚBLICA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. Apelação do DNIT contra sentença que julgou parcialmente procedente pedido de desapropriação por utilidade pública. 2. Justa indenização baseada em laudo oficial. Ausência de argumentos que comprometam o trabalho do perito judicial. 3. A indenização, em regra, corresponde ao valor do imóvel apurado na data da perícia, conforme disposto no art. 12, parágrafo 2º, da LC 76/93. 4. Apelação e remessa não providas.

(TRF-5 – REEX: 7344320104058400 Data de Julgamento: 3/05/2013, Terceira Turma).

Apenas não será objeto do Judiciário a utilização pública da decisão de desapropriar, pois como foi abordado anteriormente no Brasil existe o Sistema de Pesos e Contrapesos, diante do qual cada poder, seja judiciário, legislativo ou executivo, fiscaliza as ações uns dos outros, no entanto, também estão protegidos pela devida realização de suas competências preestabelecidas. Dessa forma, o Judiciário analisará toda a estrutura da desapropriação que a administração pública visa alcançar, porém, não cabe a este a análise quanto à utilidade pública que a desapropriação representa como está disposto no art. 9º do Decreto-lei nº 3.365/1941³⁷: “Ao Poder Judiciário é vedado no processo de desapropriação decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.

Cabe aqui explicar que a utilidade pública se constitui como caráter discricionário ao gestor público, o qual diante de sua capacidade e competência decidirá, de forma motivada³⁸, se aquele respectivo caso cabe ou não aos critérios da desapropriação. Porém, esta é uma obrigação de caráter exclusivamente administrativo, dessa forma, dentro do âmbito do Sistema de

37. BRASIL. Decreto – lei nº 3.365/1941, de 21 de junho de 1941. *Desapropriação por Utilidade Pública*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm > Acesso em: 03 nov. 2017.

38. GASPARI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 883.

Pesos e Contrapesos nessa questão prática diante da legislação e da Constituição verifica-se que a utilidade pública se constitui como caráter privativo administrativo, enquanto que as demais questões podem e devem, se necessário, ser levadas ao Judiciário para que haja a devida análise e intervenha se considerar devido; sendo assim, há nesse aspecto específico a atuação do Sistema de Freios e Contrapesos.

3.2. INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO COM ÊNFASE NA INDENIZAÇÃO PRÉVIA

Inicia-se então a fase executória, a qual se configura “depois de declarada a utilidade pública do bem, cumpre adotar as providências para efetivar a desapropriação, procedendo-se à transferência do bem para o patrimônio do expropriante”³⁹. Diante disso, existem dois caminhos possíveis: por via administrativa e via judiciária. O caminho por via administrativa se configura pelo entendimento entre o poder público e o proprietário, em que este último aceitou o acordo proposto. Por outro lado, o caminho pela via Judiciária se caracteriza pela ação de desapropriação, em que as partes não conseguiram alcançar um acordo, então encaminham o conflito ao poder Judiciário para que seja solucionado.

Como no procedimento por via administrativa já há um acordo entre as partes, basta abordar aqui a questão judicial diante da qual caberá sentença fundamentada produzida pelo juiz. Pela vida judicial o Poder Público depositará o valor referente a 80% da cota inicialmente proposta, sendo que os demais 20% serão depositados após a decisão do Judiciário com a eventual complementação. Dessa forma, cabe discutir que a indenização será definida com base nos critérios previstos no art. 27 do Decreto-Lei de Expropriação, conforme descrito abaixo:

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

§ 1º A sentença que fixar o valor da indenização, quando este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença,

39. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p.875.

observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais). (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) (Vide ADIN nº 2.332-2)

Surge então a discussão quanto à indenização prévia, pois diante do art. 27 encontramos um embate quanto ao previsto na Constituição Federal no art. 5, XXIV, a qual traz que: *a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição*; surge então a discussão quanto ao valor disposto pelo juiz se será de acordo com o do Decreto-Lei ou de acordo com a Constituição, pois se o valor da indenização for observado diante do primeiro critério será menor que se calculado de acordo com o segundo. Dessa forma, José dos Santos Carvalho Filho acrescenta que⁴⁰:

A norma constitucional exige que a indenização seja *justa*, ou seja, que o valor indenizatório realmente corresponda ao valor do bem expropriado. Se o juiz leva em consideração os fatores previstos no art. 27, o resultado pode não corresponder ao valor efetivo do bem e, se isso ocorrer, a indenização certamente não será justa.

Ademais, conclui-se que a desapropriação é um instituto de extrema complexidade, por se tratar de intervenção direta do âmbito público no privado diante do qual um cidadão cederá sua propriedade mediante indenização prévia, porém há um impasse entre os critérios de indenização prévia e a entrega da propriedade, pois existem dois critérios diante dos quais a Constituição, apesar de trazer o melhor conceito ao valor que será pago ao proprietário, o faz de forma aberta, deixando a tarefa de complementar à legislação e doutrina, no entanto, a legislação expõe um critério específico a ser usado que não acolhe de forma interina o valor justo ao qual a Constituição busca.

Assim, surge o questionamento sobre o que seria o supracitado 'valor justo', já que a depender de qual será o objeto de desapropriação, poderá haver ou não uma história de vida que envolve o tempo que aquele indivíduo passou naquele local, existindo, assim, uma carga emocional envolvida. Diante disso, há de se considerar que haverá um valor justo para cada caso concreto, pois àquele que está deixando sua casa, na qual construiu

40. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p.886.

memória e vínculos afetivos, deve constituir um determinado valor justo, enquanto que àquele proprietário que nem sequer visitava o imóvel receberá outro valor que será coerente ao seu caso específico⁴¹.

Porquanto, há de se concluir que o expropriado deve ter ampla tutela do poder público considerando que está entregando sua propriedade, local em que, em certos casos, o indivíduo firmou raízes e compôs relações de afeto, faz-se, portanto, necessário que haja considerável gama de respeito ao ato.

Dessa forma, a indenização deve ser, como bem diz a Constituição, justa diante da econômica atual para que haja forma daquele particular obter outro bem equivalente mantendo sua dignidade, assim o autor Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto acrescenta que “indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento”⁴².

A desapropriação apenas se consumará quando houver o devido pagamento da indenização⁴³. Dessa forma, enquanto não tiver efetuado o pagamento o Estado pode desistir, no entanto, terá que pagar os possíveis prejuízos ocorridos com o particular, sendo que eventual pagamento deve ser analisado perante ação judicial até mesmo para que o particular possa comprovar fundamentadamente os danos e o Estado pague indenização justa, equivalente ao dano se comprovado.

4. ATUAL CENÁRIO DA DESAPROPRIAÇÃO DIANTE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado está ligado diretamente ao instituto da desapropriação, principalmente no que lhe cabe à intervenção em âmbito particular⁴⁴. Pois, considerando que o princípio se molda de acordo com a sociedade e se constitui como base

41. *Ibid.*, loc. cit.

42. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.908-909.

43. CASTILHO, Marcela Cristina de. *Desapropriação: Conceito, Requisitos e Panorama geral*. Disponível em: <<https://mcristina.jusbrasil.com.br/artigos/146506504/desapropriacao>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

44. SANT'ANA, Gabriel. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Uma Concepção Moderna e Necessária*. Disponível em: <<https://gabriel dossantosribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/309379456/o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-uma-concepcao-moderna-e-necessaria>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

fundamental que deve ser seguida tanto pelo poder administrativo, quanto pelos demais, tem, assim, por obrigação a devida vigilância dos seus atos e as consequências que alcançarão a sociedade, pois os poderes se constituem em favor e através do povo e não o contrário.

O instituto da desapropriação traz consigo de forma implícita o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pois diante da ação de desapropriação se configuraria um ato da administração pública que se justificaria de acordo com a legalidade ou medidas de emergência, no entanto, “em todos os casos a ameaça ou a incorreta utilização de quaisquer destas prerrogativas podem ser judicialmente corrigidas, preventiva ou repressivamente, conforme o caso”⁴⁵.

Assim, é de clareza solar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, dependerá de vasto sopesamento de ambos os lados diante do caso concreto, ou seja, tanto o Poder Público, quanto o particular terão direito a expor seus argumentos, seja em defesa ou acusação, com o objetivo de justificar a medida de desapropriar tal propriedade. Como foi dito anteriormente não cabe ao Judiciário analisar o conceito ou sentido de utilidade pública, porém lhe cabe à análise de toda a estrutura do ato podendo considerá-lo inválido ou não.

Diante disso, faz-se essencial a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, tendo em vista que existe, tanto para o viés público, quanto para o âmbito privado, a possibilidade de requerer ao judiciário a devida consideração frente aos seus argumentos; exceto, quanto às questões expressamente dispostas que não cabem à análise do Poder Judiciário, como foi dito anteriormente, por exemplo, a questão da utilidade pública.

Assim, é perceptível a delicadeza do assunto ao se referir à desapropriação e ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado por englobar o Estado que já contém inúmeras obrigações e vai desapropriar um particular, o qual pode estar sendo sancionado ou apenas tendo que obedecer a uma força maior que é a necessidade da coletividade; sendo que a desapropriação será justa, contanto que haja a devida motivação, pois, o Estado deve tutelar cada particular de acordo com sua situação fática, já que cada caso possui sua particularidade e deve ser tratado de acordo com o respectivo caso concreto.

45. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.100.

Em consonância ao previsto na Constituição Federal em seu art. 5, XXIV, a prévia indenização se configura pelo impasse citado anteriormente diante do qual a solução mais acertada deve ser o equilíbrio entre a economia e a condição da anterior propriedade. Pois, o particular tinha até então uma propriedade, a qual se configura como direito fundamental do cidadão e deve continuar tendo essa propriedade, para tal o Estado deve pagar uma indenização que proporcione minimamente a anterior condição do indivíduo. Ou seja, será analisado o caso concreto para vincular a indenização ao caso concreto.

5. CONCLUSÃO

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado demonstra o âmbito de incidência do Estado sobre o particular, demonstrando que existem limites quanto à interferência do Estado sobre os cidadãos, em que não há como o Estado agir de maneira arbitrária usando o referido princípio como motivação devida sem limites. Há de se considerar que o princípio interpõe limites ao ordenamento para que haja uma prévia análise do que será feito, ademais isso está comprovado no leque de direitos compostos pelos cidadãos que podem intervir nas decisões da administração pública de forma justificada para que estas sejam analisadas e se comprovada sua necessidade, sejam efetivadas. Porém, não existe decisão da administração pública que seja baseada apenas na vontade e oportunidade do gestor público, sempre deve haver motivação.

Dessa forma, o instituto da desapropriação, por surgir com base no interesse público sobre o interesse privado, tem como obrigação vital a devida motivação. Pois, além de ser uma medida do Estado que, por sua essência, deve ter justificação também se caracteriza pela interferência em âmbito privado já que o particular terá que cumprir sanções.

Assim, surge dentre as diversas fases de incidência do instituto da desapropriação a indenização prévia que se configura pelo devido pagamento ao particular para que este ceda diante da necessidade do interesse público, ou seja, da coletividade, que terá como consequência para o particular a perda de propriedade. Sendo assim, o Estado tem como obrigação fundamental o devido pagamento da indenização àquele particular.

Porém, surge a discussão quanto a qual seria esse devido pagamento diante do qual a Constituição traz o princípio basilar que deve ser utilizado

para a construção do devido valor. Não obstante, a legislação demonstra especificamente qual seriam os critérios minuciosos a serem utilizados, no entanto, há casos em que o valor constituído pelos critérios da legislação está abaixo do valor merecido pelo particular.

Dessa forma, conclui-se que o interesse público se sobrepõe ao interesse privado a partir da análise de cada caso concreto. Nesse sentido, existem situações em que há a devida motivação e o particular perde sua propriedade, como no caso da aplicação do instituto da desapropriação, mas, então o Estado deve efetivar o pagamento da devida indenização, no entanto, para saber quais seriam os critérios para a devida indenização, é necessário analisar cada caso específico, para tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, podendo assim obedecer aos comandos dispostos na legislação e na Constituição Federal de 1988 que serão utilizados para construir um novo regulamento que alcance o maior número de casos e almeje o justo valor de indenização.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 02 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1-22.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.117-170.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- _____. Decreto – lei nº 3.365/1941, de 21 de junho de 1941. *Desapropriação por Utilidade Pública*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm> Acesso em: 03 nov. 2017.
- BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Pública e Direito Comunitário*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.
- CASTILHO, Marcela Cristina de. *Desapropriação: Conceito, Requisitos e Panorama geral*. Disponível em: <<https://mrcristina.jusbrasil.com.br/artigos/146506504/desapropriacao>>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. *Princípio da Separação de Poderes em Corrente Tripartite*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 03 nov. 2017.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014.
- NUNES, Dymaima Kyzzy. *As Gerações de Direitos Humanos e o Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7897>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº220, abril/jun., 2000, p. 69-107.
- SANT’ANA, Gabriel. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Uma Concepção Moderna e Necessária*. Disponível em: <<https://gabrieldossantosribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/309379456/o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-uma-concepcao-moderna-e-necessaria>>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23-116.
- SILVESTRE, Armando Araújo. *Feudalismo*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/feudalismo/>>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- SOUSA, Rainer. *Feudalismo*. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/feudalismo.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

GRAVAÇÕES CLANDESTINAS, INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E A SUA POSSÍVEL ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Felipe Souza Calmon de Almeida¹

Tássia Louise de Moraes Oliveira²

RESUMO: O presente trabalho examina a questão da admissibilidade/inadmissibilidade das gravações clandestinas e das interceptações telefônicas como meios de prova no processo civil brasileiro. Assim, realiza-se a diferenciação das referidas espécies probatórias, bem como são apresentadas as atuais posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da temática proposta, além de proceder à classificação das provas ilícitas e ilegítimas, sendo estas espécies do gênero prova ilegal. O objetivo desta pesquisa consiste na análise da admissibilidade tanto da gravação clandestina quanto da interceptação telefônica no âmbito processual, nos casos em que o direito tutelado pela prova em comento for de maior importância do que aqueles eventualmente violados quando da sua aquisição, com base no princípio da proporcionalidade. Visando alcançar os fins propostos, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, realizando-se levantamento bibliográfico e revisão da literatura especializada no tema, assim como empregou-se o método dogmático-normativo, a fim de se analisar os dispositivos legais que permitem a utilização das gravações clandestinas e interceptações telefônicas no bojo processual civil.

PALAVRAS-CHAVE: Gravações clandestinas. Interceptações telefônicas. Meios de prova. Admissibilidade probatória. Processo Civil.

ABSTRACT: This work discusses the issue regard the admissibility/inadmissibility of the clandestine recordings and the telephonic interceptions as evidence in the Brazilian civil. Thus, both species are

1. Felipe Souza Calmon de Almeida é especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia – Universidade Federal da Bahia (2014). Graduado em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa (2010). Advogado.
2. Tássia Louise de Moraes Oliveira é mestrandia em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa (2016). Advogada.

differentiated, and is presented the current doctrinal and jurisprudential positions about this subject, In addition to classifying the illegal and illegitimate evidence. The objective of this work, precisely, is to contribute to the admissibility of both the clandestine recordings and the telephonic interceptions as the civil procedural context, when the right protected by the proof under discussion is of greater importance than those eventually violated when its acquisition, based on the principle of proportionality. In order to reach the proposed ends, the hypothetical-deductive method was used, carrying out a bibliographical survey and review of the specialized literature on the subject, as well as the dogmatic-normative method, in order to analyze the legal provisions that allow the use of clandestine recordings and telephone interceptions in the civil procedural.

KEY-WORDS: Clandestine recordings. Telephonic interceptions. Means of proof. Probative admissibility. Civil Procedure.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Gravações clandestinas e interceptações telefônicas: diferenciação; 2 As gravações clandestinas e o seu valor probatório no Processo Civil brasileiro; 3 As interceptações telefônicas e o seu valor probatório no Processo Civil brasileiro; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

É direito das partes se valerem das provas para, processualmente, comprovarem a veracidade das alegações fáticas suscitadas em juízo. Por outro lado, o direito à prova, tal como os demais direitos fundamentais, não é absoluto.

Uma questão bastante discutida na comunidade jurídica brasileira é, justamente, se são admissíveis, no processo civil, as gravações clandestinas e as interceptações telefônicas. Trata-se de uma questão bastante controvertida, sobretudo quando percebemos que, se por um lado o ordenamento jurídico garante o direito à prova, ao contraditório e à ampla defesa, por outro, ao mesmo tempo, veda a produção das chamadas provas ilícitas.

Seriam, assim, as gravações clandestinas e as interceptações telefônicas espécies de provas ilícitas?

A questão das chamadas provas ilícitas é disciplinada, direta ou indiretamente, em diversas normas constitucionais e infraconstitucionais ao longo do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da constante no art. 5º, XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), que determina, sob pena de configuração de prova ilícita e

consequente rejeição processual, que:

Art. 5º [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Ao final do milênio passado, inclusive, foi editada a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (Lei das Interceptações Telefônicas), doravante denominada LIT, a qual regulamentou o referido inciso XII, parte final, do art. 5º da CF/88, disciplinando acerca dos requisitos de admissibilidade probatória das interceptações telefônicas, a qual será, juntamente com as gravações clandestinas, objeto de estudo do presente trabalho.

O objetivo deste artigo científico é, justamente, através do método teórico-jurídico e de uma análise científica das legislações, doutrinas e jurisprudências consultadas, verificar se, no Processo Civil brasileiro, as gravações clandestinas e as interceptações telefônicas são plenamente admissíveis para fins probatórios, ou se, por outro lado, configuram espécies de provas ilícitas.

Assim, no escopo de alcançar os fins propostos, serão estudadas as espécies probatórias da gravação clandestina e da interceptação telefônica, sua diferenciação doutrinária e seu valor probante no Processo Civil brasileiro; será consultada a LIT, que, conforme afirmado, regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF/88; e será ainda analisada a jurisprudência dos tribunais superiores acerca do tema, culminando nas conclusões do presente trabalho científico.

1. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: DIFERENCIAÇÃO

Gravação clandestina, como a própria nomenclatura já sugere, corresponde ao armazenamento de uma conversa/comunicação feita por um dos interlocutores (ou por um terceiro, com o consentimento desse), sendo considerada “clandestina” em vista de ser realizada sem o conhecimento do outro interlocutor.

A gravação clandestina, atualmente, não é considerada uma prática ilícita, haja vista a inexistência de previsão legal neste sentido.

Por sua vez, a interceptação telefônica é uma gravação feita por um terceiro sem o consentimento de quaisquer dos interlocutores, neste ponto residindo a sua diferença em relação à gravação clandestina.

A interceptação telefônica, quando não autorizada judicialmente, diferentemente da gravação clandestina, configura prática ilícita, por força do disposto no art. 5º, XII, da CF/88, combinado com a disciplina da LIT, a qual regulamenta o referido dispositivo constitucional.

2. AS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E O SEU VALOR PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A gravação clandestina, conforme supramencionado, é, em sentido amplo, o registro em arquivo de dados da conversa/comunicação entre duas ou mais pessoas, captada e armazenada por uma delas (ou por terceiro, com seu consentimento), sem que o outro interlocutor o saiba.

A gravação clandestina, assim, nos termos do conceito apresentado, pode ser feita através de duas formas:

- a. Ou um dos interlocutores realiza a gravação por si mesmo (gravação clandestina *stricto sensu*).
- b. Ou um terceiro, autorizado por um dos interlocutores, realiza a gravação (escuta telefônica).

Em outras palavras, a gravação clandestina em sentido estrito ocorre quando um dos interlocutores, diretamente, efetua a gravação da comunicação, sem o conhecimento de pelo menos um dos demais; ao passo que a escuta telefônica corresponde à captação da comunicação através de um terceiro, com o consentimento de um dos interlocutores envolvidos na comunicação e com o desconhecimento de pelo menos um dos demais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 161053-SP, diferenciou as modalidades interceptação, escuta e gravação telefônica, senão vejamos:

GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA ENTRE O PACIENTE, ADVOGADO, E SUA CLIENTE EFETUADA POR TERCEIRO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SIGILO VIOLADO. ILICITUDE DA PROVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. **1. A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. 2. A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro.** 3. Na hipótese, embora as gravações tenham sido implementadas pelo

esposo da cliente do paciente com a intenção de provar a sua inocência, é certo que não obteve a indispensável prévia autorização judicial, razão pela qual se tem como configurada a interceptação de comunicação telefônica ilegal. 4. O fato da esposa do autor das interceptações – que era uma interlocutora dos diálogos gravados de forma clandestina – ter consentido posteriormente com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato, pois no momento da gravação não tinha ciência do artifício que foi implementado pelo seu marido, não se podendo afirmar, portanto, que, caso soubesse, manteria tais conversas com o seu advogado pelo telefone interceptado. 5. Aplicação da norma contida no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.11.690/08. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar a nulidade das escutas telefônicas realizadas em detrimento do paciente, determinando-se o seu desentranhamento dos autos. (STJ. HC 161053-SP. Relator(a): Min. Jorge Mussi. Julgamento: 27/11/2012. Órgão Julgador: Quinta Turma. Acórdão Eletrônico). (Grifos acrescidos).

Dentro do conceito de gravação clandestina *lato sensu*, costuma-se falar mais costumeiramente na gravação telefônica e na gravação ambiental (pessoal). Contudo, para fins de sua configuração, pouco importa o meio e o modo pelo qual a mesma é realizada, havendo gravação clandestina, também, via correio eletrônico ou qualquer outro meio que se enquadre no conceito geral antes mencionado.

Ademais, como visto anteriormente, a gravação clandestina da conversa/comunicação em arquivo de dados, seja ela efetuada pelo próprio interlocutor ou por terceiro autorizado por aquele, atualmente não é considerada prova ilícita. Assim entendem, por exemplo, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery³, que defendem que:

Gravação feita por quem participou da conversa gravada. Admissibilidade como prova. Não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do CPC 383, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte [...].

Inobstante tal entendimento, por amor ao debate, cumpre fazer referência à doutrina que não admite a produção processual das gravações clandestinas, da qual discordamos. A esse respeito, Alexandre Freitas

3. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código de Processo Civil Comentando e legislação extravagante. 8ª Ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pág. 796.

Câmara⁴ sustenta que:

Por fim, não se pode esquecer da questão das gravações de diálogos. Estas podem ser *consentidas* (quando autorizadas por todas as pessoas que estejam sendo gravadas), as quais são comuns quando se pretende documentar as tratativas orais para a celebração de um contrato [...] e que podem ser utilizadas no processo porque obtidas licitamente; e *clandestinas* (gravações feitas sem que uma ou mais das pessoas gravadas tivesse conhecimento da gravação), e que não podem ser usadas como prova por violarem a garantia da intimidade dos indivíduos. Estas, portanto, serão tidas como inexistentes quando levadas aos autos como prova de alguma alegação sobre matéria de fato.

A jurisprudência pátria, por sua vez, visualiza a gravação clandestina como espécie lícita de prova, destacando-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), senão vejamos alguns julgados abaixo transcritos:

PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. **Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.** (STF. RE 402717-PR. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 02/12/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Acórdão Eletrônico. Divulgação no DJe: 12/02/2009. Publicação no DJe: 13/02/2009). (Grifos acrescidos).

PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPROVAÇÃO TARDIA DE TEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELO TRIBUNAL PLENO NO RE 626.358 AGR, MIN. CEZAR PELUSO, DJE DE 23/08/2012. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA DECISÃO QUE DÁ PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL QUE DISCUTE O PRÓPRIO CONHECIMENTO DO RECURSO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES.

4. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, pág. 416.

LICITUDE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO PROVA EM PROCESSO JUDICIAL. PRECEDENTES. 1. É pacífico na jurisprudência do STF o entendimento de que não há ilicitude em gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial. 2. O STF, em caso análogo, decidiu que é admissível o uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro (RE 583937 QO-RG, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, DJe de 18-12-2009). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. AI 602724-PR. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgamento: 06/08/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Acórdão Eletrônico. Divulgação no DJe: 21/08/2013. Publicação no DJe: 22/08/2013). (Grifos acrescidos).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO NO RE 583.937-QO-RG. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. FLAGRANTE PREPARADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. 1. O flagrante preparado, quando afastada sua caracterização pelas instâncias ordinárias, encerra a análise do conjunto fático-probatório constante dos autos. Precedente: AI 856.626-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma. 2. É lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial, conforme reafirmação da jurisprudência desta Corte feita pelo Plenário nos autos do RE nº 583.937-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18/12/2009. 3. O prequestionamento da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário. 4. As Súmulas 282 e 356 do STF dispõem, respectivamente, verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não podem ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. 5. In casu, o acórdão recorrido assentou: PENAL E PROCESSO PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA. ARTIGO 343 DO CP. FLAGRANTE ESPERADO. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR PARTE DE UM DOS INTERLOCUTORES. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ARTIGO 344 DO ESTATUTO REPRESSIVO. AUSÊNCIA DE PROVAS. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DAS PENAS. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. AGRAVANTE. ARTIGO 61, II, ‘B’, DO CÓDIGO PENAL. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. PERDA DO CARGO. 6. Agravo regimental DESPROVIDO. (STF. ARE 742192-SC.

Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 15/10/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Acórdão Eletrônico. Divulgação no DJe: 28/10/2013. Publicação no DJe: 29/10/2013). (Grifos acrescidos).

A licitude da gravação clandestina, como se infere dos julgados acima transcritos, é a regra. Contudo, como toda e qualquer regra, admite exceções, situações nas quais a gravação clandestina (seja a propriamente dita, seja a mediante escuta) não será processualmente admitida como prova.

Assim sendo, constituem exceções à regra da admissibilidade da gravação clandestina situações, por exemplo, que decorram de certas relações profissionais ou ministeriais (ex: advogados, padres, pastores), de particular tutela da intimidade ou de outro valor jurídico superior.

No que pertine às referidas exceções, no seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 402717-PR, acima transcrito, o então Ministro Cezar Peluso esclareceu que:

[...] não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior.

Nesses casos, com base no entendimento anteriormente exposto, exceção pontual à regra da admissibilidade probatória da gravação clandestina no processo civil, essa, apesar de lícita, seria considerada inadmissível no processo, haja vista a quebra de relação específica de sigilo, decorrente de relações profissionais ou ministeriais, “de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior”, parafraseando o ministro.

Entendemos, por exemplo, que a gravação clandestina de uma conversa entre cônjuges, por meio da qual se obtém uma confissão de adultério, não seria ilícita, sendo, também, moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificarem a sua adoção, pelo cônjuge traído, em perfeita consonância com os termos do art. 369 do Código de Processo Civil (CPC).

Assim sendo, em um processo de divórcio baseado em adultério, por exemplo, nos quais, via de regra, a prática anticonjugal combatida é de difícil e tormentosa comprovação, haveria um nítido conflito entre dois postulados constitucionais: de um lado a intimidade e a privacidade

do cônjuge adúltero, do outro o direito à prova e, sobretudo, à dignidade humana do cônjuge adulterado.

Chegaríamos, portanto, a duas conclusões favoráveis à admissibilidade probatória da gravação clandestina (seja ela de qualquer espécie) nesses casos:

- a. Com base na doutrina e na jurisprudência do STF, seria a mesma, regra geral, considerada lícita e plenamente admissível no processo, desde que não violasse sigilos profissionais ou ministeriais, ou outro valor jurídico superior.
- b. Por outro lado, entendemos que, ainda que houvesse violação aos referidos sigilos ou a outro valor jurídico superior, seria possível a sua admissibilidade no processo, a depender do caso concreto, com base nos critérios do princípio da proporcionalidade, sopesando-se os valores constitucionalmente protegidos eventualmente violados e verificando-se qual deverá prevalecer, através da técnica da ponderação de interesses.

Ademais, convém salientar que a admissibilidade processual da prova ilícita, mesmo que dependente desse exercício de ponderação, apenas será presente quando a prova que foi colhida, o foi por não existir qualquer outro meio de prova que pudesse demonstrar os fatos em juízo.

Em outras palavras, reitere-se que somente será admissível a prova ilícita no processo quando for ela a **única** capaz de evidenciar, demonstrar, o fato pertinente e relevante para a tutela de um determinado direito que, no caso concreto, merece ser protegido, ainda que em detrimento de outro. Diverso não é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio da Cruz Arenhart⁵, que ensinam que:

Especificamente em relação à prova ilícita no processo civil, como já demonstrado, o conflito pode se dar entre o direito fundamental material que se deseja ver tutelado através do processo e o direito fundamental violado pela prova ilícita. Trata-se de colisão entre dois direitos fundamentais igualmente dignos de tutela, que não foram, nem poderiam ser, objeto de prévia ponderação normativa ou de hierarquização. [...] *O uso da prova ilícita poderá ser admitido, segundo a lógica da regra da proporcionalidade e como acontece quando há colisão entre princípios, conforme as circunstâncias do caso concreto.* [...] Quando se pensa na regra da proporcionalidade nesses casos, há sempre que se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger através da prova ilícita. Após, *verificar-se se havia outra prova*, além da obtida de forma ilícita, capaz de demonstrar as alegações em juízo. E, por último, analisar de

5. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio da Cruz. Manual do Processo do Conhecimento. 5ª Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, págs. 396-397.

que modo a prova ilícita determinou a violação do direito e, especialmente, se existe a possibilidade de limitação ao direito violado quando observados determinados requisitos legais, uma vez que a violação de um direito que sequer admite restrição legal é mais grave que a violação de um direito que pode ser objeto de restrição. Assim, há distinção entre a obtenção de um testemunho mediante tortura e a escuta ilícita de uma conversa telefônica [...].

Portanto, defendemos ser admissível a gravação clandestina no processo civil (prova lícita, via de regra), ainda que considerada inadmissível em vista de eventual violação de relação profissional ou ministerial ou de outro valor jurídico superior (entendimento do STF), desde que, analisadas as especificidades do caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação de interesses, se verifique a necessidade, adequação e proporcionalidade na produção da mesma.

3. AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E O SEU VALOR PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A interceptação telefônica, conforme visto anteriormente, corresponde à captação da comunicação entre duas ou mais pessoas, realizada por um terceiro, sem o conhecimento de quaisquer dos interlocutores, e constitui prática ilícita desde que realizada sem autorização judicial e fora dos termos constitucionais (art. 5º, XII, CF/88) e infraconstitucionais (LIT) retromencionados.

A respeito da ilicitude das interceptações telefônicas e da sua respectiva inadmissibilidade probatória no âmbito processual civil, Alexandre Freitas Câmara⁶, se valendo das nomenclaturas “escuta telefônica”, “escuta clandestina” e “grampo” (referindo-se ao que nomeamos de “interceptação telefônica”, vide distinções conceituais vistas anteriormente), leciona que:

Outro ponto que pode gerar alguma controvérsia é o da escuta telefônica. Se por um lado parece óbvio que a escuta clandestina, ou “grampo”, é ilícita, por outro, há que se verificar a possibilidade de determinação judicial para a gravação de conversas telefônicas. A Constituição da República é bastante clara ao limitar o poder do juiz de fazer tal determinação à instrução criminal (art. 5º, XII). Parece, assim, obviamente afastada a possibilidade de utilização da escuta telefônica, ainda que autorizada, como meio de prova no processo civil.

Outrossim, antes de verificarmos se é admissível ou não, no processo

6. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, pág. 416.

civil, a prova colhida mediante interceptação telefônica, cumpre discorrer, brevemente, acerca do quanto disposto na Lei das Interceptações Telefônicas, a qual regulamenta o inciso XII, do art. 5º, da CF/88.

A LIT, regulamentando o referido dispositivo constitucional, incide tão somente em relação às interceptações telefônicas, isto é, não trata das gravações clandestinas *stricto sensu* nem das escutas telefônicas, as quais, haja vista a ausência de legislação a respeito, demandam a atenção do intérprete e operador do Direito, no sentido de analisar seus efeitos jurídicos, conforme já analisado no capítulo anterior.

Será tratado, doravante, acerca dos principais dispositivos legais da LIT (e não de todos, exaustivamente), para fins de melhor elucidação da matéria, visando à conclusão acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade da interceptação telefônica no âmbito processual civil. Outrossim, logo em seu art. 1º, *caput*, a LIT determina que:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Do dispositivo legal em comento revelam-se os pressupostos necessários à admissibilidade probatória da interceptação telefônica, quais sejam:

- a. Investigação criminal e/ou instrução processual penal, logo, tal espécie probatória, via de regra, somente é admissível no âmbito investigativo ou processual penal, não o sendo, por conseguinte, no âmbito processual civil.
- b. Observância do disposto na LIT, isto é, a interceptação telefônica colhida somente será admissível como prova acaso atenda aos termos preconizados na referida lei.
- c. Autorização judicial expressa, sendo inadmitida, por óbvio, quando realizada sem autorização ou, ainda, quando autorizada por quaisquer outras autoridades (ex: delegado da Polícia Federal, membro do Ministério Público).

Em suma, para que seja admitida processualmente a interceptação telefônica – isto é, a captação de dados de uma comunicação entre duas ou mais pessoas, realizada por um terceiro e sem a autorização de quaisquer dos interlocutores – é necessário que: seja efetuada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, com atenção aos termos da LIT e devidamente autorizada pela autoridade jurisdicional competente.

Em seguida, dispõe o parágrafo **único** do art. 1º que “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.” Logo, também são abarcadas pela LIT as interceptações oriundas, por exemplo, da internet, e-mails, fac-símile, dentre outras.

Em seu art. 2º, *caput* e parágrafo **único**, a LIT traz mais quatro requisitos à admissibilidade da interceptação telefônica, quais sejam:

- a. Existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.
- b. A interceptação deverá ser o **único** meio disponível de prova.
- c. O fato a ser investigado deverá ser punido com pena de reclusão.
- d. Deverá ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados.

Quanto ao procedimento da interceptação telefônica, conforme se depreende dos arts. 3º e seguintes da LIT, o mesmo se coordena, em termos práticos, da seguinte forma:

- a. A interceptação pode ser determinada pelo magistrado *ex officio* ou mediante requerimento (da autoridade policial, na investigação criminal; ou do membro do Ministério Público, tanto na investigação criminal quanto na instrução processual penal).
- b. O juiz tem o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir sobre o pedido, de forma fundamentada, sob pena de nulidade.
- c. Deferida a interceptação, será a mesma mantida em segredo de justiça e atuada em apenso aos autos do inquérito policial ou do processo criminal. O auto de interceptação deverá conter todos os atos realizados, de que forma foram feitos e a transcrição das gravações. Somente terão acesso a tais informações o juiz, os auxiliares da justiça, o Ministério Público, as partes e seus procuradores⁷.
- d. A execução da diligência não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, podendo este ser prorrogável por, no máximo, igual período. Demais disso, à autoridade policial, executora da interceptação telefônica, é facultada a requisição de serviços técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos.

Em suma, eis o procedimento preconizado pela LIT para a realização das interceptações telefônicas.

Cumpra agora, já comentada brevemente a lei que regulamenta o

7. Nesta oportunidade, cumpre esclarecer que a quebra deste segredo, havendo a divulgação do conteúdo das gravações, bem como a realização de interceptação sem a devida autorização judicial, constitui crime apenado com reclusão, de dois a quatro anos, e multa, nos termos do art. 10 da LIT.

procedimento de interceptação telefônica, discorrer acerca de sua admissibilidade ou inadmissibilidade no Processo Civil brasileiro.

Inicialmente, não resta dúvida ser plenamente admissível a interceptação telefônica no **âmbito** processual penal, haja vista tudo quanto acima exposto, sendo tal prova perfeitamente compatível, sobretudo, com os ditames constitucionais, desde que respeitados todos os seus requisitos de procedibilidade.

Todavia, no que diz respeito ao **âmbito** processual civil, a regra, justamente, é a inadmissibilidade. Assim sendo, a princípio, tem-se que a interceptação telefônica realizada para fins civis, ainda que autorizada judicialmente, viola flagrantemente o art. 5º, XII, CF/88, haja vista não estar acobertada pela disciplina da LIT, a qual, conforme visto, somente autoriza a realização da interceptação telefônica nos **âmbitos** investigativo e processual penal.

Em regra, não existe justificativa legal que possa amparar a interceptação telefônica realizada para fins civis, ainda que autorizada judicialmente, sob pena de violação às garantias constitucionais do interceptado.

Outrossim, atualmente predomina o entendimento de que o legislador estabeleceu uma regra de natureza material (âmbito penal) e fez aí um corte na admissibilidade da interceptação telefônica, a qual viola direitos fundamentais muito relevantes (intimidade, privacidade), somente sendo admissível em casos excepcionais (dentro da esfera penal, para fins penais), conforme critérios de política legislativa.

Em outras palavras, percebe-se claramente que a intenção do constituinte foi permitir a interceptação telefônica apenas em caráter excepcional e no **âmbito** penal, seja para fins investigativos, seja para fins de instrução processual penal.

Contudo, no julgamento do HC nº 203405-MS, abaixo transcrito, o STJ, em decisão inédita no Brasil, reconheceu que tal medida também pode ser aplicada no **âmbito** processual civil. No caso em apreço, o juiz de primeira instância autorizou a quebra do sigilo telefônico de um pai que ocultou o filho menor, frustrando várias ordens de busca e apreensão, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. PROCESSO CIVIL. INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE CRIME. SUBTRAÇÃO DE CRIANÇA. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR

FUNCIONÁRIO DE COMPANHIA TELEFÔNICA, APOIADO EM ALEGAÇÕES REFERENTES AO DIREITO DA PARTE NO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE RESTRIÇÃO IMINENTE AO DIREITO DE IR E VIR. NÃO CONHECIMENTO.

1.- **A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. No entanto, o ato impugnado, embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2.- Não toca ao paciente, embora inspirado por razões nobres, discutir a ordem judicial alegando direito fundamental que não é seu, mas da parte processual. Possibilitar que o destinatário da ordem judicial exponha razões para não cumpri-la é inviabilizar a própria atividade jurisdicional, com prejuízo para o Estado Democrático de Direito. 3.- Do contexto destes autos não se pode inferir a iminência da prisão do paciente. Nem mesmo há informação sobre o início do processo ou sobre ordem de prisão cautelar. Ausentes razões que fundamentariam o justo receio de restrição iminente à liberdade de ir e vir, não é cabível o pedido de habeas corpus. 4.- Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 203405-MS. Relator(a): Min. Sidnei Beneti. Julgamento: 28/06/2011. Órgão Julgador: Terceira Turma. Acórdão Eletrônico. Publicação no DJe: 01/07/2011). (Grifos acrescidos).

O caso chegou ao STJ porque houve o questionamento acerca da possibilidade de aplicação da LIT no processo civil. Sustentou-se, também, que, se de um lado está o direito à privacidade e à intimidade daquele que terá seu sigilo quebrado, do outro existe a necessidade de se resguardar os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, dentre outros, do menor supostamente ocultado.

No mérito, o STJ negou a ordem por entender que não haviam indícios de que a liberdade dos impetrantes estivesse ameaçada.

Entretanto, no que tange ao ponto que interessa ao presente trabalho, foi reconhecida a possibilidade de aplicação da interceptação telefônica no âmbito processual civil, sob o argumento de que se deve proceder à ponderação de interesses constitucionais em conflito, sem que se possa estabelecer, a princípio, que a garantia do sigilo deva ter preponderância.

Portanto, o STJ adotou a aplicação da técnica da ponderação de interesses, através do princípio da proporcionalidade, para justificar a admissão da interceptação telefônica no processo civil, desde que dois ou mais direitos dignos de tutela estivessem em rota de colisão.

Assim, essa decisão do STJ rompeu uma barreira anteriormente

existente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo alvo de severas críticas por parte de alguns juristas, a exemplo de Luiz Flávio Gomes, que, em um artigo publicado em setembro de 2011, na rede mundial de computadores⁸, manifestou que:

A Terceira Turma do STJ, no dia 01.09.11, **admitiu a possibilidade de interceptação telefônica para fins civis, decretada por juízo cível. Em casos excepcionais, isso seria possível (STJ, HC 203.405).** A segurança do Estado de Direito está em fase de liquidação. [...] **A autorização de uma interceptação telefônica para fins civis, ainda mais quando decretada por juízo cível, viola flagrantemente, a CF (art. 5º, inc. XII), assim como a lei das interceptações (Lei 9.296/96, art. 1º).** Está fora da lei e da CF. DATA VENIA, é ato que faz parte do chamado “Estado subterrâneo” (que fica abaixo no nível da legalidade). Não há justificativa excepcional que possa amparar semelhante decisão. Isso somente seria possível se estivessemos num Estado de Exceção, quando então ficam suspensas algumas garantias constitucionais. Não consta que o Brasil esteja vivendo formalmente um Estado de Exceção. Disso eu não tomei ciência. Logo, as ordens constitucional e legal não podem ser quebradas sob nenhum pretexto. **Juízo cível não pode determinar, no exercício dessa jurisdição, interceptação telefônica. Somente o juízo competente para a ação criminal principal pode determinar interceptação telefônica (art. 1º, da Lei 9.296/96).** [...] A garantia da finalidade das interceptações telefônicas (somente são possíveis no campo penal – investigação ou ação penal) é absoluta. O legislador constituinte estabeleceu aí uma regra de proporcionalidade e fez um corte na sua admissibilidade (finalidade). **A interceptação telefônica envolve direitos fundamentais muito relevantes (intimidade, privacidade etc). Logo, só pode ser admitida em casos excepcionalíssimos, dentro da esfera penal (para fins penais).** Feita a demarcação constitucional, não pode o juiz reescrever a CF, exercendo poderes superiores aos dos constituintes. (Grifos acrescidos).

Embora não se discuta a licitude da interceptação telefônica no âmbito penal, garantida pela LIT, discutia-se e ainda se discute a sua admissibilidade no âmbito civil. Mas, conforme a jurisprudência firmada pelo STJ, sem precedentes no País, entendemos que a medida extrema se impõe, considerando-se, no caso concreto, a ponderação dos valores constitucionais em conflito, com base nos critérios da proporcionalidade.

No caso apreciado pelo STJ, estavam em conflito: o direito à intimidade do pai, suspeito de ocultação de menor; e os direitos fundamentais do menor, supostamente ocultado. Logo, o raciocínio construído pelo STJ

8. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19997/interceptacao-telefonica-para-fins-civis-ilegalidade-e-inconstitucionalidade>. Acesso em 26 maio 2017.

foi no sentido de admitir a interceptação telefônica, **único** meio de prova capaz de comprovar tal prática, tendo em vista que o Estado deve promover, com prioridade absoluta, a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 227, CF/88), prevalecendo tal valor em detrimento da intimidade do interceptado.

O próprio STJ, em julgado diverso, já em 1995, já havia firmado jurisprudência no sentido do entendimento doutrinário, pugnano pela necessidade de se levar em conta os bens jurídicos conflitantes, casuisticamente, à luz do princípio da proporcionalidade, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. **O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (Verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa.** A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. **Sempre e invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (exclusionary rule) também lá pede temperamentos.** Ordem denegada. (STJ. HC 3982-RJ. Relator(a): Min. Adhemar Maciel. Julgamento: 05/12/1995. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação no DJ: 26/02/1996). (Grifos acrescidos).

A respeito da questão, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁹, em consonância com a tese defendida no presente trabalho, argumentam que:

[...] é perfeitamente possível a quebra de sigilo telefônico para outras modalidades processuais, como o processo civil, bastando que o magistrado, no exercício do seu controle difuso de constitucionalidade, interprete e aplique adequadamente o inciso XII do art. 5º da Constituição. A Lei Federal nº 9.296/96 regulamenta a interceptação telefônica para fins de investigação criminal e de instrução processual penal. A despeito disso e dos seus inúmeros defeitos que contém, pode ser aplicada, no que couber

9. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. 9ª Ed. rev., amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 2, pág. 35.

e por analogia, às interceptações para fins de instrução do processo civil.

O entendimento do STJ, favorável à admissibilidade probatória da interceptação telefônica em sede processual civil, ao qual nos filiamos, pode parecer equivocado para alguns, cuja opinião, por amor à retórica, compreendemos e respeitamos, todavia, o mesmo está em perfeita consonância com a doutrina mais moderna, que defende a utilização do princípio da proporcionalidade nesses casos, sobretudo em vista de que inexistem direitos fundamentais absolutos.

CONCLUSÃO

Ante a tudo quanto até aqui exposto a respeito da admissibilidade da gravação clandestina e da interceptação telefônica no Processo Civil brasileiro, oportuno encerrar o presente trabalho com algumas conclusões.

Especificamente em relação à gravação clandestina, verificou-se que a mesma, em sentido amplo, corresponde ao registro em arquivo de dados da conversa/comunicação entre duas ou mais pessoas, captada e armazenada por uma delas ou por um terceiro, com o seu consentimento, sem que ao menos um dos interlocutores o saiba.

No que toca à sua admissibilidade ou inadmissibilidade no Processo Civil brasileiro, constatou-se que, atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional visualizam a gravação clandestina como espécie lícita de prova, destacando-se o entendimento do STF sobre a matéria.

Ademais, foi mencionado que tal entendimento não é unânime, existindo quem sustente a inadmissibilidade processual da mesma em situações excepcionais, com fulcro no quanto disposto na Carta Magna, pelo que nos posicionamos no sentido de que é possível admiti-la ainda assim, desde que, com base nos critérios da proporcionalidade e analisando-se o caso concreto e as suas peculiaridades, se verifique que os direitos materiais supostamente violados (via de regra, intimidade e privacidade) devam ser relativizados quando em rota de colisão com outros de maior importância.

A respeito da interceptação telefônica, verificou-se que a mesma corresponde à captação da comunicação entre duas ou mais pessoas, realizada por um terceiro, sem o conhecimento de quaisquer daquelas (neste ponto residindo a sua diferença em relação à gravação clandestina), constituindo prática ilícita, desde que realizada sem autorização judicial e fora dos termos

preconizados na CF/88 (art. 5º, XII) e na Lei nº 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas).

Conforme disposto na LIT, para ser admitida processualmente como prova, deve a interceptação telefônica, além de outros requisitos, ser realizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como ter sido devidamente autorizada pela autoridade jurisdicional competente.

Em outras palavras, percebe-se claramente que a intenção do legislador foi permitir a interceptação telefônica apenas em caráter excepcional e exclusivamente no **âmbito** penal, sendo, por conseguinte, inadmissível a sua produção no **âmbito** processual civil.

Todavia, no julgamento do HC nº 203405-MS, o STJ reconheceu que tal medida também pode ser manejada em sede processual civil, com base no princípio da proporcionalidade, desde que dois direitos dignos de tutela estejam em colisão, rompendo uma barreira anteriormente existente no ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente, sendo alvo de severas críticas por parte de uma parcela dos intérpretes e operadores do Direito.

Defendemos o entendimento de que a admissibilidade da interceptação telefônica, no **âmbito** processual civil, **é possível**, considerando-se o caso concreto e ponderando-se os valores constitucionais em conflito, bem como desde que seja o **único** instrumento capaz de provar o quanto sustentado pela parte que se aproveita processualmente da mesma, em vista de que, repita-se, inexistente direito fundamental absoluto.

Conclui-se o presente trabalho, portanto, no sentido de que, em relação à gravação clandestina e à interceptação telefônica, ambas constituem meios de prova admissíveis no âmbito processual civil sempre que o direito comprovado pelas mesmas se sobrepor ao direito violado em decorrência de sua obtenção, com base nos critérios do princípio da proporcionalidade, sobretudo quando representarem o único meio de prova capaz de evidenciar a veracidade de alegação fática absolutamente necessária para a tutela de um direito que, à luz das especificidades do caso concreto, deva prevalecer.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 maio 2017.

_____, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 26 maio 2017.

_____, Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da

Constituição Federal (**Lei das Interceptações Telefônicas**). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 26 maio 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 402717-PR**. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Acórdão eletrônico. Julgado em 02/12/2008. Divulgado no DJe em 12/02/2009. Publicado no DJe em 13/02/2009.

_____, Primeira Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 742192-SC**. Relator(a): Min. Luiz Fux. Acórdão eletrônico. Julgado em 15/10/2013. Divulgado no DJe em 28/10/2013. Publicado no DJe em 29/10/2013.

_____, Segunda Turma. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 602724-PR**. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Acórdão eletrônico. Julgado em 06/08/2013. Divulgado no DJe em 21/08/2013. Publicado no DJe em 22/08/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Habeas Corpus nº 161053-SP**. Relator(a): Min. Jorge Mussi. Julgado em 27/11/2012.

_____, Terceira Turma. **Habeas Corpus nº 203405-MS**. Relator(a): Min. Sidnei Beneti. Acórdão eletrônico. Julgado em 28/06/2011. Publicado no DJe em 01/07/2011.

_____, Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 3982-RJ**. Relator(a): Min. Adhemar Maciel. Julgado em 05/12/1995. Publicado no DJ em 26/02/1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 9ª Ed. rev., amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 2.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica para fins civis: ilegalidade e inconstitucionalidade**. Artigo elaborado em 08/2011 e publicado em 09/2011. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/19997/interceptacao-telefonica-para-fins-civis-ilegalidade-e-inconstitucionalidade>. Acesso em 26 maio 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio da Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 5ª Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código de Processo Civil Comentando e legislação extravagante**. 8ª Ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA COMO CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA IMAGEM E PRIVACIDADE NA INTERNET À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Géssica Yasmin Dapik Bulhões Carvalho¹

Resumo: O presente artigo tem como finalidade demonstrar a possibilidade de responsabilizar civilmente um indivíduo por conta de publicações feitas na internet que ensejam na violação de direitos inerentes à personalidade, quais sejam, os direitos à imagem e à privacidade. Através da análise dos dispositivos trazidos pelo Código Civil de 2002, bem como por meio da doutrina e jurisprudência, verifica-se que a responsabilidade imputada aos autores das publicações e/ou compartilhamentos será, em regra, subjetiva, devendo-se verificar a existência de negligência, imperícia ou imprudência na conduta. Neste contexto, os autores destas publicações, sejam estas de conteúdo humorístico, como é o caso dos famosos “memes”, ou (supostamente) informativo, acreditam que estão sob a guarida de liberdades constitucionais como a liberdade de expressão e informação, entretanto, a imagem e a privacidade de um indivíduo, embora possam ser objeto de cessão parcial, também são objeto de proteção constitucional, o que torna inviável o referido argumento. Diante disto, presentes os requisitos da conduta, nexos de causalidade, dano e culpa, fica caracterizada a responsabilidade civil devendo o autor das publicações indenizar a vítima.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Imagem. Privacidade. Internet.

Resumen: El presente artículo tiene como finalidad demostrar la posibilidad de responsabilizar civilmente a un individuo por cuenta de publicaciones hechas en Internet que plantean la violación de derechos inherentes a la personalidad, cuales son, los derechos a la imagen y a la privacidad. A través del análisis de los dispositivos traídos por el Código Civil de 2002, así como por medio de la doctrina y

1. Advogada, possui como área de atuação o Direito Civil. Graduada em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa – Devry (2016.2). Pós-Graduada LL.M (Master of Laws) em Direito Corporativo pelo IBMEC. www.gessicabulhoes.com.br

jurisprudencia, se verifica que la responsabilidad imputada a los autores de las publicaciones y / o compartimentos será, por regla general, subjetiva, debiéndose verificar la existencia de Negligencia, impericia o imprudencia en la conducta. En este contexto, los autores de estas publicaciones, sean estas de contenido humorístico, como es el caso de los famosos “memes”, o (supuestamente) informativo, creen que están bajo la guarida de libertades constitucionales como la libertad de expresión e información, sin embargo, La imagen y la privacidad de un individuo, aunque puedan ser objeto de cesión parcial, también son objeto de protección constitucional, lo que hace inviable el referido argumento. En este sentido, los requisitos de conducta, relación de causalidad, daño y culpa, se caracterizan por la responsabilidad civil y el autor de las publicaciones debe indemnizar a la víctima.

Keywords: Responsabilidad civil. Imagen. Privacidad. Internet.

1. INTRODUÇÃO

A *Internet* como sendo um universo virtual, possui inúmeras formas de interação e compartilhamento de informações através de seus usuários. Um dos meios *tecnológicos* onde ocorrem com mais frequência as violações aos referidos direitos da personalidade são as redes sociais.

As redes sociais são comunidades virtuais, onde os usuários se conectam com os demais com a finalidade de compartilhar gostos em comum, ou até mesmo detalhes do dia-a-dia. Este mundo virtual tem se tornado parte fundamental da vida do homem médio, de maneira que, ao simplesmente caminhar pelas ruas, é possível avistar uma quantidade significativa de pessoas que estão acessando e interagindo entre si virtualmente.

Ademais, os demais meios de comunicação, como revistas e jornais, têm se adaptado à sensível mudança do público em preferir consumir seu produto através da internet em seus computadores e *smartphones*.

Ocorre que, conforme será demonstrado no presente artigo, a internet e, principalmente, as redes sociais por vezes ultrapassam o objetivo do entretenimento e a característica de ser uma ferramenta de lazer, chegando ao ponto de se tornar uma verdadeira arma capaz de trazer graves prejuízos. Muitas são as maneiras de usar o universo virtual de forma negativa, entretanto, o foco deste artigo é a exposição indevida de terceiros e, por conseguinte, a violação dos direitos da personalidade, mais especificamente o direito à privacidade, à imagem.

Por fim, surge a Responsabilidade Civil como consequência desta

conduta, caracterizada pelo ato ilícito causador de um dano, através da análise dos dispositivos do Código Civil de 2002.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 tem como valor fundamental o princípio da dignidade humana, esta característica antropocentrista da Carta Magna, além de assegurar o direito à vida, busca garantir a dignidade desta.

Pautados no referido princípio, os direitos da personalidade buscam salvaguardar a dignidade do indivíduo quanto pessoa garantindo-lhe premissas desde o momento do seu nascimento até o momento posterior à sua morte. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal², o termo “pessoa” compreende todo o indivíduo que, ativa ou passivamente, é titular de direitos e deveres.

Neste ensejo, o Código Civil de 2002, intitulado pela Doutrina como Novo Código Civil, trouxe uma inovação em seu teor, deixando para trás a característica patrimonialista do código de 1916, demonstrando, através de um capítulo inteiramente dedicado aos direitos à personalidade, a preocupação do legislador em tutelar direitos inerentes à pessoa natural, aderindo assim à característica antropocentrista da Constituição Federal.

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³ conceituam os direitos da personalidade como “aqueles que tem por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Os direitos da personalidade possuem caráter extrapatrimonial, garantindo a proteção ao âmago do ser humano, não atribuindo a estes valores monetários, mesmo que haja a previsão de indenização como consequência do dano, não é possível valorar através de números a dignidade de alguém. Correlato à característica extrapatrimonial está a característica da impenhorabilidade que assegura a impossibilidade de os direitos da personalidade virem a ser objeto de penhora.

Neste ensejo, os direitos inerentes à personalidade possuem demais características próprias. São direitos absolutos e gerais, tendo em vista o efeito *erga omnes*, ou seja, seus efeitos abrangem a todas as pessoas indistintamente, contemplam a todos pelo simples fato de o indivíduo ser, simplesmente, uma pessoa. Possuem ainda como características a indisponibilidade e a

2. CHAVES, Cristiano e ROSENTHAL, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Juspodium. 11ª ed. 2013. Pg.169

3. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. Vol.1. São Paulo. Saraiva. 14ª ed. 2012. Pg 157.

irrenunciabilidade conforme o artigo 11º do Código Civil de 2002 que assegura que os direitos da personalidade são indisponíveis e irrenunciáveis, sendo vedada a limitação voluntária de seu exercício, com a observância das devidas exceções previstas em lei.

Desta forma, o sujeito não possui a faculdade de renunciar aquilo que, quanto pessoa é seu direito, entretanto, o caráter indisponível dos direitos da personalidade devem ser vistos de maneira relativa, assim, como asseveram Chaves e Rosenthal⁴, “ ao seu titular, admite-se, eventualmente, cessão de seu exercício, em determinadas situações e dentro de certos limites”. É o caso de uma atriz que cede a sua imagem para um anúncio publicitário, a cessão é para aquele fim e tão somente aquele, caso haja qualquer tipo de desvio pode ser configurado o dano.

Ademais, o limite da cessão de todo e qualquer direito da personalidade, como o da imagem por exemplo, deve estar pautado no princípio da dignidade da pessoa humana de maneira que, inclusive, não é permitida a cessão absoluta destes direitos, o que entraria em confronto com o referido princípio constitucional.

Dando seguimento, são imprescritíveis visto que não existe um prazo para que sejam exercidos. Não se pode confundir com a prescrição do pedido judicial de reparação, conforme o artigo 206, § 3º, V do Código Civil, esta prescreverá em três anos.

A vitaliciedade dos direitos da personalidade prediz a sua extinção no memento da morte do indivíduo titular, o que “confirma o seu caráter intransmissível. Falecendo o titular de um direito da personalidade, não haverá transmissão, extinguindo-se, automaticamente, a relação jurídica personalíssima.”⁵

Se faz mister o destaque de que, a característica intransmissível dos direitos inerentes à personalidade não impede que terceiros venham a requerer que cesse a ameaça ou a ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo que já faleceu. É o que estabelece o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil.

Isto posto, conclui-se que os direitos da personalidade, cujo titular é a pessoa quanto sujeito de direitos e deveres no ordenamento jurídico pátrio,

4. CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Juspodium. 11ª ed. 2013. Pg.181

5. CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Juspodium. 11ª ed. 2013. Pg 185.

gravitam em torno do princípio constitucional basilar da dignidade humana e que, suas características próprias e os dispositivos da lei civil buscam assegurar a efetivação deste princípio, buscando impedir e sancionar as eventuais violações a estes direitos.

3. DO DIREITO À IMAGEM E DA VIOLAÇÃO NA INTERNET

A imagem, conforme ensinam Stolze e Pamplona⁶ deve ser interpretada através do ponto de vista moral e não somente estético tendo em vista que os danos a este direito possuem efeitos mais severos no âmbito moral do que o físico propriamente dito. A doutrina classifica a imagem como retrato ou atributo, sendo estas respectivamente a imagem do aspecto físico do indivíduo e a que corresponde a exteriorização de sua personalidade perante a sociedade.

Visto isto, pode-se conceituar o direito à imagem como o direito de não ter sua imagem retrato ou atributo exposta ou vinculada a qualquer tipo de coisa sem que para tal haja consentimento. Maria Helena Diniz⁷ conceitua como “o direito de não ter sua efigie exposta em público ou mercantilizada sem seu consento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação.”

No direito pátrio existem dispositivos específicos que tutelam o direito à imagem, a Constituição Federal, antes das inovações do Novo Código Civil, já trazia a proteção à imagem, através do artigo 5º, incisos X e XXVIII, alínea “a”, que, respectivamente, garantem a inviolabilidade da imagem das pessoas e asseguram, nos termos da lei, a proteção à reprodução da imagem.

Neste sentido, o Novo Código Civil, ora vigente, trouxe a proteção ao direito à imagem por meio do artigo 20, *verbis*:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Necessário destacar que o dispositivo acima transcrito foi alvo de críticas por parte de Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal⁸, tendo em vista que

6. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. Vol.1. São Paulo. Saraiva. 14ª ed. 2012. Pg 187.

7. DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo. Saraiva. 15ª ed. 2010. Pg 66.

8. CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Juspodium. 11ª ed. 2013. Pg.245.

este, se interpretado *ipsi literis* concede guarida ao direito de imagem somente diante do dano à honra, boa fama, respeitabilidade, ou ainda se for destinado a fins comerciais, descaracterizando o ato ilícito caso a imagem viesse a ser veiculada “somente” sem autorização.

Diante disto, mister a análise do dispositivo da lei civil juntamente com a Constituição Federal que, através do artigo 5º, incisos V e X, garante a reparação pelo uso indevido da imagem sem que para tal venham a existir requisitos como os presentes no artigo 20 do Código Civil supra.

Neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 403 já se posicionou diante do impasse instalado pelo artigo 20 do Código Civil, decidindo que a indenização pelo uso indevido da imagem não depende de prova quanto ao dano, senão vejamos:

Súmula 403/STJ – Indepe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais

Conforme exposto *ab initio*, as redes sociais têm se tornado verdadeiras armas no que diz respeito à violação dos direitos inerentes à personalidade. Tornou-se usual deparar-se com fotos de desconhecidos, ou não, acompanhados de um longa dissertação, apelidada pelos usuários de “textão”, indicando que aquela pessoa havia praticado tal conduta ou expondo-a ao ridículo e, não obstante, o autor das publicações por muitas vezes pede para que sua mensagem seja compartilhada.

A *internet*, diante destas publicações virou, para muitos, um ambiente onde se expõe sem qualquer pudor um indivíduo, onde os usuários, em nome da liberdade de expressão, acreditam que podem proferir dizeres que muitas vezes são degradantes para as vítimas das publicações, além de poder causar-lhes constrangimento perante toda a sociedade.

Um caso recente que ocorreu em agosto de 2016, segundo reportagem da Revista Crescer *online*⁹ um usuário da rede *Twitter* estava em um aeroporto em Atlanta nos Estados Unidos, quando avistou uma mãe, sentada em uma cadeira usando seu celular, enquanto seu bebê dormia no chão. Vendo isto o autor da postagem tirou uma foto da cena, e publicou em sua página com os dizeres “Quem deixa um bebê no chão deste jeito?”. A

9. REDAÇÃO. Mãe deixa bebê no chão enquanto usa celular: A história por trás da foto. Revista Crescer. 15/08/2016. Disponível em < <http://revistacrescer.globo.com/curiosidades/noticia/2016/08/mae-deixa-bebe-no-chao-enquanto-usa-o-celular-historia-por-tras-da-foto.html>>. Acesso: 02/10/2016

imagem rapidamente se propagou para o mundo todo e os demais usuários de diversas redes sociais por onde a foto se espalhou publicaram uma série de comentários negativos a respeito daquela mulher.

Ocorre que, o usuário que propagou a informação não fazia ideia da real situação. Segundo a mesma reportagem, a vítima, por conta de um problema com a companhia aérea da qual era cliente, havia tido seu voo cancelado, sendo obrigada a passar a noite com seu filho no aeroporto e, por conseguinte, havia dormido no chão junto à criança. No momento da foto ela acabara de se levantar e tinha deixado seu filho dormir enquanto estava ao celular em contato com a empresa aérea buscando uma solução para o seu problema.

Desta forma, diante da propagação da imagem da vítima que, em tese, de acordo com o autor da publicação, praticava uma conduta negligente, isto é, com desleixo, falta de cuidado, pode-se vislumbrar não só um abalo à sua imagem retrato visto que a foto veiculada mostrava com clareza seu rosto e demais características que permitiam sua identificação, mas também à sua imagem atributo pelo fato de que, diante da publicação, a sua personificação perante à sociedade ficou maculada diante da suposta negligência praticada.

Conforme se vislumbra, as publicações em redes sociais que utilizam a gravura de terceiros sem seu consentimento para qualquer fim e, principalmente, para denegri-lo, seja através de acusações ou até mesmo de piadas de mal gosto, constituem clara violação ao direito à imagem que é garantido, inclusive, pela Carta Magna, estando o autor da postagem sujeito ao pagamento de indenização.

3.1. DA CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM

A característica indisponível do direito à imagem deve ser vista de maneira relativa tendo em vista que, dentro dos limites que prezem pela dignidade humana, este direito pode vir a ser cedido de maneira que não seja total e permanente.

A cessão pode se dar de maneira expressa ou tácita e ainda onerosa ou gratuita. Será expressa quando houver, por exemplo, um contrato entre as partes onde o indivíduo concorde em ceder sua imagem para determinado fim. É o caso do artista que posa para determinada revista com a finalidade de promover uma apresentação que fará em breve.

A anuência tácita ocorre através do comportamento do indivíduo, ele age como alguém que está concordando em ceder sua imagem, ele, o sujeito,

posa para as fotos e até faz performances para as câmeras dos encarregados pela cobertura de um evento, por exemplo.

Um exemplo comum desta forma de cessão ocorre nos eventos em locais públicos, como no carnaval de Salvador, onde os blocos, no final do período da festa e, por vezes, o próprio Município, fazem pequenos vídeos, muitas vezes de agradecimento, que serão exibidos nas principais redes de televisão onde o foco principal está no folião que adquiriu o *abadá* do bloco, ou naquele que está ali festejando em via pública sem vínculo com qualquer trio elétrico, agindo de maneira tal que dá a entender que concorda com a exibição de sua efigie.

Ocorre que, conforme mencionado anteriormente, a cessão do direito de imagem possui limites. O desvio da finalidade da exposição da imagem de terceiros já configura um dano. Por exemplo, um folião que, tacitamente, concordou em ter sua imagem no carnaval publicada em *sites* que fazem a cobertura do evento, é surpreendido com sua foto em um anúncio publicitário. Está caracterizado o desvio da finalidade, bem como a lesão ao artigo 20 do Código Civil e aos demais dispositivos constitucionais que tutelam este direito.

3.1.1. Do Direito à Imagem do *De Cujus*

Outra prática comum nas redes sociais, e até páginas sensacionalistas, é a exposição de imagens de pessoas mortas, onde muitas vezes o corpo encontra-se em estado perturbador.

Caso recente é o do ator Domingos Montagner que se afogou nas águas do Rio São Francisco¹⁰ durante último período de gravação da novela *Velho Chico* da qual era protagonista. Com sua morte, houveram diversas publicações na rede social *Facebook* e compartilhamento de fotos no *WhatsApp* de imagens que, segundo as pessoas que as compartilhavam, eram do corpo do ator¹¹.

Diante disto, houve polêmica quanto a veracidade das fotos, os usuários discutiam se era ou não o ator falecido naquelas imagens. Fato é que, sendo

10. Redação. Domingos Montagner, de Velho Chico, morre aos 54 anos. G1. 15/09/2016. Disponível em < <http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2016/09/domingos-montagner-morre-aos-54-anos.html>>. Acesso em 02/10/2016.

11. SANTANA, Igor. Suposta imagem do corpo de Domingos Montagner cai na web. Estadão Alagoas. 15/09/2016. Disponível em < <http://www.estadaoalagoas.com.br/nas-redes-sociais-circula-suposta-imagem-do-corpo-do-ator-domingos-montagner-que-interpreta-o-personagem-santo-na-novela-velho-chico-desaparecido-apos-mergulho-no-rio-sao-francisco/>>. Acesso em 02/10/2016.

ou não uma foto de Domingos, sua morte não autoriza que sua imagem seja exposta desta maneira.

Conforme visto, os direitos da personalidade são vitalícios, extinguem-se com a morte do indivíduo titular, entretanto, o artigo 12 do Código Civil prevê a possibilidade de exigir que cesse o dano à imagem e que, em se tratando de morto, o cônjuge e os parentes em linha reta ou colateral serão legitimados para fazê-lo, vejamos:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Neste ensejo, verifica-se a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, o dano à imagem do *de cuius* e à memória que este deixou como legado à sua família.

É diferente quando as fotos são tiradas para a realização de laudos periciais, existe um objetivo científico ou pedagógico em coletar estas imagens. Entretanto, o vazamento de imagens dos arquivos do Instituto Médico Legal, por exemplo, caracteriza o desvio da finalidade científica tornando-se em mero sensacionalismo sendo flagrante o dano que, muitas vezes, é causador de uma dor ainda maior para a família do *de cuius*.

Assim sendo, não é prudente fazer este tipo de publicação acreditando que pelo fato de o indivíduo estar morto não haverá qualquer espécie de sanção, tal premissa carece de verdade tendo em vista o artigo 12 da lei civil acima mencionado.

4. DO DIREITO À VIDA PRIVADA

O direito à privacidade e à intimidade, conforme preleciona Maria Helena Diniz¹², não se confundem, “mas esta pode incluir-se naquela por integrarem ambas o direito à vida privada”.

A intimidade remete aos aspectos pessoais, internos do indivíduo, é o direito de uma celebridade passar pelo luto sem ser incomodada, ou iniciar um relacionamento amoroso sem dar publicidade a isto. A privacidade por sua vez, diz respeito a aspectos externos como o direito que a mesma celebridade

12. DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo. Saraiva. 15ª ed. 2010. Pg 69.

tem de jantar com seu par em um restaurante sem ser importunada.

A tutela e proteção do direito à vida privada para Carlos Roberto Gonçalves¹³ “visa resguardar o direito das pessoas de intromissões indevidas em seu lar, sua família, [...] é o direito de estar só”

Em tempos de latente crescimento do universo virtual, os usuários das redes sociais em sua maioria, compartilham detalhes do seu dia-a-dia com seus contatos. Aplicativos como *Snapchat* e *Instagram*, por exemplo, tem como objetivo compartilhar pequenos vídeos e fotos que ficarão disponíveis para serem vistos por 24 horas, ou permanentemente, onde o usuário compartilha o que está fazendo naquele momento. Muitas celebridades utilizam este aplicativo para ficarem virtualmente mais perto de seus fãs e seguidores.

Assim sendo, o usuário concorda e tem o objetivo de expor sua vida privada a terceiros através dos aplicativos, e não são raras as polêmicas em torno de, por exemplo, fotos sensuais compartilhadas por pessoas famosas como a socialite norte americana Kim Kardashian. Kim e suas irmãs, o famoso “*Klā* Kardashian” são conhecidas por serem uma fábrica de polêmicas no que diz respeito à exposição de seus corpos e de suas vidas e, com isto, alcançam o lucro de milhões de dólares.

Não obstante, a família Kardashian possui um *reality show* próprio exibido no canal *E!* onde abrem as portas de suas casas mostrando praticamente toda a intimidade da família. De certo modo, pode-se afirmar que as Kardashian dispõem do seu direito à vida privada através da cessão de imagens onde mostram a intimidade da família.

Por outro lado, nem sempre as pessoas desejam ter a sua vida privada exposta para a coletividade. Não é difícil encontrar na internet publicações onde um cônjuge expõe o outro em situação vexatória por este ter sido infiel.

Em 2013 no Piauí, segundo informações do site G1¹⁴, uma menina de 17 anos foi encontrada morta em seu quarto após ter um vídeo íntimo no qual aparecia junto a mais uma menina e um menino exposto sem consentimento na internet, o vídeo fora compartilhado com diversas pessoas através do celular. Envergonhada, a menina cometeu suicídio.

Neste ensejo, o artigo 21 do Código Civil e o artigo 5º, X da Constituição

13. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol.1. São Paulo. Saraiva. 6ª ed. 2008. Pg 172.

14. REDAÇÃO. Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de “violação”. G1. 18/11/2013. Disponível em < <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html> >. Acesso: 04/10/2016

Federal asseguram a inviolabilidade da vida privada, intimidade e honra da pessoa natural. O ato de divulgar indevidamente um vídeo íntimo na internet entra em choque com estes dispositivos legais dilacerando a vida privada do indivíduo, sua imagem e sua honra.

Diante desta violência, como a vítima será vista por seus semelhantes e como esta passará a ver a si própria a partir reflexo da sua reputação deteriorada? Um ato irresponsável, conforme o caso acima exposto, pode comprometer toda uma família e, nestes casos, a indenização não será suficiente para suprir a dor da exposição e a dor da perda, eis que, como dito em linhas anteriores, a os direitos da personalidade tutelam o âmago do ser humano, sendo, portanto, extrapatrimonial.

4.1. A VIDA PRIVADA DAS “PESSOAS PÚBLICAS”

O termo “pessoa pública”, utilizado para se referir a celebridades ou pessoas que exerçam cargos de visibilidade pública, carece de sentido tendo em vista que, ao tornar uma pessoa efetivamente pública, ou seja, pertencente à coletividade, estariam sendo cerceados os direitos inerentes à personalidade. Deste modo, as chamadas “pessoas públicas” tornam, em verdade, públicos, determinados atos ou acontecimentos graças ao interesse que a coletividade possui em relação a estes em virtude da função que aquela pessoa “pública” desempenha.

Neste sentido, é importante tecer alguns comentários acerca da violação do direito à vida privada das pessoas notórias. Na rede social *Instagram*, por exemplo, é possível testemunhar a evolução das revistas de fofoca, perfis como *HugoGloss* e *NanaRude* que possuem, respectivamente, 7,3 milhões e 1,2 milhão de seguidores, tem como conteúdo a vida das celebridades nacionais e internacionais, como estes perfis existem inúmeros outros e, diante disto, encontram-se várias publicações onde os *paparazzi* e até mesmo os fãs conseguiram imagens da intimidade dos famosos e, por conseguinte as divulgam indiscriminadamente.

Ocorre que, mesmo havendo uma relativização mais considerável nos direitos da personalidade das pessoas notórias, estes jamais podem ser anulados. No caso das celebridades, dos profissionais vinculados à mídia, por exemplo, impende que seja levado em conta o interesse legítimo daquela divulgação e, muitas vezes somente a curiosidade da coletividade em relação à vida pessoal daquele indivíduo não a justifica e esta acaba sendo danosa.

Kate Middleton e o Príncipe William foram flagrados em um momento de intimidade durante as férias na França. A duquesa aparece fazendo topless à beira de uma piscina. Seus seios estamparam a capa da revista francesa *Closer* e, mais tarde, as demais revistas e redes sociais do mundo. Não há qualquer interesse coletivo que legitime esta publicação que, segundo transcreve a revista *Veja*¹⁵, chateou o casal em virtude da violação ao direito à privacidade.

Outro caso que ganhou notoriedade e que surtiu efeitos positivos na legislação brasileira foi o caso da atriz Carolina Dieckmann, de acordo com a reportagem do site Olhar Digital¹⁶, em maio de 2012 a atriz teve trinta e seis fotos onde aparece nua e em situação de intimidade propagadas pela internet por conta da ação de hackers em virtude de uma chantagem sofrida pela atriz.

Dieckmann, apesar de ser considerada uma pessoa pública, não tirou as fotos com o objetivo de leva-las a público, estas faziam parte da sua intimidade, e tão pouco há qualquer interesse coletivo nisto que justifique a propagação das imagens que a atriz queria guardar para si, não sendo prudente relativizar o direito à vida privada diante deste caso. Fato é que o caso culminou na edição da “Lei Carolina Dieckmann” que disciplina os crimes virtuais, suprindo uma lacuna no Código Penal brasileiro.

Desta forma, como assevera Cristiano Chaves¹⁷, a “utilização fora dos padrões sociais” das imagens das pessoas públicas possibilita a violação dos direitos personalíssimos da imagem e privacidade que, embora sejam munidos de maior relativização em relação ao “cidadão comum” não foram anulados em principal observância ao princípio da dignidade humana.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DA IMAGEM E DA PRIVACIDADE

O Código Civil de 1916 era simplista de modo que somente um artigo era destinado à previsão da responsabilidade civil. Deste modo, diante dos avanços constitucionais e da sociedade como um todo, fazendo jus ao caráter

15. REDAÇÃO. Kate Middleton aparece de *topless* em revista francesa. *Veja*. 14/09/2012. Disponível em < <http://veja.abril.com.br/entretenimento/kate-middleton-aparece-de-topless-em-revista-francesa/>>. Acesso: 22/10/2016.

16. KOHN, Stephanie. Caso de Carolina Dieckmann serviu de alerta, diz especialista em segurança. Olhar Digital. 17/05/2012. Disponível em < http://olhardigital.uol.com.br/fique_seguro/noticia/caso-da-carolina-dieckmann-serviu-de-alerta,-diz-especialista-em-seguranca/26235>. Acesso: 26/09/2016.

17. CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Juspodium. 11ª ed. 2013. Pg 256.

mutável do direito, o Código Civil de 2002, além de trazer inovações na tutela dos direitos da personalidade conforme já restou demonstrado, trouxe também alterações significativas no que concerne à responsabilidade civil.

Assim, ao contrário do código de 16 que trazia a responsabilidade civil predominantemente subjetiva, o Novo Código Civil vem, em 2002, com a modalidade objetiva da responsabilidade.

Neste ensejo, a Responsabilidade Civil tem como origem a necessidade de repressão e contraprestação das consequências que decorrem de atos praticados por aqueles que não agem em concordância com determinado dever jurídico que, consiste em, nada mais e nada menos do que uma conduta prevista através do direito positivo objetivando a harmonia social.

O dever jurídico pode ser tanto originário como sucessivo. Será originário quando houver a violação do dispositivo e sucessivo quando desta violação surgir o também dever de reparar o dano.

Podemos então dizer que a Constituição Federal através dos artigos que condizem à imagem e à privacidade anteriormente mencionados, traz para a sociedade, o dever jurídico originário de não violar a imagem alheia. Assim, aquele que não observa o referido dever estará sujeito aos efeitos da Responsabilidade Civil através de indenização que, por sua vez, será um dever jurídico sucessivo. Neste sentido, o Código Civil vigente, através do artigo 927, assegura que o indivíduo que vier a causar dano a outrem através de um ato ilícito, fica obrigado a repará-lo.

Diante disto, na visão de Cavalieri¹⁸, a Responsabilidade Civil pode ser conceituada como o zelo do Direito em relação aos atos ilícitos que impedem a harmonia social e que se chocam com o dever de não prejudicar ninguém, previsto no direito romano que serviu como base a todo o ordenamento jurídico pátrio. Impende destacar que, a responsabilidade civil tem como requisitos existência do ato ilícito proveniente de conduta voluntária e do nexo de causalidade entre este e o dano.

5.1. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade subjetiva, além dos requisitos do ato ilícito, nexo de causalidade e dano, está atrelada à culpa. A culpa será elemento subjetivo da conduta voluntária exteriorizada através de uma ação ou omissão.

18. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Atlas. 11ª ed. 2014. Pg. 13.

Dando continuidade, conforme visto anteriormente, a responsabilidade surge a partir de uma conduta voluntária, esta decorre da vontade humana, mas, nem sempre, o resultado da conduta é o esperado. Neste aspecto, a conduta pode ser tanto dolosa quanto culposa. O dolo e culpa como elemento subjetivo da conduta se diferem. Configura-se o dolo quando o indivíduo pratica determinada ação com intenção de obter determinado resultado, o dano.

No caso Carolina Dieckmann, onde a atriz teve suas fotos íntimas espalhadas pela internet através da ação de *hackers* fica evidente o dolo uma vez que o agressor teve a clara intenção de violar a privacidade e intimidade da atriz que foi vítima de chantagem.

A culpa, por sua vez, constitui na ação ou omissão a partir da vontade, sem a observância do dever de cuidado que corresponde à prática de atos de maneira a não causar dano a outrem, surgindo assim a conduta culposa.

5.2. ELEMENTOS DA CULPA

Conforme linhas pretéritas, a culpa tem como elemento a vontade do indivíduo sem que o resultado seja, de fato, voluntário. Neste sentido, para se falar de culpa não é pertinente que se deixe de lado os também elementos previsão, previsibilidade e a não observância do dever de cuidado que, por sua vez, dá ensejo à imperícia, imprudência ou negligência.

A previsão consiste no ato de vislumbrar mentalmente o resultado daquele ato, o sujeito está consciente das consequências que decorrem daquela ação ou omissão que está a praticar, mas, todavia, não deseja aquele resultado.

Para efeitos de previsibilidade, é importante que se leve em conta tanto o critério objetivo como o subjetivo. O primeiro diz respeito ao discernimento do homem médio que, em regra, age com cautela e de maneira diligente. O segundo, o critério subjetivo, diz respeito ao estado pessoal do sujeito, como o grau de cultura, por exemplo.

Assim, previsível é a possibilidade de previsão em virtude da experiência, dever de cuidado e diligência do homem médio cujo resultado, embora não vislumbrado mentalmente, poderia ter sido evitado com observância da devida cautela. A ausência da referida cautela enseja na incidência da negligência, imprudência e imperícia.

A negligência é a falta de observância da cautela através de uma conduta omissiva, a imprudência surge a partir da ausência do dever de cuidado

através da prática de determinado ato, é uma atitude comissiva que, por suposto, se opõe à omissão.

Assim sendo, o fato de que uma pessoa deixa de pedir autorização a outrem para o uso de sua imagem caracteriza a negligência enquanto que, o ato posterior de disponibilizar esta imagem para o público, caracteriza a imprudência. Estes dois elementos, ainda que opostos, uma vez que respectivamente dizem respeito à omissão e à ação, se complementam tendo em vista que o ato ilícito surge justamente da não observância de um dever jurídico e, por conseguinte, da ação que resulta no dano.

Por seu turno, a imperícia se caracteriza pela falta de cuidado durante o exercício de atividade técnica para a qual o agente está qualificado. É o caso da revista e dos perfis “jornalísticos” presentes no *Instagram* quando, por exemplo, veicularam em claro desrespeito ao direito à privacidade a imagem da Duquesa de Cambridge, Kate Middleton fazendo *topless* na piscina de um hotel junto ao Príncipe William.

Diante do exposto e conforme a doutrina de Sérgio Cavaliéri¹⁹, a culpa será uma “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”.

6. O DANO E O SEU RESSARCIMENTO

O dano pode ser patrimonial, ou seja, atinge o patrimônio material da vítima. É o caso de uma modelo que fora chamada para posar para determinada revista masculina em troca de proveito econômico e, às vésperas de seu ensaio, um terceiro divulga fotos em que esta aparece despida, fazendo cessar o interesse daquela revista, frustrando as expectativas financeiras da modelo. Não obstante o dano à imagem e, a depender da origem e situação das fotos, à privacidade da modelo, no caso em comento está caracterizada a perda de uma chance.

A perda de uma chance ocorre quando uma situação muito provável a acontecer e que garantiria à vítima determinado progresso ou lucro, deixa de ocorrer por conta da conduta de terceiro. Desta forma, o pedido da indenização em sede de responsabilidade civil não deverá somente incidir sobre o dano à moral da modelo, mas no aspecto material no que diz respeito ao

19. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Atlas. 11ª ed. 2014. Pg.50.

montante que esta deixou de perceber em virtude daquela conduta.

Por outro lado, em outra situação, é possível ainda verificar a necessidade do pedido quanto aos lucros cessantes, por sua vez, incidem sobre o patrimônio atual da vítima. É o caso de um cidadão comum que é demitido do seu emprego pelo fato de ter sido indevidamente publicada no *Instagram* por terceiros, por exemplo, uma foto onde este segura um objeto que aparenta ser um cigarro de droga ilícita.

Em ambos os casos é plausível o uso da teoria da razoabilidade de maneira que o magistrado ao arbitrar o ressarcimento deverá, no caso dos lucros cessantes observar a proporcionalidade e adequação do valor para ressarcir a vítima, levando-se em conta a real participação da conduta do autor do fato para o resultado que impediu a vítima de continuar a ter proveito econômico, causando-lhe diminuição em seu patrimônio presente.

No que concerne à perda de uma chance, a teoria da razoabilidade torna-se mais sensível na medida em que é mister observar quais eram, de fato, as reais chances de a vítima perceber determinado proveito econômico futuro.

Desta forma, o emprego da referida teoria visa evitar o enriquecimento ilícito por parte da vítima que, ainda que tenha sofrido um dano patrimonial, não pode receber além do que aquilo que lhe é, de fato devido.

O dano moral, em decorrência do antropocentrismo da Constituição de 1988, ora vigente, não pode ser conceituado somente como um dano que foge à esfera patrimonial, mas sim que busca o ressarcimento pela lesão à própria dignidade da pessoa humana.

Os direitos da imagem e da privacidade, além dos demais direitos inerentes à personalidade visam assegurar justamente o princípio da dignidade da pessoa humana garantindo ainda a harmonia das relações em sociedade. Desta forma, conforme a obra de Cavalieri²⁰, todo o dano que atinge aos direitos da personalidade constitui um dano moral sendo, por conseguinte, indenizável.

Neste ensejo, a Responsabilidade Civil tem como pressuposto o princípio da reparação integral que visa o reestabelecimento do *status quo ante* da vítima antes da incidência do dano, não obstante, o ressarcimento deve abranger o dano em toda a sua extensão, conforme o artigo 944 do Código Civil

20. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Atlas. 11ª ed. 2014. Pg. 106.

O que se extrai do dispositivo em comento é que a indenização jamais ultrapassará os limites do dano, não pode o dano moral servir como fonte de lucro. Nestes casos, o juiz tem a faculdade de reduzi-la. Ocorre que, em sede de direitos personalíssimos a característica extrapatrimonial destes torna cauteloso o arbitro de um valor condizente com a reparação do dano sofrido pela vítima da violação do direito à privacidade, à imagem, à dignidade humana.

Em virtude da chamada “banalização do dano moral”²¹, os magistrados têm reduzido as indenizações a título de dano extrapatrimonial. Ocorre que, ainda que existam casos esdrúxulos, os casos que merecem a devida atenção e, por conseguinte, reparação não devem estar sujeitos a condenações pífias que, por muitas vezes, banalizam a própria justiça.

O dano moral, além do caráter indenizatório, possui também aspecto punitivo no sentido de que é aconselhável que seja arbitrado de maneira que o agressor se sinta compelido a não praticar novamente, devendo ainda servir como exemplo para a sociedade.

Assim, para arbitrar a referida indenização, é mister que o magistrado atue com sensibilidade de maneira que seja possível balancear tanto a gravidade e extensão do dano como o caráter punitivo atribuído ao dano moral afim de que a indenização sirva ainda como uma maneira de coibir o autor e os demais a praticarem condutas como estas.

7. DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS VERSUS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Por vezes, um indivíduo acaba por violar direitos da personalidade de outrem acreditando que sua conduta está salvaguardada pelas liberdades constitucionais, porquanto liberdade de expressão ou informação.

A liberdade de expressão está pautada no aspecto subjetivo, não está atrelada a fatos verídicos, mas sim às ideias daquele que expressa suas convicções acerca de determinado assunto.

Neste ensejo, a Carta Magna garante, através do inciso IX do artigo 5º, *verbis*:

IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

21. SANTOS, Marina Pereira. A banalização do dano moral. 12/05/2011. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132982,61044-A+banalizacao+do+dano+moral>>. Acesso: 10/10/2016.

Por seu turno, a liberdade de informação lida com fatos concretos, estando adstrita à veracidade e à imparcialidade daquele que informa. Neste sentido dispõe a Constituição em seu artigo 220, *in verbis*:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição

Conforme se verifica, ambos os artigos garantem, em seu bojo, os referidos direitos sendo vedada a censura ou restrição. À primeira vista pode parecer controverso, entretanto ocorrerá o fenômeno da reserva qualificada da lei, esta assegura que as limitações aos dispositivos constitucionais se encontram no próprio bojo da Constituição. O parágrafo primeiro do artigo supramencionado ensina que nenhuma lei trará consigo dispositivos que venham a impedir o exercício daquele direito, entretanto devem ser observados os incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º e, dentre estes incisos está justamente a garantia da inviolabilidade da imagem e privacidade.

Desta forma, o ato de atribuir responsabilidade civil àquele que viola a imagem ou privacidade de outrem não pode configurar como desrespeito às garantias às liberdades constitucionais da expressão e informação.

Por suposto, o ato de infringir direitos personalíssimos em nome daquelas liberdades é ilícito conforme o artigo 187 do Código Civil, eis que configurado o abuso de direito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Imperioso destacar que o referido artigo abrange tanto a liberdade de expressão como à informação. Um indivíduo que divulga na *internet* uma foto comprometedoras ou não de outrem sem autorização e cria, por exemplo, o famoso “*meme*” abusa do seu direito de expressar-se sendo ainda flagrante a ausência dos limites impostos pela boa-fé. É previsível que aquela pessoa que está sendo exposta pode sentir-se ofendida, sendo a publicação imprudente pois que pautada em uma atitude comissiva.

O mesmo se aplica ao caso de Kate Middleton exposta fazendo topless em um hotel, qual o fim social-econômico que abrange a boa-fé e costumes em publicações desta natureza?

Desta forma, é mister a preponderância das liberdades constitucionais

junto aos direitos personalíssimos. Estas liberdades não podem se sobrepor ao direito do indivíduo de ter à sua vida privada ou sua imagem preservada.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se vislumbra, os direitos personalíssimos a exemplo do direito à imagem e privacidade são garantidos pela Constituição Federal e pelo Código Civil sendo possuidores de variadas características que demonstram a preocupação e esforço do legislador em tutela-los em todas as hipóteses e garanti-los em observância do princípio da dignidade humana, impedindo, inclusive a disposição total e a penhora daqueles direitos.

Ocorre que, é evidente a banalização e, por conseguinte, a fragilidade destes direitos personalíssimos diante de tantas publicações pautadas na liberdade de expressão e informação garantidas pela Constituição Federal.

A imagem ou a privacidade do indivíduo que tem destaque público ou não, jamais pode ser violada para mero deleite ou sadismo do corpo social que produz e consome este tipo de publicação, sendo igualmente reprovável a existência de sujeitos que obtêm proveito econômico infringindo dispositivos de Leis Federais.

Diante disto, presentes os pressupostos do da conduta imperita, imprudente ou negligente, nexos causal e, por conseguinte, o dano, o Código Civil estabelece, no capítulo próprio da Responsabilidade Civil, a obrigação que o protagonista da conduta ilícita causadora do dano possui em reparar a vítima.

Ainda que seja manifesta a necessidade de disseminar informações quanto à possibilidade de imputar ao autor das publicações danosas o dever de indenizar a vítima, a ausência destas informações não pode ser tomada como justificativa, uma vez que é evidente a previsibilidade do dano. Não é razoável que um indivíduo, munido-se da liberdade de expressão e informação, saia pelas ruas fotografando aos outros e expondo suas imagens na *internet* indiscriminadamente, sem qualquer pudor, deixando a vítima sujeita a todo e qualquer tipo de comentário ferindo não só a sua imagem-retrato como a imagem-atributo e, em determinados casos também à sua privacidade.

É imperiosa a cautela antes de publicar e compartilhar qualquer tipo de publicação que envolva a terceiros na internet. É imprescindível a preponderância entre o ato e o dano que este pode vir a causar, não somente para a vítima, mas para o autor das publicações e compartilhamentos no

que diz respeito à responsabilidade civil e, por conseguinte, o pagamento de indenização.

9. REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo. Atlas. 11ª ed. 2014.
- CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Juspodium. 11ª ed. 2013. Pg.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo. Saraiva. 15ª ed. 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol.1. São Paulo. Saraiva. 6ª ed. 2008.
- KOHN, Stephanie. **Caso de Carolina Dieckmann serviu de alerta, diz especialista em segurança**. Olhar Digital. 17/05/2012. Disponível em <http://olhardigital.uol.com.br/fique_seguro/noticia/caso-da-carolina-dieckmann-serviu-de-alerta,-diz-especialista-em-seguranca/26235>. Acesso: 26/06/2017.
- REDAÇÃO. **Domingos Montagner, de Velho Chico, morre aos 54 anos**. G1. 15/06/2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2016/09/domingos-montagner-morre-aos-54-anos.html>>. Acesso 29/06/2017.
- REDAÇÃO. **Kate Middleton aparece de topless em revista francesa**. Veja. 14/09/2012. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/entretenimento/kate-middleton-aparece-de-topless-em-revista-francesa/>>. Acesso: 26/06/2017.
- REDAÇÃO. **Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de “violação”**. G1. 18/11/2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>>. Acesso: 04/06/2017
- REDAÇÃO. **Mãe deixa bebê no chão enquanto usa celular: A história por trás da foto**. Revista Crescer. 15/08/2016. Disponível em <<http://revistacrescer.globo.com/Curiosidades/noticia/2016/08/mae-deixa-bebe-no-chao-enquanto-usa-o-celular-historia-por-tras-da-foto.html>>. Acesso: 04/06/2017
- SANTANA, Igor. **Suposta imagem do corpo de Domingos Montagner cai na web**. Estadão Alagoas. 15/09/2016. Disponível em <<http://www.estadaoalagoas.com.br/nas-redes-sociais-circula-suposta-imagem-do-corpo-do-ator-domingos-montagner-que-interpreta-o-personagem-santo-na-novela-velho-chico-desaparecido-apos-mergulho-no-rio-sao-francisco/>>. Acesso em 29/06/2017.
- SANTOS, Marina Pereira. **A banalização do dano moral**. 12/05/2011. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132982,61044-A+banalizacao+do+dano+moral>>. Acesso: 10/07/2017.

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA ANTECEDENTE NO CPC/2015 E A COISA JULGADA

Gabrielly Tamirys Barboza de Souza¹

RESUMO: A presente pesquisa destina-se à análise do atual regulamento da estabilização da tutela provisória de urgência, de natureza satisfativa, requerida em caráter antecedente nos moldes do CPC/2015. Para tanto, empreende uma análise geral sobre a tutela provisória de urgência satisfativa, abordando os seus requisitos legais de concessão, bem como o procedimento requerimento, em caráter antecedente, da tutela satisfativa. Analisa-se, por fim a estabilização dos efeitos desta tutela, perpassando por suas noções básicas, seus pressupostos, bem como sua interface (ou ausência desta) com a ideia de coisa julgada.

ABSTRACT: The theme proposed for study aims to investigate the current regulation on what concerns the stabilization of the provisional injunction, of satisfactory kind, that is required in a preliminary way, in agreement with the norms of the 2015 Code of Civil Procedure. For that, a general analysis is made towards the provisional injunction, of satisfactory kind, by broaching the substantive and procedural requirements for the preliminary granting of a satisfactory injunction. At last, it examines the stabilization of effects of said injunction, embracing its basic notions, its requirements and its connections with the idea of res judicata.

Palavras-chave: tutela provisória de urgência; tutela satisfativa; tutela satisfativa antecedente; CPC/2015; CPC/1973; estabilização; efeitos da tutela antecedente; coisa julgada.

SUMÁRIO 1. INTRODUÇÃO 2. A TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA ANTECEDENTE NO CPC/2015 E SUA ESTABILIZAÇÃO 2.1 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA 2.2 TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE 2.3 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATTISFATIVA

1. Graduada no curso de Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Estagiária da Vitor Lins Advogados Associados, inscrita na OAB/BA nº. 31.049E. <https://www.linkedin.com/in/gabrielly-souza/>

ANTECEDENTE 3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se das inúmeras inovações empreendidas pelo Código de Processo Civil/2015 no que tange à tramitação dos processos judiciais no nosso ordenamento, dentre elas identifica-se como uma das principais inovações a adoção da figura da estabilização dos efeitos da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, com previsão expressa no art. 304, deste diploma normativo.

A figura da estabilização dos efeitos da tutela antecipada e suas nuances, atualmente, são um dos grandes temas discutidos pela doutrina, e o já mencionado aspecto inovador da mesma contribui grandemente para o fomento dos debates que lhe circundam.

Inúmeras são as divergências doutrinárias no que diz respeito às consequências jurídicas da estabilização dos efeitos das tutelas provisórias concedidas em caráter antecedente. Atualmente discute-se, também, quais seriam os requisitos para configuração da mesma, o que abre margem para inúmeros posicionamentos acadêmicos, como se verá no antepenúltimo tópico.

É neste contexto, de ricos debates, que se percebe a importância de atentar para um problema específico relativo ao tema, que consiste em qual é a relação (ou ausência desta) que a estabilização guarda com o instituto da coisa julgada.

Nota-se uma aparente similitude entre os dois institutos mencionados, considerando que ambos possibilitam, ressalvadas as particularidades de cada um, uma imutabilidade, em maior ou menor grau, dos comandos decisórios proferidos pelos órgãos dotados de jurisdição.

A pretensão é a de identificar se a estabilização dos efeitos da tutela antecipada (e tão somente esta espécie de tutela provisória, a antecipada) antecedente se confunde com a figura da coisa julgada no ordenamento processual brasileiro.

Em caso positivo, indicando quais os pontos que configuram tal identidade integral de institutos, e em caso negativo, indicando os motivos que levam à tal conclusão. Tal identificação se faz necessária, considerando a importância que estes dois institutos têm na aplicação do Direito.

Esta pesquisa justifica-se considerando a repercussão prática negativa

que pode decorrer de uma aplicação equivocada destes dois institutos. Em outras palavras, é muito caro para o Direito a aplicação das consequências jurídicas corretas para cada instituto, especialmente por que estes relacionam-se diretamente com direitos fundamentais, como a segurança jurídica, a duração razoável do processo e o acesso à jurisdição.

É da grande relevância, ainda, que a sociedade – os jurisdicionados em si – conheçam os resultados jurídicos da estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente, bem como, da coisa julgada, para que tenham pleno entendimento dos motivos legitimadores da aplicação de determinada consequência jurídica que interfira na esfera jurídica dos mesmos.

É com isso em vista que esta pesquisa elucidará noções básicas acerca da tutela provisória de urgência antecipada/satisfativa, concedida em caráter antecedente, nos moldes do CPC/2015. Indicar-se-ão noções básicas desta espécie de tutela, fontes normativas, seus requisitos de concessão, bem como o procedimento para requerê-la.

Após estabelecer algumas noções básicas acerca da tutela satisfativa antecedente, serão abordadas as principais questões relativas à estabilização dos efeitos desta tutela quando concedida, trazendo a lume alguns posicionamentos acadêmicos contrapostos adotados por diferentes pensadores do direito processual civil hodierno.

Por fim, realizar-se-á uma análise conjugada dos institutos da estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente e da coisa julgada, para finalmente concluir a respeito da existência, ou não, de relação entre estes dois, bem como, para identificar se estes últimos se confundem ante a similitude das suas consequências jurídicas.

2. A TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA ANTECEDENTE NO CPC/2015 E SUA ESTABILIZAÇÃO

A tutela satisfativa, também conhecida como tutela antecipada, é uma das espécies da tutela provisória de urgência² e nos termos do art. 294, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) coexiste com a tutela cautelar, esta última que não será objeto de estudo nesta oportunidade, como já adiantado nas noções introdutórias. Esclarecedora

2. DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 645.

é a lição de Pontes de Miranda³ no que tange às funções destas espécies de tutela provisória, ao dizer que a tutela cautelar viabiliza uma garantia para futura satisfação de um direito, enquanto a tutela satisfativa viabiliza a satisfação imediata do direito para garantir o acesso a este direito.

A tutela provisória satisfativa, a rigor, é um verdadeiro adiantamento dos efeitos do direito que e pretende ter reconhecido ao fim do processo, seja ele o acesso a um bem da vida, ou qualquer outra coisa, consistindo, portanto, numa antecipação dos efeitos pretendidos no cenário da tutela definitiva⁴.

Em outras palavras, é dizer que diante da demonstração de atendimento aos pressupostos legais estabelecidos, o jurisdicionado poderá gozar imediatamente dos efeitos da tutela jurisdicional que pretende obter ao fim do processo.

A tutela antecipada não é uma novidade exclusiva do CPC/2015, considerando a existência de regulação desta espécie de tutela provisória pelo CPC/1973, mas deve ser considerada como relativamente nova⁵ visto que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a partir do ano de 1994, momento legislativo no qual até então só existiam a tutela cautelar e liminares específicas previstas para seletos procedimentos especiais.⁶

Como indicam Dierle Nunes e Érico Andrade⁷ a tutela de urgência satisfativa relaciona-se com a ideia de cognição sumária, que se contrapõe à ideia de cognição exauriente. Por ser objeto de cognição sumária, então, tem-se que a tutela de urgência satisfativa é concedida num momento processual no qual ainda não houve o exercício, com plenitude, da garantia fundamental do contraditório pela parte adversa.

Tal conclusão extrai-se da ideia defendida por José dos Santos Bedaque⁸ que define a cognição exauriente como aquela na qual o provimento jurisdicional vem depois do exercício do pleno contraditório, o que possibilita uma visão geral e completa por parte do órgão julgador, permitindo a prestação de uma tutela jurisdicional definitiva.

3. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 12, p. 14-15

4. *Ibidem, loc. cit.*

5. NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 8 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 428.

6. *Ibidem, loc. cit.*

7. NUNES. Dierle; ANDRADE. Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo cpc e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. *In: DIDIER JR. Fredie (Coord.) Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 75.

8. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência : (tentativa de sistematização)**. 4. Ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 120.

Ainda segundo as lições do referido autor, a cognição sumária é exatamente aquela na qual ainda não houve o exercício pleno do contraditório pela parte contrária, onde é emitido um juízo de probabilidade e não de certeza do direito pleiteado⁹, caracterizando a precariedade da tutela jurisdicional prestada nestes termos.

Como bem observado por Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves¹⁰ a tutela antecipada, assim como a sua estabilização, guarda uma forte relação com o princípio da duração razoável do processo¹¹.

Isto ocorre, especialmente por que o art. 4º, do CPC/2015¹², dispositivo que chancela a adoção do princípio da duração razoável pelo direito processual civil brasileiro, comporta uma preferência por uma eficiente distribuição do tempo do processo entre acionante e acionado, conforme indicam os autores acima mencionados.

Esta função preceituada pelo princípio da duração razoável do processo é atendida pela técnica da tutela de urgência antecipada que viabiliza a proteção imediata – desde que atendidos os requisitos legais – de direitos com fulcro em cognição não definitiva (sumária)¹³, o que gera um equilíbrio quanto à distribuição temporal no procedimento.

Em suma, como consta na obra de Humberto Theodoro Júnior, a tutela de urgência satisfativa é a técnica através da qual se impede que o tempo necessário à duração de todo o processo cause danos à parte que alega estar assistida de razão, o que denota uma preocupação do legislador com a ideia de equilíbrio na partilha do tempo dentro dos procedimentos¹⁴.

2.1. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA

O CPC/2015 estabelece para a concessão da tutela provisória, de urgência, de natureza satisfativa, dois requisitos que são comuns às duas

9. *Ibidem, loc. cit.*

10. CAMBI. Eduardo; NEVES. Aline Regina das. Duração razoável do processo e tutela antecipada. *In: SCARPINELLA BUENO, Cassio, [et.al.] (Coord.) Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

11. *Ibidem, p. 96.*

12. BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17. Jul. 2017.

13. CAMBI. Eduardo; NEVES. Aline Regina das. Duração razoável do processo e tutela antecipada. *In: SCARPINELLA BUENO, Cassio, [et.al.] (Coord.) Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97.

14. THEODORO JÚNIOR. Humberto. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7-9

espécies de tutela provisória de urgência (satisfativa e cautelar)¹⁵, bem como um requisito específico para a tutela satisfativa em si¹⁶.

Desta forma, pela previsão do art. 300, *caput* e §3º, do CPC/2015, tem-se que para a concessão da tutela de urgência satisfativa é imprescindível a demonstração de (a) existência de probabilidade do direito (b) existência de perigo na demora de acesso ao direito pretendido e (c) reversibilidade dos efeitos da tutela pretendida¹⁷.

É importante mencionar que o CPC/2015 fez uma alteração considerável quanto aos requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência em relação ao CPC/1973. Em verdade houve uma uniformização quanto aos requisitos, de forma que o novo diploma normativo estabeleceu no seu art. 300, dois requisitos que são comuns às duas espécies de tutela de urgência (cautelar e satisfativa), quais sejam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo¹⁸.

Tal alteração, por sua vez, já era aconselhada pela doutrina, que critica a diferenciação teórica feita pelo CPC/1973 entre as ideias de aparência do bom direito para a tutela cautelar (art. 798, do CPC/1973) e verossimilhança para a tutela antecipada (art. 273, do CPC/1973), indicando a grande dificuldade de diferenciação destes antigos institutos na prática¹⁹.

A probabilidade do direito, requisito que não é detalhado pelo dispositivo legal acima mencionado, via de regra é analisada com a ideia de verossimilhança das alegações do autor²⁰.

José dos Santos Bedaque²¹ antes da vigência do CPC/2015 falava na

15. Enunciado 143, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

16. DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 675.

17. BRASIL. *Op. cit.*

18. NUNES. Dierle; ANDRADE. Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo cpc e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. *In*: DIDIER JR. Fredie (Coord.) **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81.

19. BUENO. Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol 4. São Paulo: Sarai-va, 2009, p. 14-16.

20. VASCONCELOS. Ana Paula; VASCONCELOS. Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015. **Revista de Processo (RePro)**. Vol 263. Ano 42. São Pulo: Ed RT, jan. 2017, p. 125.

21. BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 335-336.

necessidade de verossimilhança dos fatos, o que envolve uma análise por parte do órgão julgador acerca das aduções da parte que requer a concessão de tutela de urgência satisfativa.

O referido autor entende que é imprescindível que tal pretensão seja deduzida com alegações plausíveis, que tragam indícios suficientes de que existe probabilidade de êxito da pretensão autoral quando proferida a tutela jurisdicional definitiva.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria, por sua vez, entendem que a demonstração da probabilidade do direito, prevista pelo art. 300, do CPC, perpassa pelo encargo que a parte tem de articular elementos fáticos e jurídicos suficientes a formarem o convencimento do juiz acerca da probabilidade de vitória ao fim do processo²².

Como preleciona Daniel Assumpção Amorim Neves²³ nem sempre a demonstração da probabilidade do direito decorrerá de uma prova em si, especialmente por que o art. 300, do CPC, fala em elementos de probabilidade e não em provas desta última.

O raciocínio do referido autor leva à conclusão de que a probabilidade de determinado direito pode ser extraída de fatos incontroversos, de fatos de amplo conhecimento público, bem como do efeito positivo de determinada coisa julgada e outros elementos admitidos pelo Direito enquanto ciência.

O segundo pressuposto de concessão da tutela de urgência satisfativa, é nomeado por Daniel Mitidiero²⁴ como perigo da demora, mas também é chamado de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, em atenção à literalidade da redação legal do art. 300, do CPC.

Conforme lição de Athos Gusmão Carneiro²⁵, este pressuposto exige a demonstração, por parte do interessado, de que a demora na prestação da tutela jurisdicional poderá ensejar para ele um dano irreversível ou de difícil reparação. Isto impõe à parte interessada o dever de indicação/demonstração de um dano específico/certo, que esteja nas iminências de ocorrer, devendo

22. DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 677.

23. NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada sancionatória. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 43, São Paulo: Dialética, 2006, p. 21.

24. MITIDIERO. Daniel. Da tutela provisória. *in* WAMBIER. Teresa [et. al] (Coord.). **Breves comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 783.

25. CARNEIRO. Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004 p. 30-32.

ser atual e que seja dotado de gravidade que justifique o adiantamento dos efeitos da tutela que se pretende em caráter definitivo.

Quanto à reversibilidade dos efeitos da tutela de urgência satisfativa, requisito de concessão específico desta espécie de tutela, é importante destacar que este tem previsão expressa no §3º, do art. 300, do CPC.

João Batista Lopes²⁶ ao tratar da reversibilidade da tutela antecipada, ensina que esta consiste na possibilidade de restauração do estado anterior das coisas (status quo ante) caso se constate no curso do processo que é necessária a revogação da tutela provisória de urgência antecipada concedida.

Nota-se que o legislador, ao estabelecer no art. 300, §3º, do CPC, a necessidade de reversibilidade da tutela, preocupou-se com o impacto, no mundo dos fatos, das decisões tomadas a título de cognição sumária.

Trata-se de uma postura prudente adotada pelo sistema processual brasileiro, permitindo que apenas sejam concretizadas aquelas medidas de tutela antecipada passíveis de reversão, o que é extremamente coeso quando se tem em mente que esta espécie de tutela não é concedida após uma cognição exauriente, mas tão somente após exercício e conhecimento sumário²⁷.

É neste contexto de análise dos requisitos de concessão da tutela de urgência satisfativa que se faz necessário pensar sobre quais são os requisitos específicos para a concessão desta espécie de tutela (satisfativa/antecipada) quando requerida em caráter antecedente, o que conduz, cada vez mais, ao cerne da presente pesquisa.

2.2. TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Elaine Harzheim Macedo²⁸, tratando especificamente sobre a tutela antecipada antecedente preleciona que este procedimento de requerimento antecedente configura um ponto inovador do CPC/2015. A referida autora destaca que esta modalidade de requerimento de tutela provisória antecede a instauração do próprio processo judicial definitivo.

26. LOPES. João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 69-70.

27. NUNES. Dierle; ANDRADE. Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo cpc e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.) **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 75.

28. MACEDO. Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção? **Revista de Processo (RePro)**. Vol. 250. Ano 40, São Paulo: Revista do Tribunais, dez. 2015, p. 201.

A tutela de urgência satisfativa/antecipada em caráter antecedente é verificada quando se deduz o pedido de concessão desta última num processo no qual se pretende, em momento posterior, a concessão dos efeitos desta mesma tutela jurisdicional, só quem com *animus* definitivo, é o que se extrai da leitura do art. 303, e seguintes do Código de Processo Civil, bem como das lições de Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria²⁹.

Note-se, com atenção, a estrutura do procedimento ora analisado. O nosso sistema processual, atualmente, através dos arts. 303 e seguintes, do CPC, permite que os jurisdicionados tenham acesso a uma tutela provisória, antes mesmo de apresentar uma petição inicial completa, podendo esta última ser objeto de emenda, após a análise do pedido de tutela provisória em caráter antecedente.

Elaine Harzheim Macedo³⁰ explica que é cabível o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente nas hipóteses em que existe uma urgência contemporânea à propositura da ação, mas não se detém condições de exercer o direito de ação com todos os elementos indispensáveis.

Na mesma linha intelectual, a referida autora cita como exemplo um caso no qual o autor ainda não possui todos os documentos aptos a perfectibilizarem a petição inicial de um procedimento comum, hipótese na qual este último poderá se valer deste procedimento de caráter antecedente para não suportar um custo/dano/prejuízo pelo decurso do tempo sem a interposição judicial da parte adversa.

Usando, ainda, os termos da autora acima, tem-se que a pretensão deduzida em caráter provisório/antecedente tende, e mais, nasce com a vocação para transformar-se num processo definitivo³¹.

Para obter tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, a parte interessada deve demonstrar a existência dos requisitos de concessão da tutela antecipada já examinados, bem como dos requisitos descritos no art. 303, e seguintes, do CPC.

O art. 303, *caput*, do CPC, exige para fins de concessão desta pretensão

29. DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 683.

30. MACEDO. Elaine Harzheim. *Op. Cit.*, 2015, p. 201-202.

31. MACEDO. Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção? **Revista de Processo (RePro)**. Vol. 250. Ano 40, São Paulo: Revista do Tribunais, dez. 2015, p. 202

provisória, uma exposição da lide, necessária para conhecimento do objeto litigioso, se fazendo necessária, também, a indicação (sem fundamentação exaustiva, mas tão somente a mera indicação) do pedido de tutela definitiva, que deverá ser certo, conforme art. 322, do CPC.

O art. 303, 4º, do CPC, por sua vez, estabelece a necessidade de indicação do valor da causa, de acordo com o pedido de tutela definitiva.

Por fim, o art. 303, §5º, do CPC, determina a necessidade de pedido expresso de submeter-se ao procedimento de tutela provisória em caráter antecedente. Uma vez atendidos os requisitos acima mencionados, será possível a concessão da tutela antecipada antecedente, conforme nos termos do art. 303, e seguintes do CPC.

Superada a questão relativa ao procedimento de requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente, cumpre evidenciar os caminhos processuais que podem surgir a partir deste começo.

Caso o juiz entenda pela impossibilidade de concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, determinará a intimação da parte interessada para proceder a emenda à petição inicial³² para que seja deduzida a pretensão autoral definitiva.

Na hipótese de concessão da tutela pleiteada, o órgão julgador atrai para si duas responsabilidades específicas. A primeira consiste em providenciar a intimação do autor para aditar a petição inicial, nos termos do art. 303, §1º, I, do CPC, enquanto a segunda consiste na obrigação de determinar a comunicação da parte adversa, tanto acerca da existência do procedimento judicial (por meio de citação), quanto acerca da decisão interlocutória concessiva de tutela³³ (através de intimação).

Além disso, surge para o autor beneficiado pela concessão da tutela satisfativa antecedente o dever de aditar a petição inicial, sob pena de extinção do processo sem exame de mérito, nos termos do art. 303, §2º, do CPC, como bem observam Bernardo Lima e Gabriela Expósito³⁴

É neste cenário de concessão da tutela antecipada antecedente requerida

32. *Ibidem, loc. cit.*

33. DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 685.

34. LIMA. Bernardo Silva de; EXPÓSITO. Gabriela. "Por que tudo que é vivo, morre" comentários sobre o regime a estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo cpc. **Revista de Processo (RePro)**, vol 250. ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2015, p. 169

que surgem questionamentos sobre as consequências jurídicas das possíveis posturas a serem adotadas pelas partes do processo (autor e réu).

Neste momento se faz necessária uma análise mais detida acerca das consequências jurídicas de cada uma destas posturas após a concessão da tutela antecipada de caráter antecedente, o que perpassa por uma análise prévia do conceito de estabilização da tutela antecipada antecedente.

2.3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA ANTECEDENTE

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria³⁵ estabilização de decisão que concede tutela antecipada é uma técnica que tem como escopo a monitorização do processo civil no Direito brasileiro.

Esta técnica de monitorização é regulada pelo art. 304, do CPC, que estabelece que a tutela antecipada concedida nos termos do art. 303, estabilizar-se-á se contra a decisão concessiva não for interposto o recurso cabível³⁶. Fala-se em técnica monitoria vez que esta permite a obtenção de resultados práticos em razão da não manifestação do acionado.

É dizer, a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente consiste numa técnica de monitorização exatamente por que, na ação monitoria, o não oferecimento de embargos por parte do réu promove a conversão da decisão sumária, em de natureza exauriente, convertendo o mandado de pagamento em título executivo judicial (art. 701, §2º, do CPC).

Nas palavras de Rogério Greco Filho³⁷ através da ação monitoria pretendeu-se acelerar a formação de um título executivo judicial, que prescinde de sentença diante da inércia do réu.

Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, a estabilização da tutela antecipada antecedente trata-se de uma técnica nova no ordenamento jurídico processual brasileiro, que tem inspiração em ordenamentos de outros países, como França e Itália³⁸.

35. DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 684.

36. Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

37. GRECO FILHO, Vicente. **Comentários ao procedimento sumário, ao agravo, e à ação monitoria: de acordo com as alterações do código de processo civil determinadas pelas leis 9.079 (ação monitoria), 9.139 (agravo) e 9.245 (procedimento sumário)**. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 55-56.

38. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO,

Ainda segundo as lições do referido autor, o objetivo primordial da estabilização é fazer com que o exercício da cognição exauriente possa ser de uso facultativo/dispensável, quando o réu não impugna a decisão concessiva, de forma que se verifica tanto a cognição quanto o procedimento de natureza sumária nesses moldes³⁹.

Bernardo Lima e Gabriela Expósito⁴⁰, por sua vez, entendem que a estabilização no contexto do CPC/2015, figura como garantia de utilização dos efeitos de uma decisão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional. Frise-se, que tal garantia pode ser destituída do beneficiário dela, no prazo de dois anos, estabelecido no art. 304, §5º, do CPC.

Paulo Henrique dos Santos Lucon⁴¹ ensina que é através da estabilização da tutela antecipada antecedente que o CPC/2015 possibilita que uma decisão proferida no âmbito da cognição sumária, diante da inércia do réu, tenha condições para adquirir a estabilidade que decorre da coisa julgada, o que será objeto da atenção desta pesquisa.

No mesmo sentido leciona Ada Pellegrini Grinover ao propor que o provimento antecipado seja convertido em sentença de mérito no caso de ausência de impugnação pelo réu⁴². Após esta breve análise do que tem se entendido por estabilização dos efeitos da tutela, importa analisar os requisitos para que a mesma se configure.

Eduardo Talamini pontua que ainda que o réu não apresente recurso/defesa, não haverá estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida nos casos (i) em que aquele encontra-se privado da liberdade; (ii) de citação ficta do réu e (iii) nos casos de incapacidade deste⁴³.

Elaine Harzheim Macedo ensina que independentemente das posturas a serem adotadas pelo acionante, o acionado poderá (i) interpor recurso

Roberto P. Campos (Coords) **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 402.

39. *Ibidem*, p. 403.

40. LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. "Por que tudo que é vivo, morre" comentários sobre o regime a estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo cpc. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 250, ano 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2015, p. 184.

41. LUCON, Paulos Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do Novo CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella; NETO, Elias Marques Medeiros; NETO, Olavo de Oliveira; OLIVEIRA, Patricia Elias Cozzolino de Oliveira; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coords.). **Tutela Provisória no Novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 1 ed. São Paulo SP: Ed. Saraiva, 2016. p. 249

42. GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração ao código de processo civil: justificativa, *Revista de Processo (RePro)*, n. 86, v.22, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/1997, p. 192-193.

43. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a monitorização do processo brasileiro. **Revista de Processo (RePro)**. N. 209, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 25.

contra a decisão que concede a tutela antecipada antecedente, o que promoverá o seguimento regular do processo definitivo; ou (ii) não impugnar os termos da decisão concessiva, o que denota o reconhecimento do direito do autor, e enseja a extinção do processo de caráter antecedente⁴⁴.

A referida autora entende que a estabilização ou não dos efeitos da tutela antecipada antecedente dependerá unicamente de conduta do réu, de forma que se este não impugna a decisão que concede a tutela, viabiliza a extinção do feito, com a estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida⁴⁵.

Weber Luiz de Oliveira, segue a mesma linha intelectual quando dita que após o deferimento da tutela antecipada antecedente, fica a critério do autor aditar ou não a petição inicial, e que qualquer das atitudes adotadas pelo autor ensejariam a extinção do processo, sem resolução do mérito, com a estabilização da tutela concedida, caso não houvesse a interposição de recurso por parte do acionado⁴⁶. Do exposto acima, tem-se que a apresentação de defesa e recurso afasta a inércia do réu apta a ensejar a estabilização⁴⁷.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria⁴⁸ lecionam no mesmo sentido de desnecessidade de aditamento da petição inicial nos termos do art 303, §1º, I, do CPC, por parte do autor, indicando que na hipótese de não aditamento e ausência de recurso que impugne a decisão concessiva da tutela antecipada, deve prevalecer a estabilização dos efeitos da tutela concedida, fundamentando tal posicionamento na possibilidade de revisão desta estabilização com fulcro no art. 304, §2º, do CPC.

Os referidos autores entendem que nestes casos não é razoável que a estabilização seja impedida, considerando a possibilidade que a parte interessada tem de adotar a medida judicial cabível para fazer cessar tal estabilidade.

De acordo com os autores acima, são pressupostos da estabilização: (i) o requerimento do interessado no sentido de submeter-se ao procedimento de caráter antecedente, o que pressupõe o seu interesse em acessar

44. MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção? **Revista de Processo (RePro)**. Vol. 250, Ano 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2015, p. 207

45. *Ibidem*, p. 207-208

46. OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? **Revista de Processo (RePro)**, vol. 242, ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2015, p. 226

47. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 691.

48. *Ibidem*, p. 684.

a estabilização decorrente deste procedimento; (ii) a ausência de pedido de prosseguimento do processo, para obtenção de cognição exauriente; (iii) a decisão sobre a tutela antecipada antecedente ser concessiva e (iv) a ausência de impugnação do réu.

Nota-se, que os autores abordados acima não entendem que o aditamento da petição inicial, por parte do autor, seja um dos requisitos para estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente concedida.

Bernardo Lima e Gabriela Expósito⁴⁹, por sua vez, entendem que a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente não poderá ter seus efeitos estabilizados caso o autor não faça o aditamento da petição inicial.

Os mencionados autores entendem pela necessidade de tratamento semelhante ao que se tem na tutela cautelar de caráter antecedente, denotando uma preocupação com o direito do réu, que, no entender dos referidos autores, precisa contar como elementos suficientes para exercer plenamente o seu direito ao contraditório posteriormente.

O raciocínio acima consiste em dizer que o aditamento da petição inicial se faz imperioso nos casos de concessão da tutela antecipada antecedente, vez que caso o autor pretenda impugnar posteriormente a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, este precisará contar com uma pretensão autoral deduzida de forma mais completa e detalhista, para fins de criar um terreno fértil para eventual impugnação do réu e apta a influenciar no convencimento do juiz sobre a necessidade de cessar os efeitos da estabilização.

O mencionado posicionamento, apesar de louvável e devidamente fundamentado, não é verificado em maioria na doutrina, de forma que se têm entendido, majoritariamente, pela desnecessidade de aditamento da petição inicial para fins de estabilização dos efeitos da tutela satisfativa antecedente⁵⁰.

49. LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. "Por que tudo que é vivo, morre" comentários sobre o regime a estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo cpc. *Revista de Processo (RePro)*, vol 250, ano 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2015, p. 186.

50. LUCON, Paulos Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do Novo CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinela; NETO, Elias Marques Medeiros; NETO, Olavo de Oliveira; OLIVEIRA, Patricia Elias Cozzolino de Oliveira; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coords.). *Tutela Provisória no Novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 1 ed. São Paulo SP: Ed. Saraiva, 2016. p. 249; MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção? *Revista de Processo (RePro)*. Vol. 250. Ano 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2015, p. 207; DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 684 e OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? *Revista de Processo (RePro)*, vol. 242, ano 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2015, p. 226.

3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA X COISA JULGADA

Diante das notas já dispensadas no tópico acima para identificação das noções básicas acerca da estabilização da tutela antecipada antecedente, importa, agora, analisar em que consiste a coisa julgada, bem como seu processo de formação, para enxergar com clareza os pontos nos quais os referidos institutos se aproximam ou se repelem.

Neste particular a redação do art. 304, §6º, do CPC é clara ao estabelecer que não se deve considerar formação de coisa julgada no que tange às decisões concessivas de tutela antecipada antecedente contra as quais não houve a interposição de recursos.

Até então, está tudo muito claro em termos legislativos, sobretudo por que existe a possibilidade de promover, em dois anos, uma ação judicial para questionar a referida estabilização (art. 304, §5º, do CPC).

Os questionamentos, em verdade, são acerca dos efeitos da estabilização após o transcurso completo deste prazo de dois anos, sem qualquer atitude do réu. Questiona-se se, a partir, daquele momento, haveria que se falar em coisa julgada formada por decisão concessiva de tutela antecipada proferida em caráter antecedente.

Quanto à esta relação existente entre estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e coisa julgada, mencione-se a lição dos organizadores Lênio Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha, em obra coordenada por Alexandre Freire, onde consta que, após a decadência do prazo de dois anos para a promoção de ação judicial com o fim de reformar ou revisar a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, recairá sobre esta um efeito que equivale ao da coisa julgada material que não pode ser rescindida, dando espaço para o que eles chamam de superestabilização⁵¹.

Conforme ensinam Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, a coisa julgada no processo civil brasileiro é tida como uma imutabilidade dos termos decisórios constantes na sentença que não comporta mais rediscussão, sendo o efeito material da coisa julgada a impossibilidade de rediscussão da questão dentro de outro processo, e o efeito formal a impossibilidade de novo questionamento dentro do mesmo processo⁵².

51. STRECK, Luiz Lênio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs.) *in*: FREIRE, Alexandre. *Comentário ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 426-427.

52. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, v. 5, Processo de*

Frederico Augusto Gomes e Rogério Rudiniki Neto⁵³ entendem que a decisão concessiva de tutela de urgência pode ser encarada como decisão de mérito e, após superados os dois anos previstos no art. 304, §5º, do CPC, poderá ser aplicada a esta decisão a imutabilidade própria da coisa julgada. Em suma, os referidos autores adotam entendimento no sentido de conferir a uma decisão tida em cognição sumária a aptidão de ser regida pela imutabilidade da coisa julgada.

Merece atenção o fato dos referidos autores não defenderem categoricamente que a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente se confunde com a coisa julgada, em verdade, fala-se numa aplicabilidade dos efeitos desta para aquela, o que denota uma intenção de não igualizar os dois institutos.

Com efeito os autores acima mencionados concluem que a diferenciação entre os termos de estabilização, estabilização definitiva ou superestabilização da tutela antecipada antecedente é de ordem terminológica, posto que independentemente do nome que se atribua a esta, após o transcurso do prazo de dois anos haverá uma decisão imutável – ante a preclusão da via revisional da mesma – cujos efeitos transcendem os limites do processo em que foi exarada.⁵⁴

Leonardo Greco⁵⁵, por sua vez, entende que após o transcurso *in albis* do prazo previsto pelo art. 304, §5º, haveria sim a formação de coisa julgada da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente estabilizada, o que indica uma verdadeira desvinculação da ideia de coisa julgada daquela de cognição exauriente.

Araken de Assis sustenta que após vencimento do prazo de dois anos é inequívoca a formação de coisa julgada da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente⁵⁶.

conhecimento, 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 632-635.

53. GOMES, Frederico Augusto; RUDINI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas. MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Doutrina Seleccionada: **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4, p. 152.
54. GOMES, Frederico Augusto; RUDINI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas. MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Doutrina Seleccionada: **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4, p. 153.
55. GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 206-207.
56. ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro*. v. II, t. II: **parte geral – Institutos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 491.

Ana Paula Vasconcelos e Maria Teresa Vasconcelos entendem em sentido contrário prelecionando que a tutela antecipada antecedente, quando estabilizada não pode adquirir o *status* de coisa julgada, especialmente por que não foi concedida em procedimento de cognição exauriente, adquirindo, portanto, apenas **outra** espécie de imutabilidade, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade⁵⁷.

Apesar do referido posicionamento, a referidas autoras reconhecem que inobstante não se falar em *status* de coisa julgada, a imutabilidade que passa a revestir a decisão concessiva de tutela antecipada antecedente é tão forte quanto aquela oriunda da formação de coisa julgada⁵⁸. Neste mesmo sentido, as considerações de Mirna Cianci⁵⁹

No mesmo sentido, de defender a inconstitucionalidade da equiparação da estabilização à coisa julgada, após o transcurso do prazo de dois anos, tem-se as ideias de Eduardo Talamini, que discorre que a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, ainda que estabilizada, é proveniente de uma cognição superficial, sem um amplo exercício do contraditório, que ainda está sujeita a confirmação⁶⁰

Pontua-se que a atribuição da imutabilidade típica da formação de coisa julgada indistintamente a qualquer ato de provimento jurisdicional ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF/88), especialmente em razão da função pública que esta imutabilidade exerce⁶¹.

4. CONCLUSÃO

Tem-se que a estabilização dos efeitos da tutela de urgência antecipada antecedente se revela muito mais polêmica do que aparenta inicialmente, o que abre margem para inúmeras discussões.

Com base no que se expos nos tópicos acima, pode-se concluir que a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente pressupõe alguns

57. VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015. **Revista de Processo (RePro)**. Vol 263. Ano 42. São Pulo: Ed RT, jan. 2017, p 133-137.
58. VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015. **Revista de Processo (RePro)**. Vol 263. Ano 42. São Pulo: Ed RT, jan. 2017, p 134.
59. CIANCI, Mirna. Estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). **Revista de Processo (RePro)**. V. 247, set. 2015, p. 249.
60. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a monitorização do processo brasileiro. **Revista de Processo (RePro)**. N. 209, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.
61. *Ibidem, Loc.Cit.*

requisitos legais previamente estabelecidos. Tais requisitos são objeto de divergência doutrinária, especialmente no que tange à necessidade de aditamento da petição inicial por parte do autor, para fins de ocorrência da estabilização. Neste particular, pelos posicionamentos apontados, tem-se como mais adequada a ideia de desnecessidade de aditamento da petição inicial, por parte do autor, para que a tutela antecipada concedida se estabilize.

Isto por que não parece razoável impor ao autor já beneficiário de uma tutela antecipada antecedente o aditamento da petição inicial, tão somente para preservar o direito de defesa do réu, que sequer se sabe se exercerá tal direito, nos termos do art. 304, §5º, do CPC.

A solução acima apontada se revela ainda mais adequada diante da inércia do réu, que é um indicativo de que o mesmo não se opõe aos termos da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente.

Além disso, o aditamento da petição inicial por parte do autor pode representar, em certa medida, um interesse no prosseguimento do processo para fins de obtenção da cognição exauriente, que ensejará a formação de coisa julgada e não de estabilização dos efeitos.

Outro ponto, o principal, questionado nesta pesquisa diz respeito à relação existente entre os institutos da estabilização da tutela antecipada antecedente e da coisa julgada. Os debates doutrinários quanto à relação mencionada decorrem, especialmente, do silêncio do CPC/2015 sobre a consequência jurídica do transcurso *in albis* do prazo previsto no art. 304, §5º.

Quanto à referida questão conclui-se que os referidos institutos são autônomos entre si, de forma que não deve prevalecer qualquer tentativa de igualá-los.

Inobstante a similitude dos efeitos práticos dos dois institutos, deve-se primar por uma interpretação sistemática do nosso ordenamento, para concluir pela impossibilidade de igualização dos mesmos, especialmente por que o instituto da estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente foi criado para recair sobre decisões proferidas no procedimento de cognição sumária, enquanto o instituto da coisa julgada é, constitucional e primordialmente, relacionado com as hipóteses de conhecimento exauriente sobre determinada lide.

A última, e imperiosa, conclusão é a de que as discussões relativas ao tema estão longe de ser superadas, visto que ainda há muito que se questionar

e refletir sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente no CPC/2015.

Note-se que o Código de Processo Civil/2015 está vigente há pouco mais de um ano, o que conduz à ideia de que nos próximos anos este diploma poderá suportar alterações legislativas no que tange à regulamentação da estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, especialmente para que se torne mais claro o resultado jurídico almejado pelo legislador para os casos em que o réu não exerce a faculdade que lhe concede o art. 304, §5º, do CPC.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro*. v. II, t. II: **parte geral – Institutos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência : (tentativa de sistematização)**. 4. Ed. São Paulo, Malheiros, 2006.
- BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17. Jul. 2017.
- BUENO. Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol 4. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Duração razoável do processo e tutela antecipada. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio. [et.al.] (Coord.) **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARNEIRO. Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016
- GRECO FILHO, Vicente. **Comentários ao procedimento sumário, ao agravo, e à ação monitória: de acordo com as alterações do código de processo civil determinadas pelas leis 9.079 (ação monitória), 9.139 (agravo) e 9.245 (procedimento sumário)**. São Paulo, Saraiva, 1996.
- GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4.
- GRINOVER. Ada Pellegrini. Proposta de alteração ao código de processo civil: justificativa, *Revista de Processo (RePro)*, n. 86, v.22, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/1997.
- GOMES, Frederico Augusto; RUDINIKI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2016
- LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Por que tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime a estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo cpc. **Revista de Processo (RePro)**, vol 250. ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2015.
- LUCON. Paulos Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do Novo CPC. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; NETO, Elias Marques Medeiros; NETO, Olavo de Oliveira; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coords.). **Tutela Provisória no Novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 1 ed. São Paulo SP: Ed. Saraiva, 2016.

MACEDO. Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção? **Revista de Processo (RePro)**. Vol. 250. Ano 40, São Paulo: Revista do Tribunais, dez. 2015.

MITIDIERO. Daniel. Da tutela provisória. *in* WAMBIER. Teresa [et. al] (Coord.). **Breves comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 8 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada sancionatória. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 43, São Paulo: Dialética, 2006

NUNES. Dierle; ANDRADE. Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo cpc e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. *In*: DIDIER JR. Fredie (Coord.) **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2016

OLIVEIRA. Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? **Revista de Processo (RePro)**, vol. 242, ano 40. São Paulo: Revista do Tribunais, abril/2015.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. v. 12, Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. *In* COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coords) **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK. Luiz Lênio; NUNES. Dierle; CUNHA. Leonardo Carneiro da. (orgs.) *in*: FREIRE. Alexandre. **Comentário ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016

TALAMINI. Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a monitorização do processo brasileiro. **Revista de Processo (RePro)**. N. 209, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VASCONCELOS. Ana Paula; VASCONCELOS. Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015. **Revista de Processo (RePro)**. Vol 263. Ano 42. São Pulo: Ed RT, jan. 2017.

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: O ALARGAMENTO LEGISLATIVO NA NOVA SISTEMÁTICA INSTAURADA PELO CPC/2015

João Paulo Soares e Silva¹

RESUMO: O presente trabalho se debruça sobre um dos mais inquietantes e ainda pouco explorados novos temas trazidos pela nova sistemática processual: os negócios jurídicos processuais. Trata-se de um instituto que, apesar de ter previsão na legislação anterior, passou por considerável alargamento de aplicabilidade com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Tal alargamento se refere principalmente a duas novas possibilidades: a calendarização do processo e a instituição de uma cláusula geral de negócios processuais atípicos. Tendo esse ponto de partida e valendo-se de revisão bibliográfica e legislativa, o trabalho faz uma análise do panorama de modo geral se propõe a buscar esclarecer os aspectos mais relevantes das novas previsões, além de seus possíveis impactos na prática processual brasileira, uma vez que, tendo em vista a atual tendência mundial de flexibilização do procedimento judicial, esse alargamento nos negócios jurídicos processuais pode significar um importante instrumento no alcance dos objetivos do processo.

Palavras-chave: Negócio jurídico processual; calendarização do processo; CPC/2015; NCPC; Devido processo legal.

ABSTRACT: The present work focuses on one of the most disturbing and still little explored new themes brought by the new procedural system: the procedural legal business. This institute, which is provided for in previous legislation, has undergone a considerable extension of applicability with the advent of Code of Civil Procedure of 2015. Such extension refers mainly to two new possibilities: the procedural timetable and the general clause of atypical procedural business. Taking this starting point and using a bibliographical and legislative review, this paper aims to clarify the most relevant aspects of the new forecasts and their possible impacts on Brazilian procedural practice,

1. Advogado, mestrando em Direito pela Faculdade Guanambi (BA), especialista em Direito Público e bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). <http://lattes.cnpq.br/5916289697631200>

given that, given the current world trend of legal process, this broadening of applicability in procedural legal business can be an important instrument in the achievement of the objectives of the process.

Keywords: Procedural legal business; legal business process; Process scheduling; Brazilian Civil Procedure Code of 2015; CPC/2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Negócio jurídico processual: aspectos gerais. 3. Calendarização processual: o artigo 191 do CPC/2015. 4. Cláusula geral dos negócios processuais atípicos: o artigo 190 do CPC/2015. 5. A problemática questão da aplicação das condições específicas do artigo 190 do CPC/2015 à calendarização do artigo 191 do CPC/2015. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil Brasileiro, publicado oficialmente em 2015, adentrou o rol legislativo pátrio após um processo de elaboração que durou cerca de cinco anos. Já na exposição de motivos do seu anteprojeto, anota-se que “na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas”. Assim, a lei demonstra sensivelmente mirar no combate às diversas mazelas sentidas pelo antigo sistema processual, que vinha sendo, sobretudo a partir da década de 1990, constantemente alterado para adaptar-se às mudanças da sociedade e ao funcionamento das instituições.

Esse novo sistema processual tem alicerces interessantes tanto do ponto de vista jurídico quanto do ponto de vista logístico-procedimental, além de agregar previsões potencialmente inovadoras, como a maior atenção ao princípio da cooperação das partes e o redimensionamento do princípio do contraditório. Nessa esteira, o instituto a ser tratado no presente artigo – ainda que não possa ser apontado como grande inovação do novo Código de Processo Civil (CPC/2015), vez que algumas hipóteses típicas já eram previstas no CPC/1973 – ganha grande relevo pela notoriedade atribuída a uma cláusula geral² apta a propiciar uma nova categoria de negócios jurídicos processuais: os atípicos.

O novo sistema promove uma clara distinção entre os negócios jurídicos processuais típicos e os negócios jurídicos processuais atípicos.

2. Presente no artigo 190 do CPC/2015: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

A primeira categoria, que encontra correspondentes na legislação antecedente, possui previsão de possibilidade de convenção das partes expressa na lei. A título de ilustração, podem ser citadas a eleição de foro (art. 63), a suspensão convencional do processo (art. 313, II) e a convenção sobre ônus da prova (art. 373, § 3º), todas cláusulas literalmente expressas no CPC/2015. Aqui, como ponto de maior relevância, há de se mencionar a novidade inclusa no artigo 191 do texto legal, que possibilita a calendarização do processo.

A segunda categoria, genericamente mais relevante para o presente estudo, não possui correspondentes no CPC/1973 e nem previsões legais específicas. Conta apenas com a cláusula genérica do artigo 190 do CPC/2015, de maneira que sua aplicação fica diretamente atrelada a uma espécie de autonomia da vontade em matéria processual.

O mencionado artigo 190 prevê a possibilidade de que as partes plenamente capazes negociem acerca de mudanças no procedimento, com o intuito de ajustá-lo às especificidades da causa. Para tanto, poderão acordar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Tal ajuste, entretanto, só é possível quando a ação tratar de direitos que admitam autocomposição. Nesse cenário, caberá ao juiz a obrigação de controlar a validade das convenções processuais e regular os casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Pois bem, há de se anotar que tais convenções processuais submetem-se aos requisitos gerais de existência, validade³ e eficácia dos negócios jurídicos, bem como devem observar os pressupostos e requisitos contratuais⁴ estabelecidos no Código Civil, uma vez que se pautam no princípio da livre estipulação contratual e, mesmo antes de referirem-se ao processo, são negócios jurídicos decorrentes de livre manifestação de vontade das partes.

Tratar-se-á, pois, dos aspectos gerais relativos ao instituto do negócio

3. “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”. (Enunciado nº 403 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis).

4. Trata-se, aqui, de capacidade das partes, idoneidade do objeto, legitimação para realizá-lo, consentimento, causa, objeto e forma. É oportuno ressaltar que, a princípio, a validade dos negócios processuais não dependem de assinatura de advogado, vez que o requisito é de capacidade das partes e não de capacidade postulatória. Por outro lado, a presença de advogado será requisito de validade para os negócios jurídicos pós-processuais, isto é, aqueles firmados no curso do processo, já que aqui sim se trata de ato postulatório dependente da presença de advogado, ou do Ministério Público ou de outro indivíduo que na ocasião tenha condições de exercer a chamada capacidade postulatória. Neste sentido: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. (Enunciado nº 18 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis).

jurídico processual, bem como de alguns dos aspectos controvertidos que merecem um debate especialmente atencioso, vez que possuem o condão de alterar enormemente a dinâmica dos procedimentos no processo civil.

2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: ASPECTOS GERAIS

O desenvolvimento do conceito dos negócios processuais data do final do século passado. Em estudo desenvolvido sob a orientação de Fredie Didier Jr, o processualista Pedro Henrique Pedrosa chama atenção que, na doutrina italiana, Chiovenda admite claramente a figura do negócio processual quando afirma existirem casos em que a lei relaciona a produção de efeitos e a vontade das partes, advertindo que se falaria em negócio processual sempre que o acordo entre as partes figurar como condição para o despacho do juiz e que, apesar de serem negócios jurídicos, não deixariam de ser atos processuais, de forma que devem ser igualmente regulados pela lei processual⁵.

Pedrosa relembra, ainda, no direito português, o conceito trazido por Miguel Teixeira de Sousa, que trata os negócios processuais como autonomia das partes no processo civil e os define como aqueles que produzem diretamente efeitos processuais, de forma a constituir, modificar ou extinguir uma situação jurídica processual⁶.

Na doutrina processual brasileira, o primeiro sinal de entusiasmo com a figura do negócio processual aparece no processo penal, com Hélio Tornaghi, para quem os negócios processuais seriam aquelas manifestações de vontade de que a lei faz depender o valor jurídico do processo⁷. Tratar-se-ia aqui do perdão, da retratação, etc.

Entre os processualistas civis, merecem menção os estudos desenvolvidos por Barbosa Moreira⁸ e a produção de Leonardo Greco. Cabe mencionar que esse último prefere a nomenclatura *atos de disposição processual*, os quais define como “os atos praticados no processo ou para nele produzirem efeitos, a dispor sobre questões processuais, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo das decisões judiciais subsequentes”⁹.

5. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais. Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais*. 2011. Tese (Doutorado) UFBA, p. 131.

6. Id. *Ibid.*, p. 134.

7. TORNAGHI, Helio., apud NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Op. cit.*, p. 134.

8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenção das Partes sobre Matéria Processual*. In: *Temas de Direito processual*. Saraiva, 1984.

9. GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. *Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. RT. 2008.

Em trabalho mais recente, já debruçado sobre o CPC/2015, Fredie Didier Jr. afirma que negócio jurídico processual é um “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”¹⁰.

É preciso ter bem claro que, antes de tratarem de aspectos processuais, as convenções pautam-se no princípio da livre estipulação contratual¹¹ são produto de manifestação das partes, de modo que são, também, negócios jurídicos como quaisquer outros e, portanto, devem submeter-se a todos os requisitos gerais de existência, validade e eficácia previstos pelo direito civil.

Dessa forma, a validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Em termos de relevância prática extrai-se, pois, conforme apontado por Humberto Theodoro Júnior, que os negócios jurídicos processuais surgem, dentre tantas significativas mudanças instituídas pelo novo CPC, como uma importante modalidade de flexibilização procedimental, que permite às partes escolher o circuito processual percorrido pela sua demanda¹².

Apesar de não haver, na legislação anterior, previsão correspondente à que se lê no atual artigo 190 da legislação processual, o CPC/1973 já tratava diretamente de hipóteses de negociação processual. A mudança – ou a principal delas neste tema – é que a lei se limitava por um dogma estabelecido que ignorava a relevância da vontade das partes, de modo que apenas havia previsão de negócios típicos, e em hipóteses pontuais.

No entanto, seria correto dizer que no CPC/1973 já existiam hipóteses nas quais as partes tinham autonomia para alterar, em certa medida, os parâmetros procedimentais previstos pela lei. Como exemplos, podem ser citados o artigo 264, que tratava da anuência ao aditamento do pedido após a citação e o artigo 475-C, I, que tratava da liquidação por arbitramento convencional.

Na sistemática do CPC/2015, algumas previsões de negócios típicos existentes na ordem antiga foram mantidas – como, por exemplo, a eleição

10. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. I. 17. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 376.

11. Ver artigo 421 do Código Civil/2002

12. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 226.

de foro (CPC/1973, art. 111; CPC/2015, art. 63), a suspensão convencional do processo (CPC/1973, art. 265, II; CPC/2015, art. 313, inciso II) e o adiamento de audiência por convenção das partes¹³ (CPC/1973, art. 453, I; CPC/2015, art. 362, I) – e outras novas foram incluídas, como a convenção sobre a escolha do perito (CPC/2015, art. 471) e a calendarização do processo (CPC/2015, art. 191).

Dessa maneira, fica claro que não se pode dizer que houve a criação de um novo instituto processual, mas sim que ocorreu uma (grande) alteração, na medida em que as possibilidades previstas foram consideravelmente alargadas. Deixamos de ter um sistema onde as convenções somente teriam validade quando a lei expressamente as permitisse, para um sistema de liberdade na criação dos negócios processuais, que passam a ser abertos e dependentes apenas da vontade das partes, conforme o princípio do autorregramento da vontade¹⁴.

Esse alargamento se deve, principalmente, à inserção de duas novidades: a possibilidade de calendarização do processo – no artigo 191 – e a cláusula geral que permite a criação de negócios processuais atípicos.

3. CALENDARIZAÇÃO PROCESSUAL: O ARTIGO 191 DO CPC/2015

No que se refere a cláusula que prevê a possibilidade de calendarização consensual de atos do processo, o CPC/2015 aparece alinhado com o que parece ser uma tendência mundial de busca pela previsibilidade e celeridade processual por meio da maior flexibilização do procedimento.

Aqui, na verdade, acompanha-se uma tendência teórica, que já se apresentava na cultura jurídica processual mundial a partir do final do século XX, começando na Inglaterra e nos Estados Unidos, para depois chegar à França e à Itália¹⁵.

Gomes Correa¹⁶ aponta que, no final de 2005, na França, a reforma do *Nouveau Code de Procédure Civile* introduziu a previsão do *contrat de*

13. Ressalte-se que o CPC/1973, expressamente, só permitia esse adiamento por uma vez, enquanto o CPC/2015 silenciou sobre o número de oportunidades em que o adiamento pode se dar.

14. Sobre o tema, ver DIDIER Jr., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; CABRAL, Antônio do Passo. (Org.). *Negócios Processuais*. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

15. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.* p. 226.

16. CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes. *Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?* Revista do Advogado, v. 126, p. 76-82, 2015.

procédure, uma forma de negócio processual realizado entre as partes e o juiz da causa, visando estabelecer prazos de duração do procedimento. Esses negócios dividem-se entre os atinentes à instauração do processo (*l'introduction de l'instance*) e ao desenvolvimento do processo (*au déroulement de l'instance*).

Enquanto isso, na Itália, no ano de 2007 foi operada a reforma do art. 183 do *Codice di Procedura Civile*, para a criação da *udienza programata*, uma audiência inaugural, na qual é fixado o calendário processual a ser seguido naquela contenda. Mais tarde, reformas legislativas se consolidaram no sentido de atribuir ao juiz os poderes para fixação do calendário processual, que deve ser orientada pelo princípio da duração razoável do processo.

Desta feita, enquanto o instituto análogo francês enfatiza o caráter decisivo da vontade das partes, a legislação processual italiana insere a fixação do calendário processual entre os poderes instrutórios do juiz.

Apesar das peculiaridades de cada sistema, ambos consagram a possibilidade de fixação do calendário processual no sentido de se fixar antecipadamente os momentos de realização dos atos do processo, viabilizando uma espécie de previsibilidade ao menos estimativa da duração do mesmo.

Naturalmente, trata-se aqui de mera faculdade processual, de forma que não há obrigatoriedade de fixação do calendário pelas partes ou pelo juiz. Nesse sentido, o direito francês já trazia previsão expressa de que o instituto tratava-se de mera possibilidade colocada à disposição do juiz, enquanto na Itália houve a necessidade de se acionar a *Corte Costituzionale* para que se pronunciasse sobre a possibilidade de configuração de ofensa ao devido processo legal por meio da omissão na fixação do calendário processual. A corte entendeu que a previsão trata apenas de um maior detalhamento dos poderes instrutórios do juiz, além de considerar que, além de afetar os poderes de gestão processual do juiz, a obrigatoriedade da fixação do calendário processual contrariaria a própria intenção norma em assegurar a duração razoável do processo por meio da adaptabilidade do procedimento.

Novidade trazida pelo CPC/2015, a calendarização processual é uma espécie de negócio jurídico processual típico onde se estabelece, em comum acordo, as datas e horários para a prática dos atos processuais.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente

serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Podem ser apontadas, como maiores vantagens do modelo, além da maior previsibilidade de duração da contenda, a economia processual obtida a partir da eliminação de intimações às partes, uma vez que todos os atores do processo ficam previamente cientificados de quando deverão praticar cada um dos seus atos.

Conforme apontamento de Eduardo José da Fonseca Costa, “em verdade, promove-se a delineação imediata de uma expectativa temporal para a prolação da sentença [*deadline*] e, a partir daí, todas as etapas do procedimento passam a ser orientadas em função dessa expectativa”¹⁷.

Essa calendarização, insta constar, pode ser avençada em qualquer etapa do processo, ou até mesmo antes da instauração do mesmo, numa forma de negócio jurídico pré-processual. Nesse caso, a petição inicial deverá ser instruída com o pacto de calendarização e, estando de acordo, o juiz poderá homologar.

Pode, ainda, ser avençado em audiência convocada especialmente para este fim. Nesse sentido apontam processualistas pátrios: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão”¹⁸.

4. CLÁUSULA GERAL DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS: O ARTIGO 190 DO CPC/2015

A partir de uma visão geral do CPC/2015, é possível perceber que alguns flancos de privatização foram abertos, permitindo-se o saneamento processual compartilhado com as partes (artigo 357, § 2.º), abandonando o sistema presidencialista na inquirição das testemunhas em prol do sistema *cross examination* (artigo 459), bem como se atribuindo maior relevância aos negócios processuais (artigos 190 e 191). Ao mesmo tempo, a nova lei fez questão de reafirmar sua carga ideológica publicista através, por exemplo, da ampliação da extensão da coisa julgada independentemente da vontade das partes (artigo 503, § 1.º) e do fortalecimento dos precedentes (artigo 926).

17. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Calendarização processual*. In: *Novas tendências do processo civil*. Organizadores: Alexandre Freire et al. Salvador: JusPodivm, 2014.

18. Enunciado nº 299 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis.

Partindo do princípio do autorregramento da vontade em matéria processual, a previsão aberta de negócios jurídicos processuais atípicos foi inicialmente combatida por parte da doutrina processualista, sob a alegação de que representaria uma demasiada flexibilização ao ponto de se abolir o formalismo, privatizando o processo e, assim, afrontando a segurança jurídica e o devido processo legal.

Tais alegações, entretanto, cederam à constatação de que é necessário, com base nos princípios que regem o novo sistema inaugurado pelo CPC/2015, considerar a importância da influência da vontade das partes para se alcançar os objetivos publicísticos do processo. Sobre isso, Leonardo Greco esclarece que a aceitação dessa figura representa admitir que as partes,

como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública¹⁹.

A cláusula geral de negócios jurídicos processuais atípicos – o artigo 190 – estabelece que as partes plenamente capazes poderão estipular mudanças no procedimento com vistas a ajustá-lo às especificidades do caso concreto, além de convencionar sobre os seus próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, sempre que tratar o processo de direitos que admitam autocomposição. Em contrapartida, fica ao encargo do juiz, mesmo de ofício, controlar a validade das convenções e recusar a sua validade quando houver nulidade negocial ou inserção abusiva em contrato de adesão ou, ainda, quando uma das partes encontrar-se em situação de manifesta vulnerabilidade. Vejamos, pois, a letra da lei:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Assim, respeitadas as condições de validade, os acordos podem versar

19. GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 7.

sobre os mais variados objetos, ficando ao encargo da criatividade dos negociantes. Como exemplos possíveis de negócios atípicos, podem ser citados o acordo de rateio de despesas processuais, a dispensa consensual de assistente técnico, o acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, a convenção pela não promoção de execução provisória, o pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, o pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*) e, inclusive, o estabelecimento de deveres e sanções no caso de descumprimento de algum dos deveres acordados.

Obviamente, mas muito importante ressaltar, uma vez preenchidos os requisitos do direito material relacionados aos negócios jurídicos, as convenções processuais deverão, ainda, limitar-se pelo princípio do devido processo legal.

De tal maneira, resta inadmissível a negociação de cláusula processual que importe a criação ou supressão de novas regras que entrem em colisão com as garantias constitucionais. Outro não poderia ser o entendimento, considerado que nenhuma lei teria competência normativa para, fundamentando-se na autonomia privada e liberdade de estipulação contratual, autorizar as partes a renunciar absolutamente à proteção principiológica constitucional no que diz respeito, por exemplo, à imparcialidade, à motivação das decisões judiciais, ao contraditório, à vedação da prova ilícita, etc. Sobre isso, Marcelo Pacheco Machado:

Sabemos desta limitação, não por um conhecimento normativo do Direito Processual, mas a partir do escalonamento das normas. Situadas no âmbito constitucional, as garantias constitucionais do processo se mostram como fundamento de validade das normas do Código de Processo Civil, que, por sua vez, dão fundamento de validade para eventuais “contratos processuais”. Nesse sentido, não seria possível conceber que estes “contratos processuais”, no mais baixo nível de escalonamento, teriam autorização para ignorar as diretrizes gerais previstas na Constituição (de natureza imperativa) quanto à forma de desenvolvimento e os resultados do processo (devido processo legal). No mais, este limite se apresenta como uma vedação geral imposta aos atos civis, à manifestação de vontade, já devidamente reconhecido pela ordem positiva: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (CC, art. 2.035, parágrafo único). Vedação similar também é encontrada na Lei de Arbitragem: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” (Lei nº 9.307/1996, art. 2º, § 1º). A ordem jurídica brasileira mostra claramente que não aceita sentenças produzidas em ofensa do devido processo legal quando

veda, inclusive, a homologação de sentenças estrangeiras que ofenderem a ordem pública: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (LICC, art. 17).²⁰

Machado ainda chama atenção ao fato de que as partes podem transacionar livremente no que diz respeito à técnica, mas nunca poderão renunciar ao devido processo legal; assim, estariam autorizadas a dispor dos prazos processuais, da realização de audiência, da admissibilidade ou não de recursos e até mesmo da possibilidade de questões prejudiciais serem encampadas pela coisa julgada material. Por outro lado, não possuem o poder de renunciar ao acesso à justiça ou ao contraditório, nem abrir mão da exigência de boa-fé ou moralidade processual, ou sequer admitir a utilização de provas ilícitas ou decisões carentes de fundamentação.

5. A PROBLEMÁTICA QUESTÃO DA APLICAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DO ARTIGO 190 DO CPC/2015 À CALENDARIZAÇÃO DO ARTIGO 191 DO CPC/2015

Por derradeiro, é digna de menção a observação trazida por Fernando da Fonseca Gajardoni no que se refere à aplicação das condições específicas de validade do artigo 190 à calendarização do artigo 191²¹.

O doutrinador adverte que, na versão aprovada pelo Senado Federal, aquilo que se tornaria o artigo 191 do CPC/2015 compunha os parágrafos 2º e 3º do então artigo 189 do projeto, que tratava da cláusula geral de negócios processuais atípicos (que se materializou no artigo 190 do CPC/2015). Pois bem, ocorre que uma revisão operada em momento posterior à aprovação pelo Senado desmembrou o artigo 189 do projeto em dois dispositivos – os atuais artigos 190 e 191 da legislação.

Tinha-se, pois:

Art. 189. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

§ 1º De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a

20. MACHADO, Marcelo Pacheco. In: TUCCI, José Rogério Cruz e, et al. *Novo Código de Processo Civil Anotado* – OAB PR e AASP. 2015, p. 339.

21. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Forense, 2015.

prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 2º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

§ 4º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O que, com a alteração realizada após a aprovação pelo Senado Federal, transformou-se em:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

É fácil perceber que não houve modificação na literalidade do texto, mas tão somente na organização do mesmo. Ocorre que, de acordo com Gajardoni, essa revisão implicou uma série de alterações que, mais do que semânticas ou organizacionais, podem impactar diretamente a forma de se interpretar o sistema estabelecido.

Isso porque o desmembramento do texto em dois artigos retirou do dispositivo da calendarização as condicionantes específicas de validade do negócio atípico, no que se refere a se aplicar apenas a direitos que admitam autocomposição e à partes plenamente capazes.

Nessa esteira, prevalecendo a tese sustentada pelo doutrinador de que o desmembramento se deu por razões meramente organizacionais, a

calendarização do artigo 191 deverá submeter-se aos requisitos do artigo 190, de forma que seria impossível se pensar na calendarização de um processo com partes incapazes, ainda que assistidas ou representadas. Entretanto, da leitura literal do dispositivo, o que se extrai é que não há sujeição de um instituto às limitações do outro, de modo que seria sim possível a calendarização em processos com partes incapazes assistidas ou representadas, ou mesmo em ações que versem sobre direitos não autocomponíveis.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O alargamento da aplicabilidade dos negócios processuais pelo CPC/2015 decorre de uma tendência mundial de flexibilização procedimental na busca pela maior agilidade e efetividade da prestação jurisdicional.

É preciso ter em mente que o CPC/2015 se pauta fortemente nos princípios da boa-fé processual, do autorregramento da vontade e, sobretudo, da colaboração. Dessa maneira, a análise das novidades trazidas pela legislação deve considerar uma mudança radical na forma de ser ver o processo, vez que não se pode analisar, com os parâmetros de 73, os instrumentos de 15.

Nessa esteira, os negócios processuais como uma das facetas da flexibilização do procedimento – sobretudo no que se refere ao que foi tratado com mais atenção neste estudo: a calendarização do processo e a cláusula geral de negócios atípicos – podem se tornar um importante instrumento no alcance dos objetivos do processo. Por hora, entre tantas dúvidas, contradições e debates doutrinários que cercam os aspectos mais inovadores do CPC/2015, nos reservamos a aguardar a resposta daquele que melhor dirá sobre a real efetividade do instituto no contexto do direito processual brasileiro: o tempo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de dezembro de 2016.

_____. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 de dezembro de 2016.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?* Revista do Advogado, v. 126, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Calendarização processual. In: Novas tendências do processo civil*. Organizadores: Alexandre Freire et al. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; CABRAL, Antônio do Passo. (Org.). *Negócios Processuais*. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. I. 17. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie e MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ri-a.pdf>. Acesso em 14 de dezembro de 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. *Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. RT. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenção das Partes sobre Matéria Processual*. In: *Temas de Direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais. Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais*. UFBA. 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; CABRAL, Antônio do Passo. (Org.). *Negócios Processuais*. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e, et al. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. OAB PR e AASP. 2015.

DIFÍCIL CONJUNTURA: O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A ESCASSEZ DOS RECURSOS

Mateus Pires Aragão¹

Ana Carla Pires Meira Cardoso²

RESUMO: O presente trabalho visa analisar, ainda que de forma perfunctória, a relevante questão acerca da efetivação do direito fundamental à saúde e a inegável escassez dos recursos públicos disponíveis. Com efeito, todo direito fundamental gera algum custo para o Estado, que, por sua vez, terá que alocar recursos materiais e humanos para a garantia de sua satisfação por toda coletividade. Tal assertiva também se refere ao direito fundamental à saúde. O tema relativo à efetivação do direito fundamental à saúde e a escassez de recursos ganha maior relevo no momento em que se pode constatar um crescente número de demandas judiciais em que se postula que o Judiciário obrigue o Poder Público a custear determinados tratamentos médicos e/ou fornecer certos remédios, na maioria das vezes, de elevados valores. Ora, a exigibilidade do direito fundamental à saúde perpassa pelo necessário reconhecimento da existência de uma limitação orçamentária e da escassez dos recursos públicos disponíveis. Outrossim, também perpassa pela necessária definição do próprio conteúdo deste direito. Pois em que medida a prestação jurisdicional assecuratória de determinado tratamento médico individual ou do fornecimento de determinado remédio se traduz, plenamente, no direito fundamental à saúde garantido no art. 196 da CF/88? E até que ponto o Estado estará obrigado a fornecer determinadas prestações individuais postuladas em juízo, uma vez que os recursos disponíveis são menores do que o necessário para o atendimento de todas as necessidades de todos os cidadãos? A escassez de recursos, portanto, impõe ao Estado a realização de escolhas, o que implica em aceitar que nem todas as pretensões sociais

1. Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado (2013), com período sanduiche na Universidad de Sevilla (2012). Pós-graduado em Processo Civil na Universidade Baiana de Direito. Graduando no Bacharelado Interdisciplinar em Artes na Universidade Federal da Bahia.
2. Procuradora do Estado da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2001). Especialista em Direito Público na Universidade Federal da Bahia. Foi Defensora Pública do Estado de Alagoas e Analista Judiciário do TRT da 5ª Região antes de ingressar na procuradoria Geral do Estado.

(inclusive aquelas relacionadas à saúde do indivíduo) serão supridas pelo Poder Público e que nem todas poderão ser asseguradas em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Direitos Fundamentais; Direito à Saúde; Direito Público; Escassez de Recursos.

ABSTRACT: This paper aims to analyze, although perfunctorily, the relevant question about the effectiveness of the fundamental right to health and the undeniable scarcity of public resources available. In fact, every fundamental right generates some cost for the State, which, in turn, will have to allocate material and human resources to guarantee its satisfaction by every collectivity. This assertion also refers to the fundamental right to health. The issue of the realization of the fundamental right to health and the scarcity of resources becomes more relevant at a time when there is a growing number of lawsuits in which it is argued that the Judiciary obliges the Public Power to pay for certain medical treatments and/or provide certain Most often of high values. The enforceability of the fundamental right to health is due to the necessary recognition of the existence of a budgetary limitation and the scarcity of public resources available. It also goes through the necessary definition of the very content of this right. For to what extent does the judicial review of individual medical treatment or the provision of a particular remedy fully reflect the fundamental right to health guaranteed in art. 196 of the CF/88? And to what extent will the State be obliged to provide certain individual benefits postulated in court, since the available resources are smaller than necessary to meet all the needs of all citizens? The scarcity of resources, therefore, requires the State to make choices, which implies accepting that not all social claims (including those related to the health of the individual) will be supplied by the Government and not all of them can be assured in court.

KEY WORDS: Constitutional Law; Fundamental Rights; Right to health; Public Right; Scarce Resources.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PREMISSAS TEÓRICAS (SÍNTESE NECESSÁRIA). 2.1. Fundamentos Formais e Materiais dos Direitos Fundamentais. 2.1.1. Direitos Fundamentais e Sociais no ordenamento jurídico pátrio. 3. LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E ESCASSEZ. 4. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 5. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, DEMANDAS JUDICIAIS E ESCASSEZ DOS RECURSOS. 6. RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe algumas inovações de importância significativa na seara dos direitos fundamentais, tendo, pela primeira vez na

história do constitucionalismo pátrio, dado à matéria a necessária relevância.

Após mais de vinte anos de ditadura militar, a nossa Carta Magna conferiu aos direitos fundamentais um tratamento que, em verdade, foi resultante de um amplo processo de discussão ensejado com a redemocratização do país.

Ingo Sarlet³ afirma que, além do caráter analítico e do forte cunho programático e dirigente, outra característica atribuída à Constituição de 1988 que também pode ser extensiva ao título dos direitos fundamentais é o pluralismo. O pluralismo da Constituição (marca que se estende ao título dos direitos fundamentais) decorre, segundo o ilustre jurista, do seu caráter marcadamente compromissário, tendo sido acolhidas posições e reivindicações (às vezes não afinadas entre si) *resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte*, o que redundou num reconhecimento de uma enorme gama de direitos sociais, que foram adicionados aos já clássicos direitos de liberdade e políticos, e aos quais também se acrescentaram novos direitos. A importância conferida aos direitos fundamentais, o reforço atribuído ao seu regime jurídico, e mesmo a ampliação do seu conteúdo, decorreram de uma reação ao regime político ditatorial até então vigente.

Sarlet⁴ destaca que a própria localização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, *logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais*, representa um maior rigor lógico (haja vista que estes direitos constituem valores supremos, bem como verdadeiros parâmetros interpretativos do ordenamento jurídico) e reflete a melhor tradição do constitucionalismo na esfera de direitos fundamentais.

O aumento considerável do catálogo dos direitos fundamentais é também uma relevante característica da Constituição de 1988, que contemplou direitos fundamentais das diversas gerações (ou dimensões).

2. PREMISSAS TEÓRICAS (SÍNTESE NECESSÁRIA)

2.1. FUNDAMENTOS FORMAIS E MATERIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A amplitude do catálogo de direitos fundamentais, malgrado possua uma marca positiva preponderante, também apresenta fraquezas, eis que, neste rol, foram incluídas posições jurídicas de discutível fundamentalidade,

3. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75.

4. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pp. 76-77.

conforme registra Sarlet⁵, o que pode conduzir a um desprestígio do *status* especial que os direitos fundamentais desfrutam, havendo preceitos que, nada obstante gozem de importante finalidade, não ostentam as características de direitos fundamentais e que, por isso mesmo, poderiam ser remetidos ao legislador infraconstitucional ou tratados na parte orgânica da Constituição.

De acordo com o magistério do Prof. Gomes Canotilho⁶:

(...) há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; outros, pelo contrário, além de revestirem a forma constitucional, devem considerar-se materiais quanto à sua natureza intrínseca (direitos formal e materialmente constitucionais). A base da distinção deve procurar-se, segundo uma persistente tradição doutrinal, caracterizador dos direitos fundamentais materiais. **Direitos fundamentais materiais** seriam, nesta perspectiva, os direitos subjectivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal. No plano jurídico-constitucional, trata-se de uma distinção dificilmente compatível com o regime geral dos direitos fundamentais positivamente consagrado. (Destacado no original)

Há, portanto, segundo a doutrina, direitos que são apenas formalmente fundamentais e outros que são formal e materialmente fundamentais. A fundamentalidade apenas formal está vinculada ao direito constitucional positivo, e se verifica quando a Constituição confere a determinados direitos a qualidade de fundamentais, conquanto, no conteúdo, eles não pudessem ser materialmente assim rotulados. Destarte, o que é positivado como direito fundamental num determinado Estado poderá não ser positivado noutra. Já a fundamentalidade material advém do facto dos direitos fundamentais constituírem elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais quanto à estrutura do Estado e da sociedade e a posição nestes ocupada pela pessoa humana, sendo que somente o exame do seu conteúdo poderá permitir a aferição da fundamentalidade material do direito.

Cumpra aqui destacar que a Constituição Brasileira admite, de modo expresso, a existência de outros direitos fundamentais situados fora do seu Título II, inclusive com assentamento em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, bem como decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, §2º, da CF).

5. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 79.

6. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 382.

2.1.1. Direitos Fundamentais e Sociais no Ordenamento jurídico pátrio

À luz do disposto no §2º, do art. 5º, da Constituição Federal⁷, podemos afirmar que a nossa Lei Maior adotou um sistema aberto de direitos fundamentais, não sendo, pois, taxativa a enumeração dos direitos fundamentais constante no Título II.

O §2º, do art. 5º, da Carta Magna, manifesta o entendimento de que, além do conceito formal de direitos fundamentais, existem direitos que, em razão do seu conteúdo, fazem parte do rol de direitos fundamentais da Constituição de um Estado, nada obstante não estejam constando no catálogo por ela expressamente estabelecido, podendo ser implícita e indiretamente deduzidos.

Destaque-se, ainda, que a cláusula de abertura do art. 5º, §2º, da CF, não permite somente a inclusão dos direitos fundamentais escritos fora do catálogo (com ou sem assento no texto constitucional) mais também dos direitos implícitos, isto é, não escritos, mas que, mediante a atividade interpretativa, podem ser deduzidos dos direitos previstos no catálogo dos direitos fundamentais e do próprio regime e dos princípios fundamentais adotados pela Constituição. Tal preceito é, pois, de uma amplitude ímpar, porquanto permite, de modo expresso, a identificação e a construção de direitos materialmente fundamentais não expressamente positivados, bem como a identificação de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

Impende assinalar que o texto do art. 5º, §2º, da Constituição Brasileira, não se valeu da expressão “lei”. Daí porque não se admite o reconhecimento da existência de direitos materialmente fundamentais criados por normas de natureza infraconstitucional. À legislação ordinária caberá tão-só o papel de concretização e regulamentação dos direitos fundamentais positivados no texto Constitucional, conferindo-lhes aplicabilidade e maior explicitação.

Segundo o Prof. José Afonso da Silva⁸, os direitos sociais podem ser conceituados:

(...) como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais

7. Dispõe o §2º, do art. 5º, da CF: “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.”

8. Curso de Direito Constitucional Positivo, 13ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 277.

fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A Constituição de 1988, em seu Título II, elenca um extenso catálogo de direitos de cunho social, especialmente no art. 7º, além de outros direitos sociais implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, §2º).

Como bem observa Felipe Derbli⁹, na Carta de 1988, os direitos sociais possuem fundamentalidade material e formal, pois, topograficamente, grande parte destes direitos está situada no Título II, referente aos direitos e garantias fundamentais, havendo, em decorrência da cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º, a permissão para que outros direitos sociais sejam adicionados àqueles expressamente previstos no texto constitucional.

Os direitos sociais, ditos de segunda geração, consagram os valores de justiça e dignidade da pessoa humana (valores eleitos como relevantes pelo constituinte originário) e, exatamente por isso, estão vinculados às decisões políticas fundamentais do Estado. Assim, não há como os poderes constituídos pretenderem decidir, à sua livre escolha, dentre os direitos sociais, qual direito poderá ser ou não qualificado como fundamental¹⁰.

2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CRITÉRIO FUNCIONAL

Tomando-se por base a classificação adotada pelo Prof. Ingo Sarlet¹¹, os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos a prestações. Os direitos a prestações, por sua vez, se subdividem em direitos à proteção, direitos à participação na organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais). Diversamente do que ocorre em outros sistemas constitucionais, na nossa ordem constitucional, os direitos de defesa e os direitos a prestações gozam de igual dignidade, não havendo a prevalência de nenhum deles.

Pois bem. Os direitos fundamentais de defesa se referem àqueles direitos de matriz liberal-burguesa, caracterizando-se por impor ao Estado um dever de não ingerência na esfera de autodeterminação do indivíduo, na

9. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 101-102.

10. DERBLI, Felipe. Ob. cit., pp. 101-102.

11. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 184 e seguintes.

esfera de liberdade pessoal deste, a quem é outorgado o direito subjetivo de se opor a qualquer intromissão indevida do Poder Estatal. Eis o magistério do Prof. Gomes Canotilho¹²:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Cumprir destacar que a ingerência do Poder Público na esfera de liberdade pessoal do indivíduo é vedada apenas se ocorrer em desconformidade com a Constituição, pois nenhum direito, mesmo aquele que se qualifica como fundamental, é absoluto, podendo sim, desde que observado o princípio da proporcionalidade e desde que preservado o seu núcleo essencial, haver a restrição de determinado direito fundamental em função de outro que, na situação concreta, se apresente preponderante.

Daí porque esta função de defesa ou função de liberdade, como assim denomina Canotilho¹³, não se traduz numa exclusão total de qualquer ingerência do Estado, antes constituindo uma limitação desta ingerência na esfera jurídica individual, que fica condicionada a determinados requisitos e pressupostos.

Utilizando-se do critério da função preponderante, Sarlet¹⁴ também inclui os chamados direitos políticos na categoria dos direitos de defesa, ainda que a estes direitos também se possa reconhecer uma dimensão prestacional indireta. É que tais direitos estão necessariamente atrelados aos direitos pessoais de liberdade, pois, juntos, constituem um verdadeiro *status* global de liberdade, havendo, de modo inegável, uma íntima relação entre os chamados direitos políticos e as liberdades de reunião, de associação, de imprensa, de informação, que são fundamentais para a existência de um Estado que se denomina Democrático de Direito.

Finalmente, no catálogo dos chamados direitos de defesa, ainda se incluem as denominadas garantias fundamentais (tanto os direitos-garantia como as garantias institucionais revestidas de fundamentalidade).

12. Ob. cit., p. 383.

13. Ob. cit., p. 383.

14. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pp. 193-197.

Ao Poder Público, no entanto, além da não-intervenção na esfera jurídica individual da pessoa, incumbe, ainda, o dever de garante da liberdade e da igualdade outorgadas pelos direitos de defesa, cumprindo-lhe possibilitar aos indivíduos o efetivo exercício das liberdades fundamentais, objetivando que a estes seja conferida uma liberdade perante e por intermédio do próprio Estado. Os direitos a prestações, portanto, exigem uma postura ativa do Estado, que se obriga a disponibilizar aos indivíduos prestações de natureza material e jurídica.

Já os direitos fundamentais a prestações em sentido amplo, como é cediço, se enquadram nos denominados direitos de segunda geração e refletem a evolução do Estado de Direito (de cunho liberal-burguês) para o chamado Estado Democrático e Social de Direito.

Como se pode ver, os direitos a prestações em sentido amplo abrangem grupos distintos de posições jurídicas fundamentais, que variam quanto ao seu objeto e mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, o que acaba por refletir na sua eficácia e efetivação.

Assim, os direitos à proteção e os direitos de participação na organização e no procedimento, espécies do gênero direitos a prestações, podem ser vinculados primordialmente ao Estado de Direito (garantidor das liberdades públicas). Já os direitos a prestações em sentido estrito podem ser vinculados ao Estado Social, também denominado de Estado do Bem-Estar, que avocou para si a tarefa de promoção da justiça e da igualdade sociais.

3. LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E ESCASSEZ

Não há como negar que todos os direitos fundamentais, mesmo os denominados direitos fundamentais de defesa, contêm uma dimensão positiva, no sentido de que reclamam (ou podem vir a reclamar) determinadas medidas de caráter comissivo por parte do Poder Público para a completa satisfação. Isto implica reconhecer que todo e qualquer direito fundamental gera algum custo para o Estado, o que, evidentemente, torna necessário alocar recursos materiais e humanos para o seu respectivo gozo e proteção.

Gustavo Amaral¹⁵ pondera que, para uma acertada compreensão das pretensões positivas, o intérprete sempre deve pressupor a limitação de recursos para o atendimento de todas as demandas e, conseqüentemente, também deve pressupor não só a existência bem como a legitimidade das

15. Direito, Escassez e Escolha: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 109.

decisões alocativas feitas pelo Estado com vistas à concretização das normas que tratam dos direitos fundamentais. Essas decisões, por sua vez, implicam no atendimento de uns e no não-atendimento de outros, ainda que o não-atendimento possa vir a significar a morte, daí porque essas decisões são também denominadas de decisões disjuntivas.

A ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Sem tradução exata para o português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender. Preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis. Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico. Uma UTI neonatal consome recursos – dinheiro, espaço, pessoal – que não estarão disponíveis para atender as necessidades que não sejam de recém-nascidos.¹⁶

Ora, à Administração Pública cabe garantir e efetivar direitos fundamentais. Para tanto, deve implantar determinadas ações e programas, ou seja, deve implementar políticas públicas, o que envolve gastos. Como não há recursos ilimitados, torna-se necessário, portanto, *priorizar e escolher* em que o dinheiro público existente e disponível deve ser investido. Outrossim, além de ter que decidir *em que gastar*, o Poder Público também tem que decidir *como gastar*, para tanto levando sempre em consideração os objetivos específicos que busca atingir.

Para Ana Paula de Barcellos¹⁷:

Não há dúvida de que definir quanto se deve gastar de recursos públicos, com que finalidade, em que e como são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, **e não do magistrado**. A própria Constituição o reconhece ao dispor sobre as competências do Executivo e do Legislativo no que diz respeito à elaboração do orçamento, a sua execução e controle. Assim, é certo, a invasão dessa seara pelo Direito poderia produzir um desequilíbrio equivocado, que sufocaria o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia. (Grifo nosso)

Assim, os poderes legitimados pelo voto popular (Executivo e Legislativo) é que detêm a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos

16. AMARAL, Gustavo. Ob. cit., p. 150.

17. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2ª ed. amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345.

(que não são ilimitados, mas, sem dúvida, limitados e escassos) devem ser gastos¹⁸. É que tais recursos são obtidos mediante a cobrança de tributos, e se é o povo quem paga os tributos, logo, é também o povo, de forma direta ou através dos seus representantes democraticamente eleitos, quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. A questão, pois, diz respeito à legitimidade democrática.

É importante frisar, todavia, que aqui não se está preconizando a completa e absoluta ausência de controle jurídico em matéria de políticas públicas, nem em matéria de decisões alocativas efetuadas pelos Poderes competentes. Até porque, as escolhas concernentes aos gastos públicos não constituem matéria inteiramente reservada à deliberação política, antes estando também sujeita à incidência de normas jurídicas constitucionais¹⁹.

Nos dizeres de Ana Paula de Barcellos²⁰,

[...] é importante não transformar a questão em uma falsa escolha entre dois extremos. Não existem apenas duas opções radicais: a colonização total da política pelo direito ou a absoluta ausência de controle jurídico em matéria de políticas públicas. Existem possibilidades intermediárias de controle aguardando desenvolvimento.

O controle social da aplicação dos recursos públicos ocorrerá eficazmente quando houver um processo de escolhas públicas em matéria de orçamento, afinal, publicizar as escolhas [...] *não é apenas divulgar, mas é tornar público o processo de escolha*²¹.

Ao permitir que a sociedade também discuta o conteúdo do orçamento (através da realização de audiências públicas, debates e fóruns com a maciça participação das associações civis, por exemplo) o Poder Público estará abrindo caminhos para que informações transitem tanto na direção do Governo quanto na direção dos cidadãos. Isto, por um lado, permitirá ao Estado captar com maior clareza e precisão quais as demandas sociais de maior urgência e relevância a serem prioritariamente atendidas, o que fundamentará

18. É evidente que a excepcional intervenção do Poder Judiciário no controle das opções políticas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo será necessária quando houver uma violação clara, inequívoca e inteiramente arbitrária das incumbências constitucionalmente estabelecidas. Nesse sentido já se manifestou o STF no julgamento da ADPF 45.

19. Basta lembrar que a própria Constituição Federal, em alguns de seus artigos, estabeleceu percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas de atuação. É o que ocorre com a saúde (art. 198, §2º) e a educação (art. 212). Outrossim, a Constituição também vedou o uso dos recursos oriundos das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, em despesas que sejam distintas do pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social (art. 167, XI).

20. Ob. cit., p. 349.

21. AMARAL, Gustavo. Ob. cit., p. 180.

a alocação dos limitados recursos disponíveis; por outro lado, fará com que os participantes desses processos de escolhas públicas adquiram a exata noção da limitação dos recursos disponíveis e da complexa dinâmica de sua gestão pela Administração Pública e, por consectário, também adquiram a exata noção dos limites objetivos às suas demandas.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O direito à saúde, previsto no art. 6º e no art. 196 da Constituição Federal, à semelhança dos outros direitos sociais, também goza da qualidade de direito fundamental, compartilhando, inclusive, da dupla fundamentalidade (formal e material) já anteriormente mencionada, porquanto a saúde se traduz num bem de indiscutível essencialidade para a pessoa humana. Aliás, não é por outra razão que tem sido objeto de tutela tanto como direito humano quanto como direito fundamental.

O art. 6º, da nossa Carta Magna, qualifica a saúde como um direito social, assim como o direito à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

O direito à saúde está inserido no Título VIII, da Constituição Federal, que trata da ordem social. De acordo com o art. 193, da CF, a ordem social tem como fundamento o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. O art. 194, da Carta Magna, descreve a seguridade social como um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas à garantia dos direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social, tendo os seus objetivos claramente definidos no parágrafo único.

A definição do direito à saúde, por sua vez, é encontrada no art. 196, da CF, que assim dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

À luz da norma acima transcrita, o que se constata é que o direito fundamental à saúde: (I) é de titularidade de todos, portanto, universal, atribuído aos brasileiros e também aos estrangeiros residentes no país; (II) é dever do Estado, o responsável por sua prestação; (III) é garantido através da

implementação de políticas sociais e econômicas, com o objetivo de reduzir o risco de doença e de proporcionar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O art. 196, da Constituição Federal, deixa claro, portanto, que a garantia do direito à saúde se dará por meio de *políticas sociais e econômicas*, tarefa que, por sua vez, incumbe aos Poderes Executivo e Legislativo, os executores de políticas públicas, também sendo necessário salientar que a efetividade e a aplicação deste direito fundamental devem respeitar e garantir a isonomia e a universalidade do acesso, porquanto também se constitui ele próprio (o direito à saúde) em um típico direito de justiça social.

Uma vez que a Constituição estabeleceu que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo garantido através de políticas públicas que visem, além da redução do risco de doenças e de outros agravos, *ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*, não há como negar que tal dever vincula-se, pois, à garantia do acesso universal às referidas ações e serviços.

5. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, DEMANDAS JUDICIAIS E ESCASSEZ DOS RECURSOS

Sem dúvida, o reconhecimento do caráter normativo e da aplicabilidade imediata constituiu o primeiro grande passo rumo à afirmação dos direitos fundamentais sociais. De fato, ao se reconhecer o direito à saúde como um direito a prestações materiais, superou-se a concepção de que a norma insculpida no art. 196, da nossa Lei Fundamental, teria um mero caráter programático.

Sucedo que tal relevante constatação terminou por conduzir a atuação de alguns setores do Poder Judiciário ao reconhecimento e à aplicação do direito à saúde como um direito absoluto e ilimitado, mediante decisões que determinam aos entes públicos a concessão das mais variadas formas de tratamentos e de remédios, ignorando, por completo, a questão relativa ao alto custo da tutela concedida. Sob o exclusivo fundamento da garantia do direito constitucional à saúde, tem-se, contudo, alimentado uma evidente desigualdade no acesso às ações e aos serviços de saúde, através de concessões indiscriminadas e desprovidas de quaisquer critérios.

Ao assegurar que qualquer indivíduo, com base no direito fundamental à saúde, tem direito à qualquer prestação do Estado, sem fazer quaisquer outras considerações a respeito, inclusive acerca do custo da prestação postulada, estará

o Judiciário ignorando as conseqüências distributivas das suas próprias decisões e, por conseqüência, comprometendo a própria universalidade do sistema.

Não raro, a Administração é condenada judicialmente a custear tratamentos de altíssimo custo e de eficácia não comprovada, bem como medicamentos de valores igualmente elevados e ainda em fase experimental ou mesmo de duvidosa eficácia, que não constam nas listas elaboradas pelos entes federativos.

Tais decisões põem em xeque a continuidade das políticas de saúde pública, porquanto desorganiza atividade administrativa e inviabiliza a alocação racional dos recursos públicos, já bastante escassos. Se por um lado, cada uma dessas decisões pode até atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, por outro lado, com certeza, globalmente, irão impedir a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Ricardo Seibel de Freitas Lima²² salienta que:

(...) o direito à saúde foi caracterizado como direito fundamental social, inserido em uma ordem social constitucional que tem por finalidade direta a promoção do bem-estar e da justiça social, como preceitua o próprio artigo 193 da Constituição. A justiça social, por sua vez, visa diretamente ao bem comum, e apenas indiretamente ao bem deste ou daquele particular, consistindo em ações devidas à comunidade como um todo, cujo benefício a cada membro da comunidade é apenas indireto.

Ora, a multiplicação diária das demandas judiciais, em que se postulam a concessão de tratamento médico individual ou de determinados remédios que não integram as listas de medicamentos fornecidos pelo Poder Público, certamente compromete o erário e, sem dúvida, acaba por resultar na utilização de verba orçamentária inicialmente destinada à implantação de políticas de saúde pública de interesse de toda coletividade.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo²³ alertam para a premente necessidade de uma maior conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que tanto podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, contudo, ao assim fazê-lo, deverão agir com a máxima cautela, responsabilidade e bom senso.

Frise-se, ademais, que a justiça do caso concreto deverá sempre corresponder àquela que possa ser garantida a todos quanto estão ou possam

22. Direito à saúde e critérios de aplicação. In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 247.
23. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 31 e ss.

futuramente estar em situação idêntica à examinada, sob pena de inegável violação ao princípio da isonomia.

Eis, então, o embate que se estabelece entre a microjustiça e a macrojustiça, cabendo ao julgador o cuidado de, ao promover os direitos fundamentais de uns, não causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Afinal, o atendimento de uns não poderá implicar no desatendimento de muitos.

A propósito, trazemos à colação trecho da decisão proferida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Suspensão de Segurança n. 20050401000213-1/PR, suspendendo liminar concedida em Mandado de Segurança no qual o impetrante havia postulado a liberação de valores para a realização de cirurgia nos Estados Unidos. O deferimento da suspensão se deu tendo em vista a grave lesão que seria ocasionada à saúde e à economia públicas ao se privilegiar uma situação isolada. Eis as palavras do Exmo. Desembargador:

O Estado, ao liberar vultosa soma (U\$ 275.000 – duzentos e setenta e cinco mil dólares) para atender a uma situação isolada, prejudicaria as demais políticas públicas voltadas à saúde, como a de combate ao câncer, à Aids, ao diabetes mellitus, à hipertensão arterial, dentre tantas outras, tendo em vista a evidente escassez dos recursos orçamentários para tal fim. Em outras palavras, centenas de brasileiros se veriam privados de tratamento porque a verba foi direcionada a apenas um. Saliente-se que há notícias de que o custo de uma cirurgia de intestino no Brasil custa aproximadamente U\$41.379, ou seja, aproximadamente U\$ 260.000 (duzentos e sessenta mil dólares) menos do que a de uma realizada na América do Norte. Assim, considerando que os recursos orçamentários são limitados, não há como deixar de considerar procedente o argumento da União, segundo o qual o cumprimento da liminar causaria grave ofensa à economia e à saúde públicas.

É preciso salientar que, nas referidas demandas, não se estará perante a colisão de valores ou de interesses contrapostos, ou seja, de um lado, o direito à vida e à saúde, e, de outro, interesses meramente financeiros do Estado. Não mesmo. Quando o Judiciário se manifesta acerca da alocação de recursos do orçamento da saúde (e, ao deferir a prestação postulada, o Judiciário se manifesta sobre a utilização dos recursos orçamentários, porquanto valores que, inicialmente, seriam destinados pela Administração para efetivar políticas de saúde pública serão utilizados para o cumprimento da decisão judicial), o verdadeiro conflito que se instala, nos dizeres de Gustavo Amaral²⁴, é entre “a vida” do requerente e “a vida” de tantos outros.

24. Ob. cit., p. 171

Também é preciso considerar que, se tomada apenas isoladamente, para nenhuma situação levada à apreciação do Judiciário haverá falta de recursos, porque não haverá tratamento de saúde ou medicamento cujo custo possa ultrapassar o orçamento da União, dos Estados ou da maior parte dos Municípios²⁵. Se focado apenas o caso concreto, o caso individual, se vislumbrada apenas a quantia de cinco, ou de dez, ou mesmo de vinte mil reais por mês, destinada a custear o tratamento daquele que se dirigiu às portas do Judiciário, não se vislumbra escassez de recursos. Mas, se estas milhares de demandas foram consideradas globalmente, aí sim, o impacto orçamentário será visível e, sem dúvida, bastante danoso, capaz de obstar a prestação universalizada do serviço de saúde²⁶.

6. A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A forma de positivação, bem como a função exercida pelos direitos fundamentais, produzem inegável influência sobre o grau de eficácia e aplicabilidade desses direitos. De logo, relembramos que os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grupos distintos: os direitos de defesa e os direitos a prestações em sentido amplo.

Por sua vez, os direitos a prestações em sentido amplo, como já registramos alhures, podem ser divididos em três subgrupos: os direitos à proteção, os direitos de participação na organização e no procedimento e, finalmente, os direitos a prestações em sentido estrito (também denominados de direitos sociais).

Se com relação aos direitos fundamentais de defesa não há maiores controvérsias no que se refere ao reconhecimento de que são diretamente aplicáveis, podendo, de imediato, desencadear todos os seus efeitos jurídicos, tal não ocorre quanto aos direitos a prestações em sentido estrito (ou também denominados de direitos sociais), em relação aos quais se travam as mais acirradas controvérsias relativas à aplicabilidade, à eficácia e à efetividade das normas que os contêm.

Entretanto, há que se mencionar que, justamente por terem como

25. AMARAL, Gustavo. Ob. cit., p. 80.

26. Conforme informação obtida através da leitura do texto de Daniel Wei Liang Wang, Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF, In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 350, só em 2007, os Estados gastaram, em média, R\$500 milhões no cumprimento de decisões judiciais referentes à saúde. Os gastos do Ministério da Saúde só com a compra de medicamentos por ordem judicial alcançaram, no ano de 2008, a cifra de R\$ 52 milhões. Só na capital, o Estado de São Paulo teve um gasto de R\$65 milhões no fornecimento de remédios e tratamentos médicos por força de decisões judiciais.

objeto o fornecimento de prestações, o que implicará custos para o Estado, os direitos fundamentais sociais também dependem de circunstâncias de natureza socioeconômica, motivo pelo qual, muitas vezes, são positivados de forma aberta e vaga, cabendo ao legislador a conformação do seu conteúdo através da atividade concretizadora.

Não há como negar que todos os direitos fundamentais, mesmo os direitos fundamentais de defesa, implicam em algum custo para o Estado, pois os direitos de liberdade, por exemplo, assim como todos os demais direitos de defesa, exigem, para a sua efetiva fruição, um conjunto de medidas positivas realizadas precedentemente pelo Poder Público, com inegável alocação de recursos materiais e humanos para sua proteção e gozo.

Mas é com relação aos direitos fundamentais sociais, que implicam no fornecimento de prestações positivas do Estado, que o fator custo assume especial relevância, dependendo da existência de recursos financeiros para a plena produção dos seus efeitos, vinculando-se ao que se convencionou denominar de reserva do possível. Vale enfatizar que, no que se refere ao custo, a diferença havida entre os direitos sociais e os direitos de defesa é apenas uma questão de grau, de intensidade e, não, de natureza. Para Cristina Queiroz²⁷ deve-se entender por reserva do possível:

Concretamente, a dependência desses direitos dos “recursos disponíveis”, querendo com isso acentuar a dependência dos direitos fundamentais sociais dos “recursos econômicos” existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira. No mínimo, uma qualificação que se traduz no reconhecimento de que a inexistência de recursos econômicos força os poderes públicos a fazer menos do que aquilo que em princípio se encontravam obrigados a fazer.

No mesmo sentido, ensina a jurista carioca Ana Paula de Barcellos²⁸ que:

A rigor, sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. [...] a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível fática. O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular.

27. Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 99.

28. Ob. cit., pp. 262-263.

Com efeito, a teoria da reserva do possível se alicerça na constatação de que os direitos fundamentais (sobretudo aqueles de cunho prestacional) exigem um conjunto de medidas positivas por parte do Estado para a sua implementação. Estas medidas, por conseguinte, implicam em custos orçamentários, estando, pois, na dependência de uma conjuntura econômica favorável para serem efetivadas. A expressão reserva do possível, portanto, busca identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis perante as infindáveis necessidades a serem supridas pelo Estado, que, sem dúvida, precisará de dinheiro para atendê-las, pois não pode fazer milagres, e dinheiro não cai do céu nem dá em árvores. A limitação de recursos existe. É fato que não se pode negar.

Sucede que também é necessário atentar que a existência de um Estado de Direito Constitucional implica, necessariamente, que as ações do Poder Público sejam juridicamente vinculadas aos termos estabelecidos na Constituição, ou seja, o que a Carta Magna dispõe quanto as suas prioridades, as suas metas e os seus fins deve ser observado pelos poderes constituídos.

Sendo assim, ao gastar o que foi arrecadado, o Estado, além de manter a sua estrutura de funcionamento, deverá buscar a concretização dos seus fins e objetivos, fins estes que já se encontram previamente determinados na sua Lei Maior, que estabelece prioridades e objetivos fundamentais, sobressaindo-se, dentre eles, a efetiva promoção e preservação da dignidade da pessoa humana.

Se o Poder Público, portanto, está obrigado a atingir os objetivos fundamentais que a Constituição estabelece, e se a despesa pública é necessária para alcançá-los, os limitados recursos financeiros disponíveis devem ser destinados, com absoluta prioridade, para o atendimento dos fins e metas considerados essenciais pela nossa Lei Fundamental, até que eles sejam concretizados.

O que não pode ocorrer, e isso se faz necessário frisar, é que a limitação dos recursos disponíveis, recursos que são realmente escassos, seja vulgarizada a tal ponto que acabe se transformando para o Poder Público numa mera desculpa mágica, e por demais cômoda, de modo a inviabilizar a mudança social almejada pelo Direito, gerando uma verdadeira crise de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Destarte, quanto menor a disponibilidade dos recursos públicos, maior e mais clara se apresenta a efetiva necessidade de uma deliberação responsável e competente acerca da utilização desses recursos, lançando-se mão, inclusive, de uma gestão democrática do orçamento público, bem como

do aperfeiçoamento do processo de administração das políticas públicas de modo geral, guiando-se o Poder Público, sempre e sempre, pelos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.

Assim, podemos afirmar que os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito que compõem o chamado mínimo existencial, aí estando incluído, por exemplo, o direito à saúde básica²⁹, são plenamente sindicáveis, e os seus titulares podem exigir-los judicialmente do Estado. Ingo Sarlet³⁰, ao dispor sobre a possibilidade de reconhecimento da qualidade de direitos subjetivos aos direitos fundamentais a prestações, esclareceu que:

[...] ao advogarmos o entendimento de que na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos – enfatize-se este ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer.

É, pois, com relação àqueles direitos sociais não vinculados ao mínimo existencial que se reconhece a dependência da concretização e da plena produção de seus efeitos a fatores relacionados às circunstâncias sócio-econômicas, entre às quais destacamos a necessária existência de disponibilidade orçamentária.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde assegurado pela Constituição consiste num direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, bem como ao universal e igualitário acesso às ações e aos serviços executados no sentido da sua promoção, proteção e recuperação.

Enquanto direito fundamental social, o direito à saúde se configura

29. Prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam, eis um parâmetro para se reconhecer as prestações que se incluem na definição de saúde básica. É o caso, por exemplo, do atendimento à gestante e do acompanhamento pré e pós-natal da criança, das ações de prevenção epidemiológica através da administração em massa de vacinação, do atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas (como o cardiológico, o ginecológico etc), do acompanhamento de doenças típicas da terceira idade (como a hipertensão, o diabetes etc) e do saneamento básico.

30. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 373.

como um direito a prestações a serem fornecidas pelo Poder Público, conquanto não possa nem deva ser concebido como um direito absoluto e ilimitado a ser exercido contra o Estado.

Quando se fala em direito à saúde, e nos mecanismos para o seu efetivo atendimento, faz-se necessário visualizar a demanda social existente, e não apenas aquela que está sendo submetida à apreciação judicial, porquanto, atendendo-se somente aqueles que acorrem ao Judiciário, corre-se o risco de se esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não bateram às portas do Estado-Juiz, por absoluta falta de recursos para fazê-lo. A satisfação de um problema imediato poderá inviabilizar o atendimento de diversos outros de igual modo relevantes e legítimos, haja vista que os recursos financeiros e materiais existentes para atendê-los são finitos e escassos.

É preciso levar em conta que o exercício do direito social à saúde enseja um custo, que não é baixo, o que evidencia o fato de que também esse direito fundamental está vinculado às possibilidades orçamentárias do Estado, de modo que, restando objetivamente comprovada a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, dela não se poderá exigir a imediata efetivação de determinadas prestação, ainda que fundadas na Carta Política de 1988.

Mas, como enfatizado, o argumento da escassez de recursos não pode autorizar o completo esvaziamento dos direitos fundamentais, muito menos do direito fundamental à saúde, diretamente impactante na vida de cada indivíduo e na sua dignidade. Todavia, a constatação dos limites orçamentários impõe que as necessidades e as possibilidades sejam ponderadas, devendo esta ponderação ocorrer no campo das escolhas públicas, na definição das políticas públicas a serem prioritariamente implementadas.

Essas decisões alocativas têm como sede o orçamento e devem ser pautadas nos objetivos e fins constitucionais, levando sempre em consideração o grau de essencialidade dos diversos interesses e das múltiplas necessidades a serem atendidas, cumprindo à Administração justificar a validade das suas escolhas.

Registre-se, por relevante, que o direito à saúde deve ser afirmado mediante a implementação de *políticas públicas* e, como tal, é que deverá ser controlado. A pretensão de cada indivíduo, portanto, deverá ser à política pública de saúde e não à adjudicação individual de determinados bens.

Quanto ao mínimo existencial, e a *saúde básica* integra o mínimo existencial, o seu eventual não atendimento deverá pressupor um motivo realmente extremo, uma completa e absoluta impossibilidade orçamentária, cabalmente demonstrada.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. rev. atual. e ampl. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **O Conceito de política pública em direito**. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização de direitos fundamentais*, disponível em <http://www.ufrgs.br>. Acesso em: 08 de julho 2017.
- QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais: Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

A (DES)NECESSIDADE DA EDIÇÃO DA LEI Nº 13.146/2015 NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Sarah Cabral Ferreira Bispo¹

RESUMO: Este artigo analisou a necessidade de ter sido editada a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, para a promoção dos direitos dessas pessoas. Isto porque, existe no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, norma de estatura equiparada à Constituição, com a mesma finalidade protetiva buscada pela lei infraconstitucional. Para tanto, a pesquisa foi iniciada com uma breve exposição sobre a Constituição Federal de 1988 e o tratamento conferido às pessoas com deficiência, notadamente a evolução histórica do conceito de deficiência perpassado ao longo dos anos. Após, foi realizada uma análise da Convenção Internacional e o seu propósito de promover os direitos das pessoas com deficiência, questionando-se, a partir de então, a natureza da Lei nº 13.146/2015, se de legislação simbólica. Por fim, partiu-se para responder a problemática levantada pelo presente artigo, concernente na necessidade ou não de ter sido criado o Estatuto, oportunidade na qual foram analisadas as obrigações contraídas com a ratificação da Convenção Internacional e o papel do legislador ordinário na consecução dos ditames constitucionais, bem como ressaltadas algumas inovações trazidas pela legislação em comento.

Palavras-chave: estatuto; pessoa com deficiência; constituição; convenção internacional; direitos fundamentais; sistema de proteção.

ABSTRACT: This monograph analyzed the need of the creation of the Law 13.146 of July 6th, 2015, also called Accessibility Statue, to promote the rights of persons with disabilities, considering that already exists in the brazilian legal system a standard height equivalent to the Constitution for the same purpose. Therefore, the research began with a brief statement of the Federal Constitution of 1988, the study of people with disabilities and the social and legal treatment

1. Advogada, graduada pela Faculdade Baiana de Direito, especialização em Direito Processual Civil em andamento. E-mail para contato: sarahcabralf@hotmail.com.

that they received throughout history. Then, it began the study of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its purpose of promoting the rights of persons with disabilities. From this perspective, it argued the Law 13.146/15 and whether it can fit the concept of symbolic legislation. After that, it started to answer the main problem and form a judgment on whether or not it was enacted Law 13.146/15, in an opportunity in which it was analyzed the duty assumed with the ratification of the International Convention and the role of the Legislator in the accomplishment of the constitutional dictates were analyzed, as well as some innovations brought by the legislation in question.

Keywords: statute; disabled person; constitution; international convention; fundamental rights; protection system.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA; 2.2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO; 3 LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA; 3.1 A OBRIGATORIEDADE EXTRAÍDA DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL E O PAPEL DO LEGISLADOR ORDINÁRIO NA CONSECUÇÃO DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS; 3.2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.146/2015; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar se havia, de fato, a necessidade da edição da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência. A problemática envolvendo a questão reside na existência, no ordenamento jurídico brasileiro, da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado este ratificado pelo Brasil e incorporado ao sistema interno como norma equivalente à emenda constitucional.

A finalidade desse tratado de direitos humanos é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos das pessoas com deficiência e considerando a sua natureza de norma constitucional é que se questionou a real necessidade de ter sido editada uma lei infraconstitucional, com um propósito já buscado por norma que encerra imperatividade e coercibilidade superior a qualquer lei ordinária.

A abordagem do tema se iniciou com uma breve exposição da Constituição Federal de 1988, que instituiu no país o Estado Democrático de Direito pautado nos direitos fundamentais e no valor da dignidade da pessoa humana. Ato contínuo, partiu-se para discorrer sobre o tratamento que a atual Constituição confere às pessoas com deficiência, apresentando o conceito de deficiência e sua evolução ao longo da história. Após, o enfoque foi analisar a Convenção Internacional e, a partir dela, questionar se a Lei nº 13.146/2015 pode ser considerada uma legislação simbólica.

Por fim, o objetivo foi o de se posicionar frente ao problema proposto, apresentando uma resposta para a indagação que questionava a necessidade ou não da edição da Lei nº 13.146/2015. A construção do raciocínio se desenvolveu pelas obrigações dos Estados Partes aderentes à Convenção Internacional e pela análise do papel do legislador ordinário na consecução dos ditames constitucionais, ressaltando, em arremate, as principais inovações trazidas pela legislação em análise.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988, tendo como finalidade instituir um Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Em contraposição ao regime militar que precedeu a promulgação da nova ordem jurídica instalada, se inaugura, pós 1988, um componente revolucionário de transformação do *status quo*, valorizando o ideal democrático, os direitos fundamentais e a pessoa humana.²

A Constituição incorpora o preceituado por Immanuel Kant em sua teoria do imperativo categórico, no qual o ser humano passa a ser visto como um fim em si mesmo, bem como para outros, não podendo ser usado como instrumento para consecuições diversas.³

A dignidade da pessoa humana se impõe “como núcleo básico e formador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de

2. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 114 *et seq.*

3. KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 1. ed. São Paulo: Folha de S. Paulo. Coleção Folha: Livros que mudaram o mundo, v. 8, 2010, p. 163.

valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”,⁴ conferindo aos direitos fundamentais unidade de sentido e feição particular de valores essenciais.

Esses direitos apresentam verdadeira função ordenadora ao sistema, na medida em que incorporam e salvaguardam as exigências de justiça, valores éticos e garantias indispensáveis, cuja interpretação das normas constitucionais advém de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional.⁵

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana se justifica pela série de barbáries em nome da lei ocorridas ao longo da história da humanidade. Movimentos políticos e militares que ascenderam ao poder e ao quadro da legalidade promovendo diversas atrocidades, emergiram grande crítica e repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico que seja indiferente a valores éticos e confinado à ótica meramente formal.⁶

A Constituição de 1988, como resultado do processo de ruptura política ao regime ditatorial e firmando suas bases no ideal democrático, nos direitos fundamentais e na noção de dignidade da pessoa humana, conferiu especial proteção aos grupos minoritários e aos tidos como vulneráveis, por terem sido estes os maiores alvos dos regimes opressores e das arbitrariedades noticiadas ao longo da história da humanidade.

Além dos direitos e deveres individuais e coletivos que englobam o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, e dos direitos sociais voltados para a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência, assistência social e a proteção à maternidade e à infância, destinados a todos, indistintamente, o texto constitucional também se preocupou em pontuar tutelas específicas para as pessoas com deficiência no intuito de não restarem dúvidas de que a estas também deve ser assegurado o exercício de tais direitos.

Fixa, assim, competência comum aos entes federais para cuidar da proteção e garantia das pessoas com deficiência e concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre sua integração social. Prevê, ainda, a garantia de reserva de vagas aos cargos e empregos públicos; habilitação e reabilitação profissional; assistência social e benefício previdenciário; atendimento

4. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

5. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 98.

6. *Ibidem*, p. 94.

especializado na rede de ensino; e acessibilidade aos bens e serviços coletivos, inclusive aos já existentes, contrapondo-se às ordens constitucionais anteriores a de 1988 que não dedicaram especial atenção a essas pessoas.

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

É certo que a deficiência no ser humano não é um tema novo, no entanto, a preocupação com a sua prevenção e a proteção dessas pessoas são temas que ganharam maior destaque principalmente após a ocorrência das duas Guerras Mundiais que fizeram aumentar, sobremaneira, o número de pessoas com deficiência ao redor do mundo.⁷

Cada ordenamento jurídico trata o tema com características especiais. Determinados países conferem uma proteção mais efetiva, enquanto que em outros, como é o caso do Brasil, “o tema é tratado de forma insuficiente pelo legislador infraconstitucional e pelas autoridades em geral”.⁸

Em âmbito constitucional, a primeira notícia em relação as pessoas com deficiência veio na Constituição de 1967, por meio da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que utilizando da expressão “excepcionais” indicou, no seu art. 175, § 4º, que cabia à lei especial, dentre outras providências, dispor sobre a educação dessas pessoas.⁹

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978, já utilizando o termo “deficientes”, ampliou o leque dos direitos a fim de propiciar sua melhoria da condição social e econômica, especialmente mediante educação especial e gratuita; assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; e possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.¹⁰

7. ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protacao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 8 *et seq.*

8. *Ibidem*, *loc. cit.*

9. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Senado, 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

10. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 12**, de 17 de outubro de 1978. Assegura aos Deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Brasília, DF: Senado, 19 out. 1978. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Todavia, é com a Constituição Federal de 1988 que a temática ganha um novo perfil e os direitos das pessoas com deficiência, notadamente os fundamentais, voltados para os âmbitos do trabalho e emprego, educação, seguridade social, transporte público, mobilidade, acessibilidade, dentre outros, recebem especial tratamento.¹¹

Pela própria análise das nomenclaturas que eram utilizadas para se referir a essas pessoas – “excepcionais”, “deficientes” e outras utilizadas pelo senso comum como “pessoas inválidas” e “incapazes” – é possível perceber a ideia que se tinha e que se tem sobre elas.¹²

Tais expressões carregam um forte peso de exclusão social e de inferiorização e refletem os estigmas históricos com que as pessoas com deficiência vêm sendo tratadas ao longo dos anos.¹³

A opção da nossa atual Constituição foi adotar “pessoas portadoras de deficiência”, contudo, a pessoa não porta uma deficiência, ela a tem, de modo que a terminologia mais adequada é “pessoa com deficiência” por manter no núcleo da expressão a ideia de “pessoa” e, ao mesmo tempo, retirar essa noção equivocada de se portar a deficiência.¹⁴

O reconhecimento da condição de sujeito de direitos da pessoa com deficiência nem sempre existiu. Isto porque, durante muito tempo o modelo médico que dominava as definições de deficiência.

Esse modelo identifica a pessoa com deficiência como alguém com algum tipo de inadequação para a sociedade,¹⁵ que possui um “defeito pessoal” e necessita de tratamento ou cura, cabendo à quem a possui se adaptar à vida social.¹⁶

11. ARAUJO, Luiz Alberto David; ARAUJO, Cintia Rejane Moller de. O Direito Fundamental à Acessibilidade das Pessoas com Deficiência: Desafios que se Aproximam com as Paraolimpíadas. In: LEITE, George Salomão. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 709.

12. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 8.

13. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: Um Ato de Coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *et. al.* (Coords.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

14. ARAUJO, Luiz Alberto David. *Op. cit.* 2016, p. 8.

15. MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. **A nova maneira de se entender a Deficiência e o Envelhecimento**. Texto para Discussão nº 1040. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, set., 2004. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1040.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 10 *et seq.*

16. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 221 *et seq.*

Contrapondo-se à abordagem biomédica, surgiu o modelo social, hoje prevaiente, que encara a deficiência como um resultado da interação “entre características corporais do indivíduo e as condições da sociedade em que ele vive, isto é, da combinação de limitações impostas pelo corpo com algum tipo de perda ou redução de funcionalidade (‘lesão’) a uma organização social pouco sensível à diversidade corporal”.¹⁷

Este modelo é também chamado de direitos humanos, pois vê a pessoa com deficiência como um ser humano sendo o dado médico apenas um indicativo para definir suas necessidades. A principal característica é sua abordagem de gozo dos direitos sem discriminação, visando consolidar a chamada igualdade material para que o Estado e sociedade, com base na dignidade humana, trate de eliminar as barreiras à efetiva fruição dos direitos da pessoa humana.¹⁸

Ao encarar a deficiência como algo inerente à diversidade humana, o problema deixa de ser algo do indivíduo, restrito a esfera privada, e passa ser responsabilidade de toda a sociedade que deve “buscar políticas públicas para que os detentores daqueles atributos outrora impeditivos emancipem-se”.¹⁹

Portanto, a sociedade precisa se reestruturar para ser inclusiva, ou seja, “adequada e acolhedora a cada uma das pessoas que formam a diversidade humana”.²⁰ Assim, em 6 de julho de 2015, o Brasil editou a Lei nº 13.146/2015, destinada a instituir um Estatuto da Pessoa com Deficiência, trazendo um evidente caráter inclusivo que se extrai da própria nomenclatura da norma: “Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência”.

Sucedo que, cumpre analisar se havia, de fato, a necessidade da edição da referida norma, haja vista, no ordenamento jurídico brasileiro, já existir a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com a finalidade de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos das pessoas com deficiência.

O tratado em questão foi incorporado ao Brasil como norma equivalente à emenda constitucional, possuindo, por derradeiro, força normativa

17. MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. *Op. cit.* 2004, p. 11.

18. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 222.

19. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: Um Ato de Coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *et. al.* (Coords.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

20. *Ibidem*, p. 18.

instituições republicanas.²⁷

Os tratados internacionais de direitos humanos, após incorporados na ordem jurídica brasileira, vêm para reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados e para complementar a Constituição, “inovando-a, integrando-a e completando-a com a inclusão de novos direitos”.²⁸

Como atributo inerente às normas jurídicas e às disposições constitucionais, o disposto na Convenção Internacional é imperativo, dispõe de força suprema e normativa, com comandos que vinculam o Poder Público a materializá-las. Assim, é apto para proteger os direitos das pessoas com deficiência, em especial aquelas que veiculam direitos e garantias fundamentais, cuja aplicação deve ser direta e imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição.

Questiona-se, portanto, acerca dos pressupostos adotados pelo legislador brasileiro para elaborar a Lei nº 13.146/2015, considerando a imperatividade da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Trata-se, o Estatuto, de mera legislação simbólica?

O Direito é concebido como um instituto para regular a vida em sociedade em termos ideais, ou seja, em uma vertente prospectiva de “dever-ser” destinada a indução de comportamentos humanos. Assim, certas práticas podem ser fomentadas ou desestimuladas no intuito de que a ordem social seja mantida e, por conseguinte, a harmonia e pacificação dos conflitos proporcionem a convivência em comunidade.

A capacidade que possui o Direito de dirigir normativo-juridicamente o comportamento humano lhe confere uma característica instrumental, uma vez que as leis constituem meios aptos para alcançar os fins que foram postos pelo legislador, notadamente promover a transformação na realidade fática.²⁹

As leis simbólicas são aquelas que servem precipuamente a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico, relegando, assim, à função instrumental da lei caráter secundário. Nesta medida, a legislação simbólica passa a ser caracterizada como ineficaz, uma vez que não há concretização normativa do texto legal.³⁰

27. *Ibidem*, loc. cit.

28. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 168.

29. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 25.

30. *Ibidem*, p. 29 et seq.

Essas leis são resultado da exigência, com muita frequência, de uma posição do legislador a respeito de conflitos sociais em torno de certos valores. Nesses casos, os grupos que se encontram mais engajados e envolvidos nos debates, vindo na “vitória legislativa” uma forma de reconhecimento e oportunidade de adquirir maior respeito, procuram influenciar a atividade legislativa para que sejam “formalmente proibidas aquelas condutas que não se coadunam com os seus valores, assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos”,³¹ deixando a eficácia instrumental da lei de lado para constituir-se como símbolo de *status* social.

Todavia, há de se esclarecer ser inapropriado classificar como simbólica a legislação que vem para regular matéria já suficientemente tratada em outros diplomas normativos. A nova regulação, ainda que contendo conteúdo idêntico ou semelhante a leis mais antigas, pode ter uma função relevantemente instrumental no sentido de fortificar determinada posição do Estado-Legislador, contribuindo, assim, para uma maior efetivação da matéria veiculada.³²

É justamente este o caso da Lei nº 13.146/2015. Isto porque, apesar de trazer em seu bojo conteúdo normativo muito similar ao consagrado nos tratados de direitos humanos, notadamente na Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, se distancia sobremaneira do conceito de legislação simbólica.

O legislador brasileiro, incorporando o lema “Nada sobre nós, sem nós” que inspirou o texto da norma internacional, buscou na criação de um Estatuto para as pessoas com deficiência evitar que lhes fosse negado o direito de participar ativamente das decisões que lhes dizem respeito, seja em programas e políticas públicas, seja na sua esfera pessoal e privada,³³ incorporando institutos até então inexistentes como forma de alcançar esse objetivo.

Assim, pertinente destacar os principais motivos que embasam a necessidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, abordando algumas das

31. *Ibidem*, p. 33.

32. *Ibidem*, p. 39.

33. COORDENADORIA NACIONAL PARA INTEGRAÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – CORDE. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/resultado_pge_sisp?palavrachave=A+Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+os+Direitos+das+Pessoas+com+Defici%C3%A7%C3%A3o+comentada&tipo=&acaoprojeto=&tamanho=5&submit22=Buscar>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 20 et seq.

inovações que ele inaugura no ordenamento jurídico brasileiro.

3. LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, resultado de incontáveis projetos de leis que tentavam disciplinar em um único instrumento jurídico os direitos das pessoas com deficiência, iniciou sua vigência em 05 de janeiro de 2016, após a *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias, cujas bases para sua edição se encontraram firmadas na Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Assim como foi o propósito da Convenção Internacional, mais do que instituir propriamente novos direitos, a Lei nº 13.146/2015 buscou assegurar o exercício dos já existentes, notadamente dos direitos fundamentais.

Intitulada como a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e com a finalidade de funcionar como um Estatuto para este público beneficiado, esta lei, apresenta verdadeiro viés libertacionário das pessoas com deficiência dos estereótipos que as subjogavam como seres dependentes e alvos de caridade pública.

Muito mais do que proporcionar a inclusão social, a Lei nº 13.146/2015 reposiciona o lugar das pessoas com deficiência como protagonistas de sua história, conferindo-lhes instrumentos para o seu empoderamento como agentes de suas próprias escolhas.

O Estatuto traz a feliz comodidade de concentrar diversos dispositivos legais e tutelas relacionadas aos direitos das pessoas com deficiência, que antes eram disseminadas em diferentes legislações, congregando-as em um instrumento normativo único, o que facilita sobremaneira a identificação dos direitos e garantias, bem como o respectivo suporte jurídico que legitima essas pretensões.

Consoante destacou o Senador Paulo Paim, no Projeto de Lei nº 6, de 18 de fevereiro de 2003, apensado aos outros projetos que tentavam aprovar o Estatuto, uma lei brasileira específica para proteger os direitos das pessoas com deficiência contrapõe-se ao tratamento esparso, circunstancial, secundário e complementar com que essas pessoas vinham sendo tratadas ao longo dos anos.³⁴

34. BRASIL. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 6**, de 18 de fevereiro de 2003. Institui o Estatuto do

Essa lei tem o nítido caráter de uma ação afirmativa compensatória das desigualdades históricas decorrentes do processo de marginalização social vivenciado pelas pessoas com deficiência, cuja razão de ser “visa compensar os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável”.³⁵

Trata-se de uma legislação que fornece “condições estruturais de mudança social, evitando que a discriminação continue através de mecanismos informais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo”.³⁶

A Lei nº 13.146/2015 veio para garantir a participação plena, efetiva e autônoma das pessoas com deficiência na sociedade, fortalecendo o senso de pertencimento destas ao meio em que se vive, por encontrarem um aparato ao seu redor que viabiliza o seu agir cidadão, de modo que diversos fatores demandavam a edição de uma lei voltada para a promoção dos direitos dessas pessoas.

3.1. A OBRIGATORIEDADE EXTRAÍDA DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL E O PAPEL DO LEGISLADOR ORDINÁRIO NA CONSECUÇÃO DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS

A Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi promulgada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 6.949/2009, que já no seu primeiro artigo consagra que suas normas serão executadas e cumpridas tão inteiramente como nelas se contém.

Ao ratificar o texto da Convenção Internacional, o Brasil assumiu o compromisso de realizar o seu propósito de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”,³⁷ devendo tomar todas as medidas aptas para tanto.

Portador de Deficiência e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 19 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.senadorpaim.com.br/uploads/projetos/3ec95e50d9c3a82119ede083f2222a7c.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 18.

35. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.732 – Distrito Federal. Segunda Turma. Agravante: União Federal. Agravado: Lais Pinheiro De Menezes. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília, DJ 03 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2832732%2ENUM%2E+OU+32732%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/hpml2ak>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 1.

36. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 223 *et seq.*

37. BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30

Dentre as obrigações gerais que a norma internacional estabelece aos Estados Partes, consta a de adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na Convenção, inclusive aquelas relativas a modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes que constituam discriminação contra pessoas com deficiência.

Mas a Convenção Internacional vai além, não se limita apenas a regular a aceção positiva da postura estatal, ela prevê, ainda, a abstenção daquelas práticas incompatíveis com os valores resguardados, de modo que as autoridades públicas e as instituições atuem em conformidade com a nova ordem estabelecida.

Nota-se, assim, que a Lei nº 13.146/2015 representa uma medida adotada pelo Estado Brasileiro para, na esfera internacional, atender às obrigações contraídas com a ratificação ao texto da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, em âmbito interno, reforçar a eficácia dos ditames constitucionais.

A obrigatoriedade dos Estados em adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para assegurar o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência está presente em diversas passagens do texto da Convenção Internacional, como, por exemplo, as relativas a proteção das pessoas com deficiência, tanto dentro como fora do lar, contra todas as formas de exploração, violência e abuso, incluindo aspectos relacionados a gênero.

A Convenção prevê também, como forma de fiscalizar o cumprimento de suas determinações pelos Estados Partes, a criação de um Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, regulado no Protocolo Facultativo anexo ao seu texto.

O procedimento consiste no encaminhamento de relatórios descrevendo as medidas que foram adotadas em cumprimento de suas obrigações e sobre o progresso alcançado nesse aspecto. E, caso haja alguma alegação sobre violações às disposições da Convenção Internacional, o Comitê irá promover uma investigação dos fatos, comunicando ao Estado Parte concernente sobre os resultados, oportunidade em que indicará eventuais comentários e recomendações.

Percebe-se, assim, toda uma construção feita pela norma internacional para que os Estados aderentes ao seu texto estejam obrigados a cumprirem com as obrigações assumidas. Todavia, é possível questionar: se a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi incorporada com *status* equiparado à Constituição, suas normas não deveriam possuir aplicação direta e imediata dispensando essa necessidade de adoção de medidas legislativas pelos Estados Partes?

A resposta a essa indagação seria positiva caso todas as normas da Convenção fossem de eficácia plena, ou seja, normas completas que trazem em seu bojo todos os elementos para a sua incidência direta,³⁸ o que não ocorreu no tratado internacional em comento.

As normas de eficácia plena são aquelas completas, ou seja, que apresentam “todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta”,³⁹ sendo possível da própria linguagem do texto reconhecer qual a conduta positiva ou negativa a seguir.

As normas de eficácia contida, por sua vez, apesar de serem normas que o constituinte também deu normatividade suficiente para que sua aplicabilidade seja direta e imediata, se distinguem das normas de eficácia plena por apresentarem a “possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios”,⁴⁰ que venham impedir “a expansão da integridade de seu comando jurídico”.⁴¹

Por outro lado, as normas de eficácia limitada se referem aquelas em que “o constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”.⁴²

A própria determinação de que os Estados Partes adotem medidas, seja de qual for a natureza – legislativa, judicial, administrativa, dentre outras –, para que o propósito da Convenção em proteger, promover e assegurar os direitos humanos e as liberdades fundamentais das pessoas com deficiência seja efetivado, já aponta a necessidade de um comando posterior à sua ratificação e interno dos países para que a aplicabilidade

38. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

39. *Ibidem*, loc. cit.

40. *Ibidem*, p. 104.

41. *Ibidem*, p. 103.

42. *Ibidem*, p. 126.

dessas disposições se torne imediata.

Ao contrário, percebe no texto da Convenção Internacional normas que encerram eficácia contida e limitada e, por isso, vinculam o legislador ordinário a editar comandos que completem a integridade de seu comando jurídico.

A título exemplificativo, os arts. 4, 5, 9, 12, 15 e 16 da Convenção Internacional que se referem aos direitos à igualdade e não discriminação, acessibilidade, reconhecimento igual perante a lei e prevenção contra a tortura, tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes e contra a exploração, violência e abuso das pessoas com deficiência, também relacionam a aplicabilidade dessas garantias com a necessidade de que o Estado Parte adote alguma providência apta para tanto.

Do mesmo modo, a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos das pessoas com deficiência, por diversas vezes também o faz por intermédio de normas que não apresentam eficácia plena, necessitando da edição de uma lei, pelo legislador ordinário, para que seus comandos sejam viabilizados na prática.

No art. 37, VIII, que trata das vagas reservadas para as pessoas com deficiência em cargos e empregos públicos, o Constituinte incumbiu à lei definir o percentual e os critérios de admissão desses trabalhadores.

Igualmente, no âmbito da seguridade social, os art. 40, § 4º, I, art. 201, § 1º e no art. 203, V, que dispõem sobre os requisitos diferenciados para concessão de benefícios previdenciários e assistência social às pessoas com deficiência, dependem de regulamentações por lei infraconstitucional para que esses direitos sejam operacionalizados.

Concernente ao direito à acessibilidade disposto no art. 227, § 2º e art. 244 em logradouros, edifícios de uso público e veículos de transporte coletivo, as condições para o acesso adequado também precisam ser disciplinadas em lei específica.

Percebe-se, assim, que essas normas trataram certos direitos e garantias fundamentais das pessoas com deficiência de forma genérica, incumbindo à legislação infraconstitucional o papel de “dar continuidade na regulamentação de leis, a fim de complementar o que fosse necessário”.⁴³

43. ARAÚJO, Luiz Alberto David; MARTIN, Andréia Garcia; GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Mandado de Injunção: Garantia Constitucional à Regulamentação dos Tratados Internacionais de Direi-

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência disciplinando matérias pendentes de regulamentação, abre-se um cenário de maior previsibilidade e segurança jurídica, sendo possível recorrer a suas disposições, que são mais específicas e determinadas, para reivindicar tais direitos, além de sua edição ter tornado o sistema de proteção a este público mais coeso, municiado de punições contra quem o descumpra.

3.2. PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.146/2015

Sem dúvidas, a maior repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência repousa na alteração que ele provoca no regime das incapacidades civis, ao revogar boa parte dos incisos constantes nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 que regulam as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa.

Hoje, com o advento da Lei nº 13.146/2015, a única hipótese de incapacidade absoluta são os menores de 16 (dezesseis) anos, retirando do rol aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

No que tange a incapacidade relativa, permanecem “os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”, “os ébrios habituais e os viciados em tóxico” e “os pródigos”, sendo inserida a hipótese daqueles “que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” – antes considerada como incapacidade absoluta – e revogados os dispositivos que tratavam dos “que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”.

Em suma, se desassociou a deficiência da necessária incapacidade, pois “o fato de um sujeito possuir transtorno mental de qualquer natureza, não faz com que ele, automaticamente, se insira no rol dos incapazes”.⁴⁴

Esse novo olhar vem adequado a uma acepção de vulnerabilidade que ganha um caráter substantivo universal da humanidade que consagra o direito comum a toda pessoa de agir com autonomia, ou seja, com a capacidade de se

tos Humanos Fundamentais das Pessoas com Deficiência. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, n. 62, v. 32, jul. 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p119>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 132.

44. SANT’ANA, Maurício Requião de. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera Regime Civil das Incapacidades. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 2.

autodeterminar e rejeitar qualquer expressão de protecionismo paternalista.⁴⁵

Atribuir capacidade civil às pessoas que possuem transtornos mentais lhes reforça a sua posição como sujeitos de direitos enquanto sujeitos também desejantes, com vontades próprias e necessidades específicas, em consonância com o valor da dignidade da pessoa humana, vértice do Estado Democrático de Direito.⁴⁶

Outra inovação trazida pela Lei nº 13.146/2015 refere-se ao chamado “processo de tomada de decisão apoiada” que consiste na possibilidade de escolha, pela pessoa com deficiência, de pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e relação de confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil e, conseqüentemente, possibilitar o auxílio no exercício da sua capacidade.

Este novo procedimento, facultado à pessoa com deficiência e alternativo ao tradicional modelo de curatela, possibilita que possa ser constituída em torno da pessoa com deficiência uma rede de sujeitos, baseada na confiança que neles tem, que irão lhe fornecer os elementos e informações necessárias para a prática de certos atos da vida.⁴⁷

Pelo Estatuto, a própria pessoa com deficiência pode fazer o requerimento ao juiz, apresentando termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, indicando, inclusive, o prazo de vigência do acordo. O juiz deve ser auxiliado por uma equipe multidisciplinar e ouvir o Ministério Público, a pessoa com deficiência e as que lhe prestarão apoio antes de se pronunciar a respeito da tomada de decisão, que, quando deferida, tem até mesmo validade e efeitos sobre terceiros.

Trata-se de “um novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência”,⁴⁸ cujas bases legitimadoras advêm da própria Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que confere a incumbência dos Estados Partes de assegurar as medidas apropriadas e

45. NEVES, M. Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: Característica, Condição, Princípio. *Revista Brasileira de Bioética – RBB*, v. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.wordpress.com/2014/11/16/rbb-volume-2-numero-2-2006/>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 160.

46. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta Novo Conceito para Capacidade Civil. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 1.

47. SANT’ANA, Maurício Requião de. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera Regime Civil das Incapacidades. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 4.

48. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.* 2015, p. 2.

efetivas para que no exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência o auxílio necessário seja prestado, isento de interesses e influências indevidas e respeitando seus direitos, vontades e preferências, cuja revisão deve ser feita por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.

Conclui-se, portanto, que a edição da Lei nº 13.146/2015 era extremamente necessária para, reforçando os ditames da Constituição Federal de 1988 e da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tornar mais íntegro e coeso o sistema brasileiro de proteção a essas pessoas, sendo agora possível vislumbrar a construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e tolerante.

4. CONCLUSÃO

O Brasil, em 05 de outubro de 1988, promulgou a sua Constituição Federal, instituindo um Estado Democrático de Direito que tem por bases estruturantes e legitimadoras, o ideal democrático, os direitos fundamentais e o valor da dignidade da pessoa humana. Neste cenário, os grupos que receberam tratamento desumano e opressor ao longo da história da humanidade obtiveram tratamento diferenciado pela Constituição, em especial, as pessoas com deficiência, que tiveram reconhecido o seu valor enquanto sujeitos de direitos.

A evolução do conceito de deficiência transpassou diferentes visões, desde a médica, que rotulava o indivíduo que a possui como uma inadequação ao meio que o circunscreve, até chegar a abordagem social ou de direitos humanos, hoje prevalecente, que transfere para a sociedade a responsabilidade de promover a inclusão dessas pessoas.

A luta pelos direitos das pessoas com deficiência refletiu na ratificação, pelo Brasil, à Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento interno com hierarquia de norma constitucional, haja vista o procedimento de aprovação ter seguido o trâmite disposto no art. 5º, § 3º, da Carta Magna. Assim, considerando tal natureza e o seu objetivo de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, se questionou a natureza da Lei nº 13.146/2015, que também traz essa mesma finalidade, partindo-se das legislações simbólicas.

As leis encerram uma finalidade precípua instrumental no sentido de

que são constituídas para alcançar determinados fins postos pelo legislador e, como consequência, promover a transformação na realidade fática. Ocorre que, muitas vezes, o caráter instrumental das leis é deixado de lado para constituir-se como símbolo de *status*, cuja elaboração desses diplomas apenas visa satisfazer as expectativas dos cidadãos ou atender a interesses outros que não os de cunho social.

Mas, nem sempre, uma legislação que venha regulamentar matéria já tratada pode ser classificada como simbólica. Isto porque, pode ter uma função relevantemente instrumental no sentido de fortificar determinado assunto, promovendo, assim, uma maior efetivação do conteúdo veiculado. É justamente esse o caso da Lei nº 13.146/2015, que apesar de trazer em seu bojo conteúdo normativo muito similar ao consagrado nos tratados de direitos humanos e, em especial, na Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, vem para reforçar o sistema de proteção a este público.

Ao rechaçar a Lei nº 13.146/2015 como um diploma simbólico, é possível observar como alguns fatores já demandavam a necessidade de edição de uma norma como essa. O primeiro argumento repousa nas determinações contidas no tratado internacional ratificado de que os Estados Partes a ele aderentes adotem todas as medidas aptas para que a finalidade de proteger e promover os direitos das pessoas com deficiência seja alcançada, inclusive, as de ordem legislativa.

A segunda justificativa reside no fato de que as disposições inseridas tanto na Convenção Internacional, quanto na Constituição de 1988 relacionadas aos direitos desses indivíduos, são veiculadas, muitas vezes, por meio de normas que não possuem eficácia plena, logo, carecem de regulamentação infraconstitucional para que seus comandos jurídicos sejam aplicáveis.

Tem-se, assim, como uma lei extremamente necessária e dentre as inovações que promove se destacam a mudança no regime das incapacidades civis, conferindo maior autonomia e independência às pessoas com deficiência, e o procedimento de tomada de decisão apoiada, medida esta promocional da pessoa humana que possibilita o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência através de um auxílio por alguém de sua confiança.

Conclui-se, portanto, este trabalho, na certeza de que a Lei nº 13.146/2015 veio como o reforço que faltava para tornar íntegro e coeso

o sistema brasileiro de proteção às pessoas com deficiência e que é agora que pode começar a se vislumbrar a tão sonhada construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que promove o bem de todos, livre de qualquer forma de discriminação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *et. al.* (Coords.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protacao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____; ARAUJO, Cintia Rejane Moller de. O Direito Fundamental à Acessibilidade das Pessoas com Deficiência: Desafios que se Aproximam com as Paraolimpíadas. *In*: LEITE, George Salomão. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodiwm, 2011.

_____; MARTIN, Andréia Garcia; GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Mandado de Injunção: Garantia Constitucional à Regulamentação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos Fundamentais das Pessoas com Deficiência. **Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, n. 62, v. 32, jul. 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p119>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 05 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Senado, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Senado, 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 12**, de 17 de outubro de 1978. Assegura aos Deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Brasília, DF: Senado, 19 out. 1978. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 6**, de 18 de fevereiro de 2003. Institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 19 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.senadorpaim.com.br/uploads/projetos/3ec95e50d9c3a82119ede083f2222a7c.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.732 – Distrito Federal. Segunda Turma. Agravante: União Federal. Agravado: Laís Pinheiro De Menezes. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília, DJ 03 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2832732%2ENUMER%2E+OU+32732%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpml2ak>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

COORDENADORIA NACIONAL PARA INTEGRAÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – CORDE. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/resultado_pge_sisp?palavrachave=A+Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+os+Direitos+das+Pessoas+com+Defici%C3%Aancia+Comentada&tipo=&acaoprojeto=&tamanho=5&submit2=Buscar>. Acesso em: 15 jul. 2017.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: Um Ato de Coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *et. al.* (Coords.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 1. ed. São Paulo: Folha de S. Paulo. Coleção Folha: Livros que mudaram o mundo, v. 8, 2010.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. **A nova maneira de se entender a Deficiência e o Envelhecimento**. Texto para Discussão nº 1040. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, set., 2004. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1040.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

NEVES, M. Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: Característica, Condição, Princípio. **Revista Brasileira de Bioética – RBB**, v. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.wordpress.com/2014/11/16/rbb-volume-2-numero-2-2006/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta Novo Conceito para Capacidade Civil. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *et. al.* (Coords.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANT'ANA, Maurício Requião de. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera Regime Civil das Incapacidades. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

A NECESSIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS, O ARTIGO 252 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A POSSIBILIDADE DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ QUE ATUOU NA FASE DE INVESTIGAÇÃO.

Marcelo Alves dos Anjos¹

RESUMO: Este artigo se propõe a discutir se, frente à atual disciplina processual penal, faz-se efetivamente necessária a criação do “juiz de garantias” ou se a legislação atual oferece mecanismos para afastar juízes responsáveis pela condução da ação penal, quando estes tenham atuado na fase preliminar de investigação e, possivelmente, possam ter afetada sua imparcialidade. Utiliza-se como metodologia nesse trabalho pesquisa documental, jurisprudencial e bibliográfica. Busca-se analisar a problemática perspectiva de violação de garantia constitucionalmente assegurada aos sujeitos em face da organização judiciária brasileira e dos critérios de distribuição de competência, fundada na participação de um magistrado na fase investigatória que antecederá a ação penal deduzida em juízo. É possível haver a perda de uma condição essencial para o devido processo legal, qual seja a imparcialidade do julgador. Analisar-se-á, notadamente em razão da provável criação do juiz de garantia, se o ordenamento posto atualmente oferece ferramenta legal para opor-se, no caso concreto, a eventual violação de garantia fundamental.

Palavras-chave: Juiz. Imparcialidade. Prevenção. Processo Penal. Investigação.

ABSTRACT: This article proposes to discuss whether, in the face of the current criminal procedural discipline, it is indeed necessary to create a “guarantee judge” or if the current legislation provides a mechanism to dismiss judges responsible for conducting criminal proceedings in court, however, same judges acted in the preliminary investigation phase and possibly may have affected their impartiality. Documentary, jurisprudential, and bibliographical research is used as methodology in this work. Seeks out to analyze the problematic

1. Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduando em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito.

perspective of a constitutional guarantee against the Brazilian judicial organization and the criteria for distribution of authority, based on the participation of a magistrate in the investigative phase that will precede the criminal action filed in court. It is possible that there is a loss of a condition essential to due process, namely the impartiality of the judge. Analyze it will, in particular because of the likely creation of the guarantee judge, if the law currently set offers legal tool to oppose, in this case, the possible infringement of fundamental guarantee.

Key-words: Judge. Impartiality. Prevention. Criminal proceedings. Investigation

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL. 2.1. O papel da pré-compreensão na formação de opinião do intérprete do Direito. 2.1. Regras de proteção à imparcialidade. A suspeição. 3. DA ATUAÇÃO JURISDICCIONAL NA FASE DE INVESTIGAÇÃO. 3.1. Jurisdicionalidade. 3.2. Fixação de competência por prevenção: problema? 4. O JUIZ DE GARANTIAS. 5. O ART. 252 DO CPC E A POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO JUIZ QUE ATUOU NA INVESTIGAÇÃO POR SUSPEIÇÃO. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é identificar e analisar a possibilidade de presidência da ação penal pelo magistrado atuante na investigação preliminar frente ao princípio da imparcialidade e das disposições do direito processual penal brasileiro. No sistema posto atualmente, o juiz age (ou pode/deve agir) na fase preliminar de investigação, notadamente, para funcionar como um garantidor, intervindo sempre que haja requisição ou requerimento de medida que afaste, mesmo que momentaneamente, algum direito ou garantia fundamental daquele que figura como investigado.

Vivencia-se, em faina diurna, ações penais que, ainda na fase policial, contaram com a participação e atuação direta de um magistrado integrou a coleta de elemento indiciários e que posteriormente irá julgar a ação penal em face da aplicação da regra de prevenção para distribuição de competência.

É fundamental sempre ter em mente que o processo penal – no sentido de ação penal em juízo – já é uma punição. Ao se investigar um sujeito e colocá-lo posteriormente para responder em juízo já se está penitenciando e, se ao final do processo não se chegar à condenação, já houve castigo. Por não haver um sujeito ser neutro, visto que todos sempre carregarão suas aceções e experiências, a imparcialidade é essencial quando se trata de processo

penal. E esta, como será visto, só pode ser atingida quando o juiz permanece distante da questão que será deduzida na ação penal.

Quando o julgador atua na investigação preliminar, afeta-se com os fatos, concebendo pré-conceitos, pré-juízos, diminuindo sobremaneira a possibilidade de o investigado/réu influenciar o seu convencimento, restando fadado o futuro da ação a uma condenação. A limitação a um retorno condenatório é legítima e necessária, devendo sempre obedecer às garantias constitucionais por uma questão de respeito àquele que estará figurando como sujeito passivo da relação processual penal.

O Projeto de Lei nº 156/2009, que pretende instituir um novo Código de Processo Penal, modificará o sistema de distribuição de competência, estipulando que a prevenção será regra para afastar competência e não para determiná-la, criando, ainda, o chamado juiz de garantias, que será o responsável por atuar na fase pré-processual, quando alguma medida requisitar jurisdicionalidade.

Analisar-se-á a criação do juiz de garantias, suas virtudes, sua necessidade, e se esta é, efetivamente, a solução para os problemas encontrados no processo penal, especificamente sobre este tema.

2. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL

É o direito processual penal o ramo do direito que mais de perto está “preso” à Constituição. É instrumento de garantia da liberdade e da dignidade dos acusados, impondo obediência rígida aos princípios fundamentais². Estes, em termos jurídicos, referem-se a postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta a ser seguida. Não obstante, o processo penal ergue-se em torno de princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei³.

A imparcialidade é uma característica que diz respeito a várias áreas da vida e pode ser verificada em qualquer pessoa ou instituição que exerce poder ou influência. Trata-se de qualidade da pessoa que julga com isenção, com

2. TOURINHO NETO, Fernando. Os direitos constitucionais do acusado no inquérito policial e no processo penal. *Revista do Instituto dos Advogados da Bahia*. Salvador: IAB, edição especial, 2005/2006, p. 155

3. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 30

justiça. Ser imparcial pressupõe a exata compreensão do observador, ou do julgador, acerca da sua formação subjetiva, de seus conceitos, de sua função, para, com isso, adotar uma postura efetivamente distante, alheia em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial.

Não é apenas um valor instrumental relacionado à ideia de Justiça, e, por isso, estruturante da própria função jurisdicional, mas em si um direito subjetivo fundamental, em que o bem jurídico tutelado é a existência e o correto funcionamento do ordenamento jurídico⁴. Constitucionalmente assegurado, embora de maneira implícita, ingressa no sistema pela porta do art. 5.º, § 2º, da Constituição⁵. Não somente o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, afinal, este sem aquele não tem finalidade útil, como também é fruto do Pacto de São José da Costa Rica, firmado pelo Brasil e, em vigor, desde 1992, notadamente no art. 8.º, item 1⁶.

Como assevera Ada Pellegrini Grinover, “a imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural erigido em núcleo essencial do exercício da função⁷”. Ou seja, a imparcialidade não é só uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório.

Para Nestor Távora, imparcialidade, denominada por alguns de “alheabilidade” – é entendida como característica essencial do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção⁸. Conceituando reversamente, definir-se-á como a ausência daquilo que se entende por parcialidade, essa caracterizada por um estado anímico do julgador marcado pela subjetividade e pela emoção. Imparcial é o juiz objetivo, desapaixonado, que não favorece, por seu interesse ou simpatia, a nenhuma das partes⁹.

4. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100

5. 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.

6. Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

7. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 44

8. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 52

9. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 47

Imparcialidade pode – e deve – ser vista como um dos princípios supremos do processo, pois dela decorre uma vinculação da conduta dos julgadores, que devem se comportar na direção do processo como terceiros alheios. Esse é o padrão a ser observado, o comportamento a ser adotado, o mandamento de otimização que se depreende da compreensão do processo como uma estrutura heterônoma. O ideal do juiz imparcial é de ser concebido aproximativamente. A isenção preconizada pelo ordenamento jurídico implica na postura de um magistrado que cumpra a Constituição, de maneira honesta, prolatando decisões suficientemente motivadas¹⁰.

Atualmente a questão da imparcialidade somente tem vindo à tona nos processos criminais quando suscitadas as hipóteses de exceção de impedimento ou de suspeição, razão pela qual se pode falar, hoje, ser imparcial o juiz não suspeito ou impedido, vale dizer, um conceito que se dá, negativamente. É necessário ampliar esse panorama.

2.1. O PAPEL DA PRÉ-COMPREENSÃO NA FORMAÇÃO DE OPINIÃO DO INTÉRPRETE DO DIREITO

Exige-se do juiz, em um sistema que tem a imparcialidade com norma constitucional, uma atuação livre de pré-conceitos ou pré-juízos, o que deve ser entendido não como a negação das possíveis influências do subjetivo do julgador na decisão a ser proferida, mas, sim, como a inexistência de uma convicção prévia acerca do objeto do julgamento, de uma opinião sobre o caso ou sobre as partes envolvidas.

O homem como ser inserido no mundo é reflexo das experiências que ele vivencia ou vivenciou. Com isso, adota ideologias e convicções que para ele formam base para a tomada de qualquer decisão. O ser humano, não sendo capaz de se abster integralmente de suas pré-compreensões, as toma como base para dar sua decisão¹¹.

Toda vez que se realiza a leitura de um texto, para buscar compreendê-lo, faz-se uma projeção, cria-se uma linha de raciocínio sobre o caso, ou sobre os fatos propostos no escrito. Ao se iniciar a decodificação de uma mensagem, o intérprete cria em subconsciente uma ideia de como deve seguir todo o texto, de acordo com sua ideologia, experiência, princípios.

10. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.* p. 53

11. MACHADO, Claudio Roberto da Silva. MACHADO, Luiz Fernando da Silva. O mito da imparcialidade do juiz e a pré-compreensão. **Caderno de Pesquisa Discente – Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: Ideia, vol. 8, n. 1. 2009, p. 46

Quem quiser compreender um texto, realizará sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido, o intérprete o projetará no todo. Naturalmente, a essência somente se manifesta porque quem lê o texto o faz a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ser constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido¹².

No processo penal, principalmente, mais do que se interpretar uma norma, ou ler um livro, trata-se do julgamento de um caso, uma situação real, envolvendo um homem e a dramaticidade de sua vida, à luz das normas e das diretrizes do sistema legal. O juiz, tendo suas ideologias, princípios e experiências como base para as suas decisões, faz uso da sua pré-compreensão na tomada de decisões jurídicas e, assim, sempre impregnará suas decisões com elas¹³.

Mesmo aquele julgador mais “conservador”, que em seus julgamentos deixa posto que “a lei por si só já dá a decisão, sendo papel do juiz apenas aplicar a mais adequada ao fato jurídico”, já está, mesmo sem ter consciência disso, aplicando suas ideologias e princípios, até porque a neutralidade é impossível de ser alcançada¹⁴.

Aury Lopes faz um estudo sobre a chamada teoria da dissonância cognitiva, termo aplicado pela psicologia no que se refere ao conflito entre duas ideias, crenças ou opiniões incompatíveis. Segundo ela, cognições contraditórias entre si servem como estímulos para que a mente 1) obtenha ou produza novos pensamentos ou, 2) modifique conceitos pré-existentes, de forma a reduzir a quantidade de dissonância (conflito) entre as cognições.

Explica o jurista gaúcho que a teoria analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de consonância (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos, etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado¹⁵. “Quanto maior for o

12. GADAMER, Hans-Georg. *apud* MACHADO, Claudio Roberto da Silva. MACHADO, Luiz Fernando da Silva. O mito da imparcialidade do juiz e a pré-compreensão. **Caderno de Pesquisa Discente – Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: Ideia, vol. 8, n. 1. 2009, p. 46

13. *Idem*.

14. GADAMER, Hans-Georg. *apud* MACHADO, Claudio Roberto da Silva. MACHADO, Luiz Fernando da Silva. O mito da imparcialidade do juiz e a pré-compreensão. **Caderno de Pesquisa Discente – Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: Ideia, vol. 8, n. 1. 2009, p. 47

15. LOPES JR. Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva>

nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar mais provável é a frequência com que ele condenará¹⁶”.

Visualizando uma ação penal, a tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz a dissonância cognitiva. Como consequência, existe o efeito de autoconfirmação das hipóteses, através da busca seletiva de informações. O juiz, ao ler e estudar os autos da investigação preliminar, para decidir, por exemplo, se decreta ou não a prisão preventiva, forma uma imagem mental dos fatos, inevitavelmente. Inclusive, para esta decisão, como para qualquer outra, a formação da imagem é necessária. O problema vem com a atuação posterior. O risco de pré-julgamento é real e expressivo.

2.2. REGRAS DE PROTEÇÃO À IMPARCIALIDADE. A SUSPEIÇÃO

A imparcialidade, em sua acepção subjetiva, refere-se ao desinteresse que deve orientar o magistrado no exercício da sua atividade jurisdicional, legitimando-a. Tal desinteresse, ou indiferença, é garantido pela possibilidade de recusa do magistrado pelas partes, sempre que presente, no caso concreto, alguma circunstância que a coloque sob suspeita, e a essa finalidade se prestam as hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidade¹⁷.

A Carta Magna confere ao magistrado as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios para que possa atuar com isenção – o que inclui declarar-se suspeito ou impedido. De todo modo, caso não reconheça a situação de imparcialidade, o juiz interessado deve ser recusado, e os permissivos legais tanto se encontram no artigo 254, quanto no artigo 252, ambos do Código de Processo Penal (CPP).

Para a imparcialidade, deve o julgador ser independente, e a Constituição de 1988 lhe garante diversas prerrogativas de segurança, isenção, emancipação e liberdade, para uma atuação apartada de qualquer influência política. Todavia, há que se observar o critério de imparcialidade propriamente dito, àquele que não apresenta preferência por uma das partes – defesa ou acusação – que não atua em prol de nenhum dos atores do processo, mas mantém-se distante e em posição superior.

imparcialidade-juiz>. Acesso em: 01 set. 2015, p. 01

16. *Idem*.

17. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 75

O juiz, na sistemática processual moderna, deve afastar-se ao máximo da persecução penal, a fim de não prejudicar seu livre convencimento, pois, no sistema de provas, adotado pelo CPP vigente, toda imposição da Lei ao magistrado, no que tange à colheita de provas, afronta sua imparcialidade¹⁸. Torna-se crucial, tanto ao devido processo, quanto para a legitimidade da decisão, que o juiz ao qual se submete o processo seja imparcial¹⁹. As causas de suspeição acerca da atuação imparcial do magistrado estão elencadas no artigo 254²⁰ da lei adjetiva, estando relacionadas com circunstâncias ou situações da realidade externa ao processo.

Quando o juiz atua na fase investigativa, e posteriormente preside a ação penal, há uma *desomenagem* ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade. Professor Geraldo Prado traz uma importante lição: “a imparcialidade do juiz exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, de sorte a avaliar imparcialmente²¹”.

3. DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA FASE DE INVESTIGAÇÃO

Delimitando aqui o objeto, restringir-se-á ao procedimento investigativo mais comum: o inquérito policial. Mesmo sendo um procedimento administrativo, dito “dispensável”, pensá-lo como mera peça informativa pode-se afigurar num reducionismo ideologicamente perigoso. Com base nele, e em sua visão endoprocédimental, é possível que se tire todos os bens de uma pessoa (v.g. as medidas cautelares patrimoniais e reais), destruindo suas finanças. Também, pode-se prender o sujeito (as prisões cautelares), retirando-lhe a liberdade. Ou seja, “se tem a possibilidade de tirar todos os bens e a liberdades, tira o sujeito e as suas circunstâncias”²².

18. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23

19. OLIVEIRA, Daniela Olimpio de. TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo: edições Loyola, n. 106, janeiro 2012, p. 67

20. Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:
I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;
V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

21. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 153

22. LOPES JR, Aury. **Crise na Investigação Preliminar Brasileira**. Palestra ministrada no III Seminário

No processo penal brasileiro, o juiz mantém-se afastado da investigação preliminar, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar aquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas, dentre outras)²³. A intervenção do órgão jurisdicional é contingente e excepcional. Isso porque, o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção de um magistrado. Ele não é um sujeito necessário na fase pré-processual e será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir a autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições em quaisquer de seus direitos²⁴.

A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de permitir que o juiz que tem contato com os autos do inquérito para qualquer ato possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juízo de admissibilidade da denúncia, mas, sobretudo, procurando incorporar, ao seu convencimento quanto ao mérito, elementos de informação que não teriam essa finalidade²⁵. O magistrado deve encontrar-se, portanto, distante daquilo que se poderia chamar de objeto da investigação e, mais que isto, sua formação de convencimento não se deve deixar levar pelos informes colhidos ainda na fase da preparação da ação penal²⁶.

3.1. JURISDICIONALIDADE

O princípio da jurisdicionalidade, está intimamente relacionado com o devido processo legal, vez que não se pode suprimir direitos e garantias do indivíduo, senão por ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente²⁷. Por exemplo, a decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, seja previamente, nos casos de prisão preventiva, temporária e imposição autônoma das medidas cautelares diversas da prisão, seja pela necessidade de imediata apreciação da prisão em flagrante, devendo o magistrado indicar, com base em elementos concretos existentes

do IBADPP. Salvador, 19 de Setembro, 2014

23. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 284

24. *Idem*.

25. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 93

26. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 95

27. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 791

nos autos, a necessidade da segregação cautelar, inclusive com apreciação do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança²⁸. É nesse sentido a disposição do artigo 282, §2º, do CPP.

Depreende-se que a restrição aos direitos de liberdade do acusado deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e a imparcialidade do juiz, e sobretudo a obrigatoriedade de motivação²⁹. “A adoção de qualquer medida cautelar de natureza pessoal acarreta inegável restrição aos direitos fundamentais do indivíduo³⁰”.

Em razão da jurisdicionalidade, as medidas cautelares estão submetidas, em primeiro lugar, à análise judicial de sua adoção, por se tratarem de medidas de restrição a direitos consagrados na Constituição da República e nas Convenções Internacionais, só podendo ser adotadas por decisão judicial fundamentada da autoridade competente³¹.

Excepcionalmente, determinadas medidas podem ser adotadas, em um primeiro momento, por órgão ou pessoa que não a judiciária, tais como a prisão em flagrante e/ou a busca e apreensão em domicílio do indiciado com seu consentimento ou ainda a fiança prestada pela autoridade policial, em conformidade com o art. 322 do CPP, mas, posteriormente, deverão ser submetidas ao crivo do Judiciário para análise de sua legalidade, “até porque tais medidas, em tese, poderão admitir uma imputação penal e, desde já, antecipam-se os efeitos de eventual sanção que será aplicada³²”.

O juiz deve exercer o controle judicial prévio da medida cautelar e deixar patenteado na decisão quais são os concretos indícios de autoria ou de participação; quais são as provas existentes a respeito da infração penal; que se trata de infração punida com reclusão; que a interceptação é necessária em virtude da inexistência de outros meios disponíveis para a obtenção das provas; a descrição com clareza da situação da investigação; meios empregados para a execução da medida; duração, intensidade; e que a interceptação é medida proporcional no caso concreto, em razão da gravidade da infração, da necessidade da prova e dos interesses afetados³³.

28. LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 775

29. *Idem*.

30. *Ibidem*. p. 735

31. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 754/755

32. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 754/755

33. LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 734

O exercício da jurisdicionalidade não implica apenas em um próximo e efetivo contato do juiz com o material indiciário e “probatório” que lhe serve de fundamento, mas também na formação de uma convicção acerca da responsabilidade penal do suspeito, exigindo do magistrado uma prudente verificação, um exercício interpretativo das hipóteses aventadas na investigação que lhe permitam concluir como prováveis a participação do imputado no delito e a ocorrência do fato, caso ele permaneça em liberdade, à instrução processual, à aplicação da lei penal e às garantias das ordens pública e econômica³⁴.

Por força do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal exige-se que a decisão esteja fundamentada³⁵. Isso, logicamente, impõe que o magistrado examine o conteúdo probatório produzido na investigação criminal e extraia dele um juízo de valor acerca do que lhe é postulado, sempre atuando como controlador da legalidade e dos direitos e garantias fundamentais do sujeito investigado.

Aliás, é justamente em razão dessa posição de garante que o juiz não pode limitar-se a uma análise superficial dos elementos que lhe são apresentados, como depoimentos, filmagens, degravações ou outros documentos. Ao contrário, deve proceder a um exame real, efetivo, no intuito de verificar a plausibilidade das alegações e dos requerimentos que lhe são formulados, seja por parte dos órgãos de investigação, seja por parte do investigado ou suspeito.

3.2. FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO: PROBLEMA?

No processo penal há algumas formas de definição de competência. Tem-se a competência material, em razão do lugar, por prerrogativa de função, por distribuição, por prevenção, conexão e continência. Diante

34. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170

35. Analogicamente, hoje, é possível citar para corroborar a exigência de fundamentação das decisões judiciais, o artigo 489, §1º do Código de processo civil, que diz que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

da ocorrência de um ilícito penal, poderá haver o início da ação penal e, etapa importante é a descoberta do juiz competente para o julgamento. Após a identificação do juiz natural através da leitura da Constituição da República, encontrar-se-á na legislação infraconstitucional as regras de distribuição de competência, que têm em vista e levam em consideração a tutela concreta do processo.

Renato Brasileiro anuncia que “a palavra prevenção deriva de *prevenire*, que significa vir antes, chegar antes, antecipar, significando em direito conhecimento anterior”³⁶. Cuida-se de hipótese de fixação de competência que, caso não seja observada, produzirá apenas nulidade relativa, conforme preceitua o enunciado nº 706 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Prevenção significa antecipação, e concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, prevalente é aquele que primeiro pratica atos do processo ou medidas relativas ao futuro processo, ainda que anteriores ao oferecimento da denúncia ou da queixa. “Juízes igualmente competentes são aquele que possuem mesma competência material e territorial. Já os magistrados com competência cumulativa possuem idêntica competência material, mas estão situados em foros diferentes”³⁷.

A questão da prevenção, tal como regulada no direito processual brasileiro, importa, na dicção do artigo 83 do Código de Processo Penal, na firmiação da competência do juiz que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato decisório do processo ou de medida a este relativa, ainda que anteriormente ao oferecimento da denúncia ou queixa. Assim, será competente para processar e julgar referido fato o magistrado que homologou o auto de prisão em flagrante, decidiu sobre pedido de liberdade provisória, sobre requerimento de busca e apreensão ou, ainda, acerca da quebra dos sigilos bancário, fiscal ou das comunicações telefônicas, por exemplo³⁸.

Quaisquer magistrados, uma vez regularmente investidos na função judicante, tem o poder para decidir controvérsias jurídicas independentemente da matéria que se lhes apresente – civil, penal ou administrativa, dentre

36. LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 529

37. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.389

38. MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antiores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antiores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf). Acesso em 15 out. 2015, p. 4299

outras – pois dotados de plena jurisdição³⁹. Tal concepção, porém, embora possível e correta do ponto de vista teórico, apresenta-se problemática no campo prático, motivo pelo qual os ordenamentos jurídicos optam, via de regra, pela repartição desse poder jurisdicional inerente aos juízes e tribunais, dando ensejo ao que se denomina competência.

A interpretação das regras de fixação da competência deve adequar-se às demais garantias que orientam o processo penal, dentre as quais se destaca em importância a da imparcialidade do órgão jurisdicional. A questão da prevenção precisa ser (e será, espera-se) revista, pautada principalmente pela compreensão do devido processo legal no marco do Estado Democrático de Direito, de forma que se empreguem, de forma eficaz, as garantias de um julgamento imparcial.

Faz-se necessário privilegiar uma leitura das regras processuais que sejam compatíveis com as garantias fundamentais previstas tanto na Constituição da República quanto nos tratados internacionais de direitos humanos, objetivando, minorar as hipóteses de violações aos direitos básicos de todos aqueles sobre os quais pesa uma acusação criminal.

4. O JUIZ DE GARANTIAS

A partir do modelo de processo penal instituído no Brasil, para os problemas relativos à imparcialidade do julgador, vislumbrou-se como solução uma reforma estrutural, orientada a privilegiar a função garantidora do Poder Judiciário como um todo, e, em especial, perante a investigação preliminar. Exatamente neste ponto insere-se o Juiz de Garantias⁴⁰. Nas lições de Luiz Flávio Gomes, no atual sistema criminal brasileiro, muitos juízes estão perdendo a noção sobre qual é a sua exata função na fase preliminar (de investigação). Para o professor, não se consegue mensurar as polêmicas que existem em torno do trâmite dos inquéritos policiais e do posicionamento dos juízes frente a eles⁴¹.

O chamado “juiz de garantias” terá como função precípua a de monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado, na fase de investigação, e ficará impedido de presidir uma futura ação penal⁴².

39. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105

40. *Ibidem*. p. 194

41. GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, n.50, (mar./abr.) 2011, pag. 424

42. *Idem*

Na forma do 15º artigo do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, “o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”. Esse juiz, por força do artigo 17, “que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo”.

Como destaca André Machado Maya, “não se trata de privilegiar um apego excessivo ao formalismo, mas de compreender que a existência de um regramento mínimo é de fundamental importância, em especial no âmbito do processo penal, em que as regras representam a garantia”⁴³.

Ao juiz de garantias competiria o resguardo da legalidade da investigação criminal e do irrestrito cumprimento dos direitos fundamentais do suspeito, dependendo da sua licença a concretização de medidas cautelares reais e pessoais e a busca de provas que impliquem ou possam implicar supressão de direitos fundamentais. E uma vez finda essa fase, cessará também sua competência, incumbindo a instrução criminal da acusação formulada pelo órgão acusador ou pelo querelante a outro órgão jurisdicional que não tenha tido contato com a investigação⁴⁴.

O juiz das garantias deteria competência apenas na fase pré-processual, relativamente às medidas investigatórias realizadas pela autoridade policial. O juiz processual, que atuará após a denúncia, terá “liberdade crítica” em relação ao material colhido na investigação, sem vícios, sem contaminações, sem pré-conceitos, pré-julgamentos, uma vez que não teve participação alguma na fase investigativa, o que garantiria a imparcialidade no processo.

Aury Lopes também defende o estabelecimento do juiz de garantias: “precisamos da figura do ‘juiz da investigação’, que não se confunde com o ‘juizado de instrução’, sendo responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador”⁴⁵.

A pretensão é a busca da proteção com equilíbrio dos direitos fundamentais do investigado/processado e da efetiva tutela pela dos direitos fundamentais, contudo, não se pode esquecer que qualquer juiz, de

43. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 198

44. *Idem*

45. LOPES JR. Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 01 set. 2015, p. 03

garantias ou do processo propriamente dito, tem a função constitucional de, em suas decisões, zelar pela defesa dos direitos fundamentais, notadamente os individuais⁴⁶.

5. O ART. 252 DO CPC E A POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO JUIZ QUE ATUOU NA INVESTIGAÇÃO POR SUSPEIÇÃO

Em razão da possível vinda da nova legislação processual penal, faz-se necessária uma reflexão sobre uma das hipóteses do artigo 252 do Código de Processo Penal e questiona-se: o juiz de garantias é mesmo necessário? Será que não se tem mecanismos na legislação posta para afastar juízes imparciais?

Apesar de entendido exaustivo pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros, o citado dispositivo legal refere em seu inciso III, o impedimento do juiz que “tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão”. O que a doutrina e jurisprudência vêm interpretando no sentido de impossibilidade de o juiz julgar os mesmos fatos em graus de jurisdição diversos⁴⁷.

Todavia, ampliando-se o aspecto da disposição legal, apreende-se que o objetivo maior da norma parece ser não apenas evitar que o magistrado possa estar na contraditória posição de reformar aquilo que ele mesmo já decidiu, mas também que, com sua convicção já formada a respeito dos fatos em julgamento, vá novamente apreciá-los.

É neste último sentido que deve ser pensado o impedimento (aqui, empregado como gênero, do qual a suspeição é espécie) de juiz que tenha atuado e não só isso, mas “tenha se pronunciado de fato e de direito” sobre a mesma questão em outra “instância”, expressão está também entendida, de maneira mais ampla, como outra esfera ou seara do direito. Ou seja, o critério não deve ser apenas de verticalidade, mas também de horizontalidade.

Especialmente a partir da Constituição da República, com a expressa consagração de diversos direitos e garantias fundamentais, da prevalência do sistema acusatório, bem como da essencialidade da imparcialidade

46. FISCHER, Douglas. O sistema acusatório à luz da Constituição Federal de 1988 e o PLS 156. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 67

47. POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito & Justiça**. Rio de Janeiro v. 39, n. 1, p. 116-120, jan/jun. 2013, p. 117

(objetiva e subjetiva) para o exercício da jurisdição, o sentido adotado deve ser esse, mais abrangente.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a expressão “outra instância” para fins do art. 252, III, do Código de Processo Penal, também implica em atuação do juiz na fase pré-processual e judicial, bem como penal e extrapenal. Neste sentido:

Pensa a jurisprudência dominante que, à luz do disposto no art. 252 do Código de Processo Penal, não esteja o juiz que tenha atuado em outro processo a respeito da matéria, impedido de exercer o ofício, porque seriam taxativas as hipóteses ali previstas, das quais a do inc. III diriam respeito a atuação em fases diversas do mesmo processo. [...] Não me parece, *data vêniam*, seja esta a leitura mais acertada, sobretudo perante os princípios e as regras constitucionais que a deve iluminar, segundo as incontroversas circunstâncias históricas do caso, em que o juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu – nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas – despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade. [...] ⁴⁸

É fora de dúvida que mediante interpretação do citado dispositivo, combinada com o princípio do justo processo da lei (art. 5º, LIV, da Constituição da República), não pode à míngua de imparcialidade objetiva e por consequente impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão, como sucedeu no caso, onde aquela garantia não foi respeitada.

Carnelutti já advertia que “a Justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir essa parcialidade”⁴⁹. A fase preliminar do processo penal é apenas uma das etapas do percurso do processo penal, sustentado, no Brasil, em pleno século XXI, em bases forjadas na década de quarenta, numa estrutura de preponderância desequilibrada da incidência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*⁵⁰.

48. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.94641, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJE-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em 25 mai. 2015

49. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: CONAN, 1995, p. 34

50. GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. In: Diogo Malan e Flavio Mirza. (Orgs.). *70 Anos de Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 01, p. 299

A fase investigatória não se constitui em compartimento incomunicável⁵¹. Mecanismos de controle, internos e externos, apresentam-se como fatores indispensáveis à redução dos níveis de complexidade, sob pena de desintegração do procedimento investigatório e do processo criminal.

Como demonstra Nereu, é ilusória a limitação dos riscos da fase preliminar. A dependência e a contaminação, geradas pela integração do inquérito policial ou de quaisquer outras peças produzidas sem as garantias constitucionais, ao processo penal, irradiam efeitos sobre todo o processamento penal, com consequências multiplicadoras, acumulativas e nem sempre perceptíveis no momento de sua potencialização (vítima que aponta num álbum de fotografia um indivíduo semelhante ao agressor; em vários momentos seguintes, inclusive em juízo, lhe é mostrada a mesma fotografia; reconhecimentos sem as formalidades legais, num primeiro momento, ignorância do reconhecimento sequencial)⁵².

Há que se considerarem os aspectos do princípio do juiz natural, diferenças entre a imparcialidade e neutralidade, nos casos de contaminação psicológica do julgador. Observa-se que não se considerará o juiz suspeito simplesmente porque teve contato com informações não relevantes ao processo, mas porque conheceu dos fatos, compreendeu-os, formou seu juízo, ainda que em cognição sumária, mas, já pré-julgou a causa⁵³.

Assim, evita-se que o julgador responsável pelo veredicto se veja contaminado por uma versão parcial, pertinente com exclusividade ao campo da admissibilidade da acusação, e possa julgar o mérito, oportunamente, orientado pelas premissas decorrentes da presunção de inocência⁵⁴.

Quando, finalmente, a investigação é encerrada, o juiz, tendo participado de seus atos, pode estar absolutamente familiarizado com os fatos, já tendo formado um juízo sobre o que ocorreu e quem seriam as pessoas envolvidas. Nesse cenário, é evidente que a defesa entra em desvantagem, e sua fala já não merece a mesma atenção e credibilidade do juiz. Se foi ele próprio quem avaliou a pertinência e a legalidade das medidas realizadas na fase pré-processual é bastante improvável que ele desqualifique os elementos

51. *Ibidem*. p. 300

52. *Ibidem*. p. 305

53. OLIVEIRA, Daniela Olímpio de; TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. *Revista dialética de direito processual*, n. 106, janeiro 2012 edições Loyola. p. 61

54. PRADO, Geraldo. Sobre o Projeto de Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: n. 183 julho/set. 2009, p. 5

que foram produzidos e mude de ideia quanto ao resultado que foi colhido⁵⁵.

Assim, para que se alcance a máxima efetividade do princípio da imparcialidade, em determinados casos, há que se ponderar se o juiz que proferiu alguma decisão no âmbito da investigação preliminar poderá presidir a instrução processual e proferir a sentença, e nesse sentido deve ser aplicado o art. 252 do CPP. O juiz de garantias seria sim um avanço, mas inegavelmente, já temos no ordenamento posto atualmente regra para proteger o processo penal de juízes suspeitos, que “saibam do caso”.

6. CONCLUSÃO

É função do magistrado atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal. No Estado Democrático de Direito o juízo deve atuar constantemente preservando a proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um. E tem por pressuposto a imparcialidade no exercício da jurisdição.

O processo é, por natureza, um limite, um ritual que condiciona o exercício legítimo do poder, pautado por regras formais que condicionam a decisão jurídica. A imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio de extrema relevância para o processo, constituindo o princípio supremo, inafastável, inderrogável, imprescindível para o seu regular desenvolvimento processual e obtenção de um decreto judicial justo.

Não se pode exigir neutralidade de quem julga, tratando a imparcialidade da proteção do julgador contra interferências alheias ao caso penal ou a ciência dos fatos antes da atuação das partes, e a neutralidade permitiria um julgador infenso a qualquer fatalidade do cotidiano, o que se afigura impossível, vez que o juiz é um ser inserido no mundo, tendo suas ideologias, princípios, experiências, como base para as suas decisões.

Entretanto, o contato direto do magistrado com o sujeito passivo e com os fatos e dados indiciários, investigatórios, provoca no ânimo do julgador, uma série de pré-juízos e impressões contra o imputado que influenciarão no momento de sentenciar. A imparcialidade poderá quedar comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos inúmeros pré-julgamentos que o juiz realiza no curso da investigação preliminar. O juiz imparcial é requisito indispensável

55. SCHREIBER, Simone. **O juiz de garantias no projeto de código de processo penal**. Boletim do IBCCrim, n.18, edição especial, agosto de 2010, p. 21

à implantação de um sistema processual democrático. Sua inobservância é fator de arbitrariedades.

Tem que haver o rompimento com o ranço inquisitório. Há que se entender que o processo é um conjunto de regras, que representa um nível de evolução democrática e civilizatória, e que a recusa de um juiz em condenar, frustrando a expectativa da sociedade que sempre espera uma condenação, é medida que, em determinados casos se impõe, sendo necessária, legítima, justa.

No Brasil há – ou deveria haver – uma democracia em que o processo como procedimento em contraditório é o mecanismo democrático para se apurar a responsabilidade de alguém. Neste país, a posição de sentença antecipada, embora vedada pela Constituição, continua sendo a prática.

Com a vinda do o juiz de garantias, vislumbra-se a possibilidade de amenização das violações de garantias que acontecem no cotidiano processual em faina diurna. Contudo, não precisamos esperá-lo para monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado, na fase de investigação, vez que existe disposição legal para determinar o impedimento do juiz que vá presidir uma futura ação penal.

Em um sistema processual penal instituído sob a égide de uma constituição cidadã com a de 1988, que institui garantias e diminui o ranço inquisitório da legislação infraconstitucional, frente à atuação do magistrado, é de suma importância, além de entender o seu papel, saber os limites de sua intervenção e os princípios que a norteiam. Os operadores do direito que simplesmente assistem o que se passa com as vítimas do sistema penal não se excluem da responsabilidade ética. Por isso há que se defender o respeito e o cumprimento das garantias constitucionais.

Para que se alcance a máxima efetividade do princípio da imparcialidade exige-se que o juiz que proferiu alguma decisão no âmbito da investigação preliminar não seja o mesmo competente para presidir a instrução processual e proferir a sentença de mérito e, uma solução, é a aplicação do artigo 252, III, do Código de Processo Penal, privilegiando o direito de ser julgado por um juiz imparcial, permitindo aos acusados um processo penal mais justo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Decreto-Lei 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 02 abr. 2015.

_____. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 jun. 2017.

_____. **Projeto de Lei 8045/2010**. Anteprojeto do novo código de processo penal. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em 02 abr. 2015

_____. Senado. Anteprojeto/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. <disponível em <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 11 mai 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.94641, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJE-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em 25 mai. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: CONAN, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

FISCHER, Douglas. O sistema acusatório à luz da Constituição Federal de 1988 e o PLS 156. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *apud* MACHADO, Claudio Roberto da Silva. MACHADO, Luiz Fernando da Silva. O mito da imparcialidade do juiz e a pré-compreensão. **Caderno de Pesquisa Discente – Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: Ideia, vol. 8, n. 1. 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. In: Diogo Malan e Flavio Mirza. (Orgs.). **70 Anos de Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 01.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, n.50, (mar/abr.) 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. **Crise na Investigação Preliminar Brasileira**. Palestra ministrada no III Seminário do IBADPP. Salvador, 19 de setembro, 2014.

MACHADO, Claudio Roberto da Silva. MACHADO, Luiz Fernando da Silva. O mito da imparcialidade do juiz e a pré-compreensão. **Caderno de Pesquisa Discente – Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: Ideia, vol. 8, n. 1. 2009.

MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re) leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(+20%2C+21+c+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(+20%2C+21+c+22+de+novembro+de+2008).pdf). Acesso em 15 out. 2015, p. 4299.

_____. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**.

2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de; TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. **Revista dialética de direito processual**, n. 106, janeiro 2012 edições Loyola.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito & Justiça**. Rio de Janeiro v. 39, n. 1, p. 116-120, jan/jun. 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. Sobre o Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n. 183 jul/set. 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Simone. **O juiz de garantias no projeto de código de processo penal**. Boletim do IBCCrim, n.18, edição especial, agosto de 2010.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

TOURINHO NETO, Fernando. Os direitos constitucionais do acusado no inquérito policial e no processo penal. **Revista do Instituto dos Advogados da Bahia**. Salvador: IAB, edição especial, 2005/2006, p. 155.

A TRANSGRESSÃO DE PRINCÍPIOS BIOÉTICOS E A SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL COMO DESLEGITIMADORES DA CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Eveline Conceição Santos¹

RESUMO: O presente trabalho fomenta o caráter subsidiário do direito penal e a eficácia da imputação de sanções administrativas por violação de princípios bioéticos como justificativa para a não criminalização da violência obstétrica, conforme pretensão do Projeto de Lei 2.589/15. Ademais, sustenta o fortalecimento da intervenção dos conselhos, entidades hospitalares e demais órgãos administrativos nos casos desta modalidade de violência contra a mulher ante a legitimidade que lhes é conferida pelo Código de Ética Médica (Lei Federal nº 3.268/57).

Palavras chave: Violência obstétrica, princípios bioéticos, subsidiariedade, Direito Penal, parto, violência contra a mulher, autonomia, Conselhos de Medicina, sanções administrativas.

ABSTRACT: The present study encourages the subsidiary character of criminal law and the effectiveness of the imputation of administrative sanctions for violating bioethical principles as a justification for no criminalization of obstetric violence, in accordance with the Draft Law 2.589/15. In addition, it supports the strengthening of the intervention of councils, hospital entities and other administrative bodies in cases of this type of violence against women, given the legitimacy conferred on them by the Medical Ethics Code (Federal Law 3.268/57).

Key-words: Obstetric violence, bioethical principles, subsidiarity, Criminal Law, childbirth, violence against women, autonomy, Councils of Medicine, administrative sanctions.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Perspectivas institucionais e o tratamento jurídico conferido a violência obstétrica. 2. A transgressão de princípios bioéticos como fator autorizador da cominação de sanções administrativas. 3. A força punitiva dos Conselhos de Medicina como

1. Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2017). Pós Graduanda em Ciências Criminais pela Estácio/CERS. Técnica em Administração pelo SENAI (2013).

materialização da subsidiariedade do Direito Penal e da desnecessidade de criminalização da violência obstétrica. 4. Conclusão. 5. Referências

INTRODUÇÃO

A ocorrência significativa de atos ou procedimentos que atentem contra a integridade física, psicológica e a independência de gestantes, parturientes e mulheres em estado puerperal tem exigido interpretação ampla sob prismas científicos diversos.

Nessa senda, embora a prática de agressões obstétricas nos processos do pré-parto, parto e pós-parto não constituam uma forma recente de violência contra a mulher, os debates que concernem a estes vem ganhando robustez nos dias atuais e circundam de forma massiva nos âmbitos da Medicina, Enfermagem e Psicologia, todavia são tratados com eufemismo para além destas especialidades, motivo pelo qual merecem notoriedade por parte do Direito.

Com efeito, observa-se em detida análise que o modo como se opera a violência obstétrica não vilipendia apenas supostos consolidados na Constituição Federal e legislações atinentes aos Direitos Humanos como a autonomia e a informação, mas especialmente disposições do Código de Ética Médica, fator que legitima a cominação de punições em sede administrativa e dispensa a incidência da tutela penal, ora pretendida pelo Deputado Marco Feliciano a partir da propositura do Projeto de Lei nº 2.589/2015, que tem como escopo a inclusão da violência obstétrica no rol da conduta delitiva do constrangimento ilegal, tipificada no artigo 146 do Código Penal.

Ante ao exposto, pautando-se numa metodologia exploratória procedida a partir da apuração do tratamento jurídico, bioético e social atribuído aos atos desta modalidade de violação dos direitos da mulher, o presente trabalho sintetiza a necessidade de incentivo a aplicação de intervenções administrativas pelos Conselhos de Medicina e a preservação do status de *ultima ratio* do Direito Penal.

De mais a mais, destaca a importância da observância aos pressupostos bioéticos não apenas pelo que concerne ao cumprimento de posturas expressamente descritas em regimentos e fomentadas pelos entes responsáveis, mas, sobretudo no que diz respeito à relação entre médicos e parturientes.

Em essência, este fólio expressa a prescindibilidade do tratamento penal aos atos caracterizadores de violência obstétrica ante a suficiência da aplicação de sanções administrativas pelos Conselhos de Medicina para

punir os autores destes pela atuação dissonante das máximas preconizadas pelos princípios bioéticos.

1. PERSPECTIVAS INSTITUCIONAIS E O TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Intervenções como a episiotomia², manobra de Kristeller³, a realização de cesáreas pautadas na otimização de lucros médicos, o uso frequente e injustificado de ocitocina⁴ e fórceps⁵, a exposição nas dependências hospitalares, a execução invasiva e grosseira do exame de toque e principalmente a agressão psicológica exercida com o emprego de expressões e circunstâncias que colocam a mulher em condição de inferioridade em razão da condição de “parideira” são exemplos de condutas que caracterizam a violência obstétrica e que demandam apreciação jurídica.

Com efeito, após a publicação da matéria “Violência Obstétrica: o relato de um grito” (ARAÚJO, FOTENELLE, HERRERA, ALBUQUERQUE e CALÇADE, 2016) que narrou a experiência de uma estudante de medicina que presenciou o parto hostil de uma adolescente, a violência contra a mulher nos corredores das maternidades ganhou notoriedade sob vários óbices.

Nessa senda, o ordenamento jurídico brasileiro atentou-se a necessidade de estruturar mecanismos que instituíam e resguardem direitos específicos às gestantes e parturientes considerando sua vulnerabilidade, o que ensejou o advento de leis, resoluções e portarias.

Em verdade, em 1985, com o auxílio de profissionais de diversas áreas, a Organização Mundial de Saúde construiu a recomendação intitulada “Tecnologias Apropriadas para o Nascimento” que, em essência, estabelece diretrizes a serem observadas no processo do parto. Esta ensejou no

2. Para ZANETTI, PETRICELLI, ALEXANDRE, TORLONI, NAKAMURA e SASS a episiotomia “é um procedimento cirúrgico usado em obstetria para aumentar a abertura vaginal com uma incisão no períneo ao final do segundo estágio do parto vaginal”. ZANETTI, Miriam Raquel Diniz. PETRICELLI, Carla Dellabarba. ALEXANDRE, Sandra Maria. TORLONI, Maria Regina. NAKAMURA, Mary Uchiyama. SASS, Nelson. **Episiotomia: revendo conceitos**. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/site/wp-content/uploads/2013/05/feminav37n7p367-71.pdf>
3. REIS e PATRÍCIO entendem a manobra de Kristeller como uma “pressão no fundo do útero durante o trabalho de parto”. REIS, Adriana Elias. PATRÍCIO, Zuleica Maria. **Aplicação das sanções preconizadas pelo Ministério da Saúde para o parto humanizado em um hospital de Santa Catarina**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000500023
4. Segundo SEDICIAS, a ocitocina é um hormônio presente no organismo masculino e feminino, conhecido como hormônio do amor. Preconiza ainda que “rotineiramente, a ocitocina é utilizada para induzir o parto nas mulheres com mais de 41 semanas de gestação”. SEDICIAS, Sheila. **Ocitocina**. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/ocitocina/>
5. CUNHA preconiza que “fórceps obstétrico é um instrumento destinado a apreender a cabeça fetal e extraí-la através do canal do parto. CUNHA, Alfredo de Almeida. **Indicações do parto a fórceps**. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n12/a2974.pdf>

âmbito nacional a institucionalização da Portaria nº 569/00 (Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento), que serviu de base para a implementação de legislações e atos normativos posteriores, em especial a Portaria nº 1.067/05 (Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal), a Resolução nº 36/08 (Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal), a Portaria nº 1.459/ (Rede Cegonha) e, por fim, a Lei nº 11.108/05 (Garantia de acompanhante durante o pré-parto, parto e pós-parto) que baliza o Projeto de Lei nº 7.633/14.

Os referidos dispositivos tem como fulcro o incentivo à humanização no parto, pré-parto e pós-parto, atingindo procedimentos técnicos obstétricos e neonatais, bem como a criação e execução de políticas atinentes a estes. Ocorre que, o Projeto de Lei nº 2.589/2015, proposto pelo Deputado Federal Marco Feliciano ocupa posição de considerável relevância por objetivar coibir os autores de atos de violência obstétrica criminalmente, sustentando o enquadramento destas práticas no tipo penal do constrangimento ilegal, insculpido no art. 146 do Código Penal Brasileiro.

Entretanto, o projeto de lei em comento é alheio à dificuldade para formação de um acervo probatório idôneo suficiente a ensejar uma condenação pela prática de constrangimento ilegal lastreada nos atos atentatórios as garantias de parturientes e desconsidera que os Conselhos de Medicina e Enfermagem são dotados de força coercitiva para atribuir sanções administrativas àqueles que os praticam em transgressão a princípios bioéticos.

Por outro lado, contrapondo-se ao perfil extremado da proposta legislativa citada alhures, o Projeto de Lei nº 7.633/2014 de lavra do Deputado Jean Wyllys contempla iniciativas humanizadas para o combate da violência obstétrica e incentiva a autonomia da parturiente, bem como dos conselhos e comissões hospitalares e profissionais dispensando a necessidade de intervenção judicial.

A Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002) estabelece como violência o uso de força física ou qualquer outro instrumento de coação em ameaça ou execução de atos contra si, outro indivíduo ou em desfavor de uma coletividade que desencadeie sofrimento, dano psicológico e, em circunstâncias extremas, a morte.

Nesse sentido, atendo-se a esta modalidade de violência contra a mulher, a OMS estabeleceu no dossiê “Parirás com dor”, datado de 2012, o conceito de violência obstétrica determinando-a como o conjunto de

procedimentos, físicos, psicológicos ou assistenciais, empregados nos períodos pré-parto, parto e pós parto que se dão em transgressão a princípios científicos e sobretudo de humanização preconizados nos Códigos que regem as atividades dos profissionais envolvidos nestas etapas.

Tal conceito leva a consolidação da ideia de que os aviltamentos perpetrados nos processos supracitados se dão contra as parturientes não apenas pelas circunstâncias vulneráveis em que estão. Em verdade, a violência obstétrica se volta contra estas essencialmente por suas condições de mulheres.

Diante desta realidade, RODRIGUES⁶ (apud MURY, 2012) preleciona que “mulheres em situação de violência são, por vezes, “revitimizadas” nos serviços quando: são julgadas; não têm sua autonomia respeitada; são discriminadas em função de questões de raça/etnia, de classe e geracionais.”.

Assim, a partir da constatação dessa espécie de violência, entre outras análises, é crucial destacar concepções advindas da seara do Direito. Nessa senda, a violência obstétrica não significa somente a realização de procedimentos duvidosos ou a inobservância aos princípios fixados por Códigos de Ética Profissional. Significa também a mácula a direitos superiores à legislação positivada como à dignidade do ser humano, à liberdade sexual e reprodutiva e principalmente o cerceamento do direito à autonomia. Sem embargo, caracteriza a violação de direitos de segunda e quarta geração como a saúde e informação.

Nesse óbice, note-se as aspirações aventadas por RODRIGUES:

Entende-se sobre esse aspecto uma falácia em nosso sistema de saúde, que tende a ter alicerces na histórica submissão feminina, nas relações de poder e na falta de conhecimentos dos direitos básicos, renegando à mulher uma atenção humanizada, qualificada, integral e universal. (Análise da Violência Institucional Contra Mulheres em Processo de Parturição em Maternidades da Rede Cegonha em Fortaleza. 2014, p.13).

De mais a mais, embora a apuração de estatísticas acerca dessas práticas ainda seja tímida, os eventos de violência obstétrica não constituem uma realidade recente. O desrespeito ao período delicado existente entre a gestação e o parto é frequente, especialmente a partir da década de 70 com a implantação e a disseminação de métodos cirúrgicos e incisivos para a realização de

6. MURY, Laura. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. **Violência Institucional: casos de violação de Direitos Humanos na área da saúde materna e neonatal no Estado do Rio de Janeiro**. 2012. In: RODRIGUES, Francisca Alice Cunha. **Análise da Violência Institucional Contra Mulheres em Processo de Parturição em Maternidades da Rede Cegonha em Fortaleza**. 2014. Disponível em: <http://www.uece.br/cmaccis/dmdocuments/FRANCISCAALICE.pdf>.

partos. Outrossim, tais métodos desencadearam o emprego desmedido de procedimentos de eficácia contestável, concebidos por alguns médicos como mecanismos que facilitam e proporcionam celeridade aos partos, tornando dispensável o fomento do processo de humanização.

A seu turno, ainda no que concerne a esta celeuma, DUDA, EGAS⁷ (apud DINIZ, DUARTE, 2004) destacam a oportunidade em que se trouxe à tona as práticas que mitigam procedimentos médicos.

Mundialmente, o questionamento a esse modelo tecnocrático, no campo da saúde pública, tem seu início entre os anos 1970 e 1980, com a fundação do Movimento da Medicina Baseada em Evidências. O cerne desse movimento foi o entendimento de parcela da classe médica de que “boa parte da prática médica não é respaldada por estudos de qualidade sobre a segurança e a eficácia dos procedimentos utilizados. (Pelo direito humano de nascer: a violência obstétrica no Brasil na perspectiva dos direitos humanos. 2015)

Noutro giro, as mesmas pesquisadoras sinalizam o enfoque atribuído pela Fundação ReHuNa⁸ ao versar sobre a patente agressão intrínseca às práticas médicas arbitrárias.

Analisando as circunstâncias de violência e constrangimento em que se dá a assistência a saúde reprodutiva e especificamente as condições pouco humanas a que são submetidas mulheres e crianças no momento do nascimento, queremos trazer alguns elementos à reflexão da comunidade. (A rede pela humanização do parto. 1993, p.216).

Com efeito, a Organização Mundial de Saúde, bem como Conselhos de Medicina e Enfermagem, tem incentivado a difusão de práticas que respeitem a anatomia e fisiologia do bebê e da mãe, além do psicológico desta última em atenção a pressupostos bioéticos. Nesse contexto, é pertinente valer-se da concepção de BELLI (2013) que ao versar sobre o cumprimento necessário dos objetivos estabelecidos pelo Comitê de Bioética aponta que a mulher é titular de direitos intrínsecos como o de “(...) *ser informada sobre la evolución de su parto, el estado de su hijo o hija y, en general, a que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales.*”

No mesmo sentido, a pesquisadora sustenta com base na Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos que, em respeito à condição

7. DINIZ, Simone Grilo, DUARTE, Ana Cristina. Parto normal ou cesárea? O que toda mulher deve saber (e todo homem também). São Paulo: Editora UNESP, 2004. In: DUDA, Graziela Rodrigues; EGAS, Heloiza. **Pelo direito humano de nascer: a violência obstétrica no Brasil na perspectiva dos direitos humanos**. Disponível em: <http://institutopauline.org/novo/pelo-direito-humano-de-nascer/>.

8. ReHuNA. **A rede pela humanização do parto e nascimento**. In *Revista Tempus Acta Saúde Coletiva*. 2010.

humana reservada a cada indivíduo, as intervenções médicas diagnósticas, preventivas, terapêuticas ou de natureza similar apenas se operarão com o consentimento livre e prévio do interessado as parturientes merecem ter suas particularidades respeitadas.

A sujeição de parturientes a procedimentos que destroem sua esfera íntima é lamentável, sobretudo quando se trata da frustração de uma série de expectativas acerca do nascimento de um filho. Contudo, definir toda e qualquer incidência dessas intervenções como conduta criminosa é temerário.

A propositura do projeto de lei nº 2.589/15 pretende a criminalização da violência obstétrica, acrescentando-a ao tipo penal do constrangimento ilegal. Entretanto, punir criminalmente o médico que realiza tais procedimentos, ainda que a contragosto da parturiente, para salvar sua vida ou a de seu rebento é errôneo. Acolher as perspectivas do projeto legislativo em testilha abriria margens a infundas arbitrariedades principalmente por dificultar a configuração do constrangimento ilegal.

Frente a essa conjuntura, observe-se que antes de analisar esta temática sob o óbice de qualquer ramo do Direito é necessário apura-la sob o prisma do Direito Constitucional, que salvaguarda o direito à intimidade, à informação, à inviolabilidade, além de zelar pelas liberdades individuais, inclusive de ordem sexual e reprodutiva. Nesse contexto, as reflexões de John Stuart Mill⁹ rememoradas por TORRES (2014) elucidam:

(..) o indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para tentar persuadi-lo, para aconselhá-lo, mas não para coagilo, ou para infligir-lhe um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. (...). Naquilo que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano. (Sobre a liberdade. 1992. p. 93)

Nessa seara, é notório que a conduta que cerceie direito alheio deve ser coibida, contudo obedecendo a limites de proporcionalidade, de modo que, aqueles que praticam atos de violência obstétrica merecem punição mas não necessariamente aquela dotada de jaez criminal.

9. MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Editora Vozes. Petrópolis. 1991. p 53. In: TORRES, José Henrique Rodrigues. **O caso da cesariana forçada em Torres/RS**. In *Revista Liberdades* – nº 16 – maio/agosto de 2014. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=203.

2. A TRANSGRESSÃO DE PRINCÍPIOS BIOÉTICOS COMO FATOR AUTORIZADOR DA COMINAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Por vezes a coação, a submissão e outras circunstâncias a que ficam vulneráveis as gestantes, parturientes e mulheres em estado puerperal assumem um perfil tão hostil que implicam na macula ao princípio da humanidade, no distanciamento entre mãe e bebê e, em casos extremos, no abandono do recém-nascido, sucedido pelo infanticídio.

Ocorre que, mesmo diante desta realidade, não se percebe uma atuação ávida por parte do Poder Judiciário no que diz respeito a atos atentatórios a dignidade física e psicológica da mulher no parto, o que fortalece a necessidade da incidência de medidas punitivas emanadas de órgãos administrativos estruturados sobre os pilares da bioética.

Nessa ínterim, no que toca aos aspectos tangentes à dignidade da pessoa humana, a *National Commission For The Protection of Humans Subjects of Biomedical and Behavioral Resarsh*, em 1978 por meio do *Belmont Report* preconizou a existência de quatro princípios basilares para a prática de ações médicas e biomédicas. Esses princípios são os da autonomia, beneficência, não maleficência e da justiça.

O princípio da autonomia estabelece, em essência, o respeito pela vontade do paciente, observando obviamente os parâmetros de razoabilidade bem como seus anseios morais e expectativas acerca do procedimento. É partindo deste entendimento que DINIZ (2006) elucida que deriva desse princípio a exigência do consentimento livre e informado, bem como a forma de decidir sobre substituição quando uma pessoa for incompetente ou incapaz.

Por outro lado, os princípios da beneficência e da não maleficência se fundem e constituem a ideia de que os profissionais de saúde engajados com procedimentos como parto, pré-parto ou pós-parto devem executa-los com o intuito de proporcionar ao paciente seu bem estar, evitando ao máximo a ocorrência de prejuízos de ordem física ou psicológica.

De mais a mais, o princípio da justiça cinge-se a imparcialidade na análise dos riscos e benefícios para o paciente e para aqueles que, além desses, são diretamente atingidos pelas intervenções efetuadas por médicos, enfermeiros e profissionais similares.

Destarte, apurados os princípios bioéticos e pareando-os à violência

obstétrica, percebe-se que esta constitui verdadeira inobservância aos primeiros. As sucessivas ocorrências de episiotomia, aplicações de endorfina¹⁰ e principalmente a realização de cesarianas inexistindo riscos para parturiente ou para o feto, por exemplo, são um claro desrespeito ao princípio da autonomia.

Não obstante, a restrição à presença de acompanhante escolhido pela parturiente durante o parto, direito assegurado pela Lei nº 11.108/2005, a imobilização forçada ou induzida com expressões imperativas e a ridicularização da condição de gestante, parturiente ou mulher em estado puerperal configura uma mácula aos princípios da beneficência e da não maleficência. De outro turno, o cerceamento do protagonismo e de assistência diferenciada devida à mulher no momento do parto consiste em infração ao princípio da justiça.

Em verdade, nos dias atuais, o que se percebe em breve observação a atuação de parcela considerável dos profissionais em comento é que estes empreendem a mercantilização inidônea do parto que, por conseguinte, culmina na percepção dos pacientes como instrumento de lucro independentemente da observância dos deveres suscitados pela deontologia médica e garantias consagradas pelos princípios bioéticos.

Por isso, SGRECCIA (2002) ao valer-se das lições de Van Rensselaer Potter¹¹ considera a bioética como a fusão entre fatos biológicos e um conjunto de valores éticos a serem postos em exercício por aqueles que se devotam ao exercício de atividades relacionadas à Medicina. De mais a mais, o Código Brasileiro de Deontologia Médica estabelece em seu primeiro capítulo ao abordar os princípios regentes da atividade médica que, o alvo de toda a atenção do médico é o paciente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Desse modo, adequando as considerações apontadas ao cenário da violência obstétrica é pertinente suscitar aos profissionais que nessa área atuam que seu trabalho merece ser exercido em consonância com o princípio da humanidade e as garantias bioéticas.

Com efeito, o Código de Ética Médica (Lei nº 3.268/57) consagra em

10. Hormônios naturais do corpo, que reduzem a dor e ajudam a mulher a enfrentar a dor do trabalho de parto. LAMAZE, Instituto para o parto normal. **Práticas de atenção e cuidado que promovem o parto natural**. Disponível em: http://www.inutero.pt/UserFiles/File/artigos/nascimento/intervencoes_de_ro-tina_a_evitar.pdf.
11. POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. Prentice Hall. Englewoof Cliffs. 1971. In: SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica**. São Paulo. Edições Loyola. 2002. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=SW5Ey4bU17QC&oi=fnd&pg=PA21&dq=bio%C3%A9tica+e+deontologia&ots=ckHkvbaE4M&sig=VxuiDzSh5CmuZ9LO-g4L7mOb2Nzk#v=onepage&q=bio%C3%A9tica%20e%20deontologia&f=false>.

seu preâmbulo:

IV – A fim de garantir o acatamento e cabal execução deste Código, cabe ao médico comunicar ao Conselho Regional de Medicina, com discrição e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível infringência do presente Código e das Normas que regulam o exercício da Medicina.

V – A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das Comissões de Ética, das autoridades da área de saúde e dos médicos em geral.

Dessume-se assim dos dispositivos acima que, os Conselhos Regionais de Medicina são dotados de legitimidade para coibir condutas que atentem contra as disposições do Código de Ética Médica. Nesse ínterim, a edição comentada Estatuto Regimental em tela (COUTINHO, 2004) traz interpretação similar quanto competência dos referidos entes para cominarem punições administrativas aos médicos neles inscritos, tendo em vista a corriqueira condescendência por parte dos hospitais que muitas vezes implica em omissão a fatos relevantes.

Outrossim, ainda que tenha manifestado sua projeções sobre o Código de Ética Médica em 2004, Léo Meyer Coutinho aponta desdobramentos atemporais sobre ajustes jurídico-administrativos que contribuiriam para o fomento e aplicação de medidas punitivas pelos Conselhos Regionais de Medicina aliadas às sanções que devem ser atribuídas pelas direções e comissões de ética hospitalares.

Em verdade, trazendo-se essa perspectiva para os casos de violência obstétrica, o Código de Ética Médica assegura as suas vítimas o direito de representar administrativamente contra aqueles que ignorem as manifestações de seus anseios, consubstanciados em seus direitos de decisões acerca dos procedimentos aos quais serão ou não submetidas.

Nessa senda, o diploma deontológico em comento, ao tratar em seu capítulo IV sobre os direitos humanos, repudia o profissional que cerceia o paciente de sua liberdade lhes impõe práticas invasivas que comprometem seu bem estar e sintonia com sua integridade física e psíquica. Igualmente, ao ponderar acerca dos princípios fundamentais que permeiam o exercício das atividades médicas, o Código de Ética Médica prevê que os profissionais sob sua égide são pessoalmente responsabilizados pelos atos que praticarem e que estejam vinculados à relação de confiança presumida com os pacientes.

Estas disposições conduzem LIGIERA (2009) a considerar no que

tange ao consentimento informado, que este deve ser prestado ao paciente a fim de que ele possa livremente escolher o tratamento que deseja, consentindo ou não no procedimento proposto, visando a aplicação da terapia mais harmoniosa com sua dignidade como ser humano.

Assim, consolida-se a autoridade dos entes administrativos reguladores das atividades médicas, sobretudo Conselhos de Medicina e Comissões de Ética Médica para apurar e imputar sanções aqueles que atentem contra a dignidade da mulher no processo do parto.

3. A FORÇA PUNITIVA DOS CONSELHOS DE MEDICINA COMO MATERIALIZAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL E DA DESNECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A aplicação do Direito Penal cinge-se ao princípio basilar da intervenção mínima, que sintetiza sua *ultima ratio*, tendo em vista que o Estado e outras instituições são detentores de outros instrumentos para concretizar suas pretensões coercitivas. Desse modo, sob a perspectiva da violência obstétrica, é notória a existência de outros meios para atribuição de sanções diversas da tutela do Direito Penal, o que não é observado pelo projeto de lei nº 2.589/15, que aspira a inclusão da violência obstétrica na estrutura do crime de constrangimento ilegal.

Nesse sentido, observando-se o tratamento dispensado pelo Código de Ética Médica aos atos violadores dos princípios da bioética é sensivelmente perceptível que não há necessidade de aplicação do ramo extremo do Direito considerando que, em resumo, no seu capítulo III, o referido diploma confere força sancionatória, ainda que em sede administrativa aos Conselhos Regionais e ao Conselho Federal de Medicina.

Em verdade, se o perigo de mácula a integridade física, ao livre consentimento, ao direito de informação da paciente, ou a qualquer outra garantia já é contemplado pelas amplas disposições do regimento ético-profissional dos médicos não há porque submeter os danos causados pela violência obstétrica à estância máxima do Direito Penal.

De mais a mais, é necessário aclarar que o crime de constrangimento ilegal consiste numa lesão aos direitos de liberdade e autonomia, por isso, se efetivamente provada à inexistência de perigo iminente e demonstrada a impossibilidade da gestante de se opor, a sanção criminal é pertinente, caso

contrário é sensato conduzir esta ao caminho que lhe leve a acionar a esfera administrativa representada pelos órgãos descritos alhures ou se valha de ramos menos extremos do Direito.

Nesse interregno, cite-se as considerações acerca da temática aventadas por TORRES (2014):

O sistema penal é um instrumento de controle social que o Estado Democrático está autorizado a utilizar, em casos extremos, como *ultima ratio*, ou seja, como última alternativa, para proteger bens cuja relevância social e magnitude são reconhecidas por sua dimensão constitucional e pela necessidade de sua preservação em homenagem à dignidade humana. (TORRES, 2014, p. 101)

Desse modo, incumbir o Direito Penal de intervir numa controvérsia que pode ser sancionada e fiscalizada por medidas administrativas é afrontar ao seu caráter subsidiário. Quanto ao exposto, entende-se razoável o fomento a cominações de sanções pelos conselhos administrativos competentes e a massificação de ações preventivas e de enfretamento à violência obstétrica.

Ademais, a exclusão desta do círculo de proteção do Direito Penal, encontra apoio na P.L nº 7.6333/2014, que em seu art. 17, §2º contempla a capacidade sancionatória dos órgãos administrativos:

Art. 17 – Todos os casos de violência obstétrica praticados pelos profissionais da equipe de saúde serão relatados à ouvidoria dos serviços de saúde e às Comissões de Monitoramento dos Índices de Cesarianas e de Boas Práticas Obstétricas.

§ 2º – Os casos de violência obstétrica serão também notificados aos Conselhos Regionais de Medicina e de Enfermagem, para os devidos encaminhamentos e aplicações de penalidades administrativas aos profissionais envolvidos.ao estabelecimento de saúde.

Ou seja: não havendo clara existência de fato que mereça coerção em *ultima ratio* do Direito Penal, inexistente a necessidade de invoca-lo sendo mais eficaz e célere as intervenções dos conselhos competentes, sucedida pela cominação de penalidades administrativas.

4. CONCLUSÃO

Quanto ao exposto, resta evidenciada a desnecessidade de criminalizar a violência obstétrica, incluindo-a nas iras do tipo penal do constrangimento ilegal, tendo em vista a existência de princípios bioéticos e elementos deontológicos intrínsecos à Medicina que deslocam a legitimidade de punir os profissionais que comentem esta prática para os conselhos administrativos competentes, sejam nas próprias instituições hospitalares ou a níveis regionais

e federais. Sem embargo, conclui-se que não é razoável submeter as vítimas da violência obstétrica a morosidade que precede o julgamento de feitos criminais.

De outro turno, aponta o presente trabalho que recorrer às instâncias administrativas é utilizar-se da força coercitiva atribuída ao Código de Ética Médica e observar o que é preconizado pela bioética. Em verdade, dessume-se das elucidações aventadas neste fólio que a violência obstétrica não deve ser concebida como crime e sim como violação de deveres éticos, biológicos e profissionais tutelados e fomentados por órgãos que regulam o exercício da atividade médico-obstétrica, mesmo porque, atribuir a esta status de delito seria cominar a culpa em caráter pessoal apenas aos médicos que a cometem, eximindo de sua responsabilidade as instituições hospitalares em que os atos atentatórios à dignidade das parturientes se dão.

Por derradeiro, esta produção acadêmica sustentou em seu bojo que, muito embora a violência obstétrica seja de fato um desdobramento de violência de gênero, a violação às garantias da mulher parturiente ou em estado puerperal, ante a subsidiariedade do Direito Penal não há que ser entendida como constrangimento ilegal e sim como transgressão aos princípios bioéticos o que destituiu o propósito da pretensão de sua criminalização.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Mariana da Costa. **Experiências de Parto e Violação aos Direitos Humanos: Um estudo sobre relatos de violência na assistência obstétrica**. 2015. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/4943/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Mariana%20da%20Costa%20Amorim%20-%20202015.pdf>. Acesso em 25 set. 2017.
- ARAÚJO, Beatriz; FONTENELLE, Giovanna; HERRERA, Larissa; ALBUQUERQUE, Naiara; CALÇADE, Paula. **Violência obstétrica: o relato de um grito**. In: Revista Fórum Semanal. Ed. 230. 2016. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/semanal/violencia-obstetrica-o-relato-de-um-grito/>. Acesso em 21 de nov. 2017.
- BELLI, Laura F. **La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos**. 2013. Disponível em: http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_7/Art-2-BelliR7.pdf. Acesso em 25 set. 2017.
- BRASIL. **Código Brasileiro de Deontologia Médica**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codbrasileirodeontologiamedica1984.pdf>. Acesso em 09 de out. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- BRASIL. **Lei nº 11.108 de 7 de abril de 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em 04 de nov. 2017.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.589 de 2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1373312.pdf>. Acesso em 02 de nov. de 2017.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.634 de 2014**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes-Web/fichadetramitacao?idProposicao=617546>. Acesso em 02 de nov. de 2017.
- Convenção Americana de Direitos Humanos Pacto de San Jose da Costa Rica de 22/11/1969**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose>. Acesso

em 10 nov. 2017.

COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica Comentado**. 4ª. Ed. Florianópolis. OAB-SC Editora. 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3a ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2006

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 343.

DUDA, Graziela Rodrigues; EGAS, Heloiza. **Pelo direito humano de nascer: a violência obstétrica no Brasil na perspectiva dos direitos humanos**. Disponível em: <http://institutopauline.org/novo/pelo-direito-humano-de-nascer/>. Acesso em 23 set. 2017.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **A responsabilidade civil do médico e o consentimento informado**. 2009. Disponível em: file:///C:/Users/Eveline/Downloads/Ligiera_Wilson_Ricardo_versao_simplificada.pdf. Acesso em 08 out. 2017.

LIMA, Ivana Sâmara Alcântara de. **Violência Obstétrica e a responsabilidade Civil dos profissionais de saúde**. 2015. Disponível em: <http://dSPACE.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/11169/1/PDF%20%20Ivana%20Samara%20Alc%C3%A2ntara%20de%20Lima.pdf>. Acesso em 30 out. 2017.

PARTO DO PRINCÍPIO: MULHERES EM REDE PELA MATERNIDADE ATIVA. **Violência Obstétrica: “Parirás com dor”**. 2012. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2016.

PASCHOAL, Aline et al. **Direitos no período gravídico-puerperal: conhecimento das gestantes**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13325>. Acesso em 15 set. 2017.

PULHEZ, Mariana Marques, A **“VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA” e as disputas em torno dos direitos sexuais e reprodutivos**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. Disponível em www.fazendogenero.ufsc.br. Acesso em 02 nov. 2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um Direito Penal Mínimo**. Belo Horizonte. 2ª ed. revista e atualizada. 2002.

ReHuNA. **A rede pela humanização do parto e nascimento**. In *Revista Tempus Acta Saúde Coletiva*. 2010. Disponível em: <http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/viewFile/849/812>. Acesso em 28 out. 2017.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. **Violência Obstétrica “Parirás com Dor”**. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 28 out. 2017.

RODRIGUES, Francisca Alice Cunha. **Análise da Violência Institucional Contra Mulheres em Processo de Parturição em Maternidades da Rede Cegonha em Fortaleza**. 2014. Disponível em: <http://www.uece.br/cmaclis/dmdocuments/FRANCISCAALICE.pdf>. Acesso em 12 out. 2017 p. 24.

SANTOS, Eveline Conceição. **Violência obstétrica sob o óbice da bioética: efetivação de sanções administrativa x criminalização pela prática de constrangimento ilegal**. 2016. 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Católica do Salvador, Salvador. 2016.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica**. São Paulo. Edições Loyola. 2002. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=SW5Ey4bUI7QC&oi=fnd&pg=PA21&dq=bio%C3%A9tica+e+deontologia&tots=ckHkvbaE4M&sig=VxuiDzSh5CmuZ9LQg4L-7mOb2Nzk#v=onepage&q=bio%C3%A9tica%20e%20deontologia&f=false>. Acesso em 08 de out. 2017.

TAVARES, Juarez. **Critérios de seleção de crimes e cominação de penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, edição especial de lançamento, São Paulo: RT, p. 75 a 85, dez.1992.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **O caso da cesariana forçada em Torres/RS**. In *Revista Liberdades* – nº 16 – maio/agosto de 2014. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=203. Acesso em 17 nov. 2017.

VENTURINI, Gustavo; AGUIAR, Janaina; HOTIMSKY, Sonia. **A violência institucional no parto em maternidades brasileiras: uma análise preliminar de dados da pesquisa de opinião pública mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado**. 2010. Disponível em: <http://www.redesindical.com.br/abenfo/viicobeaon_icieon/mesas/13_02.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO EM MEIO A INSERÇÃO DA TECNOLOGIA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Jéssica Perazzo Dórea Guimarães¹

Resumo: Os avanços tecnológicos fazem parte do cotidiano do ser humano e põem em discussão o real tempo à disposição do empregador visto que os empregados ficam em constante conexão com o trabalho, circunstância que ultrapassa os limites da empresa e adentra o domicílio dos trabalhadores. Diante disso, surgem questionamentos se o direito à desconexão do trabalho possui proteção suficiente pelo ordenamento jurídico brasileiro em face dos avanços tecnológicos. Este artigo busca no direito à desconexão do trabalho uma maneira de o empregado afastar-se completamente do trabalho, seja de forma física ou virtual, para que lhe seja possibilitado o direito fundamental ao lazer e ao descanso. Assim, busca-se desenvolver uma breve análise do impacto da tecnologia na relação de emprego para, em seguida, se aprofundar na análise do direito à desconexão do trabalho. Sendo assim, objetiva-se confirmar a necessidade de garantir o direito à desconexão do trabalho na sociedade atual, em que a tecnologia trouxe modificações no tempo à disposição do empregador, para que o empregado possa preservar a sua saúde e desfrutar dos períodos de tempo livre para descanso e lazer.

Palavras-chave: Direito à desconexão, Direitos Fundamentais, Jornada de Trabalho; Tempo à disposição; Avanços Tecnológicos.

Abstract: Technological advances are part of human daily life and call into question the real time available to the employer since employees stay in constant connection with the work, circumstance that goes beyond the company's boundaries and enters the employee's domicile. Faced with this, questions arise whether the right to leisure and the disconnection of work are adequately protected by the Brazilian legal system in the face of technological advances This article seeks in the

1. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC MG. Advogada.

right to disconnect from work a way for the employee move away completely from work, whether physical or virtual form so that it allowed him the fundamental right to leisure and rest. Therefore, it seeks to develop a brief analysis of the impact of technology on the employment relationship and then go deeper into the analysis of the right to disconnect from work. Therefore, the objective is to confirm the need to ensure the right to disconnect from work in today's society where technology has brought changes in the time available to the employer, so that the employee can preserve his health and enjoy periods of free time for rest and leisure.

Keywords: Right to Disconnect; Fundamental rights; Day of Work; Time available; Technological advances.

Sumário: 1. Introdução; 2. A relação de emprego em face dos avanços tecnológicos; 3. Do direito à desconexão; 3.1. Noções Gerais; 3.2. Consequências decorrentes do não direito à desconexão; 3.3. Formas de garantir o direito à desconexão do trabalho; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar os principais aspectos atinentes do direito à desconexão do trabalho, relacionando-o com o impacto dos avanços tecnológicos na relação empregatícia. Procura-se demonstrar os efeitos prejudiciais quando do uso em excesso da tecnologia na relação de emprego, bem como propor formas de reparação do referido dano e maneiras de garantir o direito ao não-trabalho.

Neste interregno, há de se reconhecer que inúmeras mudanças ocorreram na sociedade através dos tempos. Dentre elas, a que ocupa lugar de destaque na contemporaneidade é o desenvolvimento tecnológico. Neste sentido, a relação entre empregador e empregado sofreu interferência direta dos avanços tecnológicos, afetando direitos fundamentais, tais como os direitos ao descanso, ao lazer, a preservação da saúde, e, conseqüentemente, à desconexão do trabalho.

Ocorre que a sociedade enfrenta um contínuo desafio em se adaptar a todas as mudanças trazidas pela tecnologia, e os empregados, por sua vez, foram submetidos ao enfrentamento desses desafios a partir do rompimento dos limites entre a vida profissional e a vida privada. Assim, entende-se que a mobilidade apresentada pela tecnologia no mundo empregatício, apesar de oferecer facilidades para o trabalhador, trouxe consigo conseqüências ainda não administradas corretamente pelo ordenamento jurídico.

Deve-se, então, questionar se existe um equilíbrio entre os avanços tecnológicos e os direitos fundamentais do trabalhador. Analisar se em virtude destes avanços, os trabalhadores têm seus direitos violados através de excessivas jornadas de trabalho ou da constante conexão com a empresa durante os períodos de descanso.

No contexto desse estudo, busca-se demonstrar a necessidade de garantir a aplicação e o respeito do direito ao não-trabalho, tendo em vista seus efeitos benéficos para o empregado. Procura-se, em verdade, abordar as transformações que aconteceram nas relações de trabalho em decorrência do avanço tecnológico, além das mudanças provocadas no lazer, nos períodos de descanso e na saúde do empregado, em razão da íntima ligação do homem com a tecnologia na atualidade.

2. A RELAÇÃO DE EMPREGO EM FACE DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS

O principal objeto de estudo deste trabalho é a aplicação do direito à desconexão na esfera trabalhista em face dos avanços tecnológicos, portanto, faz-se necessário, para uma melhor compreensão do instituto, tecer considerações, ainda que breves, sobre a relação de emprego.

A Constituição Federal de 1988 (CF)², no seu art. 6º, traz o trabalho em seu sentido amplo, como um de seus princípios sociais fundamentais, dentro do qual a relação de emprego é apenas uma de suas espécies. Atualmente, a relação de emprego possui grande importância dentro da CF, já que ela elencou uma série de dispositivos próprios da relação empregatícia³, sendo esta a relação que mais se desenvolveu, consoante afirma Maurício Godinho Delgado⁴, desde o início dos tempos até os dias atuais.

Conforme explicita também Maurício Godinho Delgado⁵, o emprego é um tipo de serviço prestado pelo empregado, seja qual for o trabalho desde que físico e juridicamente possível, deve ser realizado de forma pessoal, com

2. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

3. Art. 7º da Constituição Federal: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos." (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015).

4. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: LTr, 2012, p.282.

5. DELGADO, *op. cit.*, p.353.

subordinação, não eventualidade e intuito oneroso, devendo esses pressupostos coexistirem para configurar uma relação de emprego. Essa coexistência faz parte do conceito legal de empregado constante no art. 3º, *caput* da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁶: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”, combinado com o art. 2º, *caput*, ao estipular a “prestação pessoal de serviço”.

Com essas breves considerações, tem-se que a evolução tecnológica foi acompanhada pela evolução da relação de emprego, já que a tecnologia faz com que a relação empregado – empregador tenha que se reorganizar constantemente. O que se percebe é que os avanços tecnológicos “permitem aos seus proprietários o aumento do controle, da intensidade e da extensão temporal do trabalho, sem que nenhuma contrapartida possa ser exigida”⁷. Por mais que o empregado, atualmente, tenha os seus direitos básicos assegurados, como, por exemplo, a jornada laboral dentro do horário legal e o direito ao lazer, o constante avanço tecnológico na seara trabalhista acaba por distorcer o real tempo à disposição do empregador.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento⁸, tem-se por tempo à disposição do empregador aquele que:

[...] fundamenta-se na natureza do trabalho do empregado, isto é, na subordinação contratual, de modo que o empregado é remunerado por estar sob a dependência jurídica do empregador e não apenas porque e quando está trabalhando.

Outro conceito importante é o que adota a ordem jurídica brasileira no art. 4º da CLT⁹ em que considera de serviço efetivo “o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens”.

Não há dúvida de que a lei brasileira afasta o critério do tempo efetivamente trabalhado para adotar o critério do tempo posto à disposição

6. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

7. SANTOS, José. Prefácio. In: GRASSELLI, Odete. *O Direito derivado da Tecnologia: Circunstâncias coletivas e individuais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 12.

8. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.794.

9. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

do empregador¹⁰. Contudo, como as inovações tecnológicas fazem com que esse tempo à disposição ultrapasse as barreiras físicas da empresa e o horário laboral pactuado, nota-se, atualmente, que se tornou muito fácil e corriqueiro o empregador manter o empregado frequentemente à sua disposição, seja trabalhando realmente ou tentando manter-se atualizado para o cumprimento dos deveres laborais.

Percebe-se que houve uma modificação entre o tempo e o espaço, já que a manipulação contínua do ambiente de trabalho pelo modo de produção capitalista com a utilização de instrumentos tecnológicos permite que o empregado esteja em constante contato com a empresa mesmo fora da sua jornada laboral. Isto configura um tempo à disposição do empregador que frequentemente não sofre limitações, principalmente quando o que acontece na prática demora muitas vezes para ser interpretado e transformado em normas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, é preciso esclarecer, conforme salienta Maurício Godinho Delgado¹¹, que o “centro de trabalho” não se refere, necessariamente, ao local de trabalho prestado, isto é, o centro é a sede da empresa enquanto que o local é onde se presta o serviço. Dessa forma, é de fundamental importância compreender que os dois conceitos podem ou não coincidirem.

Atualmente, não existe mais a restrição à liberdade como se conhecia, visto que a mobilidade tecnológica atual é plena e faz com que o empregado esteja conectado a empresa a qualquer tempo e lugar. Por outro lado, deve-se ter cuidado para não confundir disponibilidade física com a virtual, já que o fato de o empregado se encontrar em casa, na rua ou até no engarrafamento não quer dizer que ele não esteja conectado virtualmente e trabalhando¹².

Nos dias atuais, é muito frequente que o centro de trabalho não seja o local das prestações dos serviços laborais, sobretudo com o desenvolvimento de novas formas de prestação do trabalho, como o teletrabalho¹³, e o aperfeiçoamento de modalidades antigas, como o sobreaviso. O próprio

10. NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 794.

11. DELGADO, *op. cit.*, p. 869.

12. RESEDÁ, Salomão. *O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho*. p.13. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23040-23042-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

13. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o teletrabalho é “*el trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicar con ellos por medio de las nuevas tecnologías*”. (MARTINO, Vittorio Di; WIRTH, Linda. *Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida*. *Revista Internacional del Trabajo*, n. 4, v. 109, 1990, p. 471. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645\(1990-109-4\)469497.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645(1990-109-4)469497.pdf)> Acesso em: 15 jul. 2017)

ordenamento jurídico brasileiro mostra-se atualizado sobre essa situação, pois, através da CLT¹⁴ no seu art. 6º, expõe que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”, desta forma, existindo onerosidade, pessoalidade, não eventualidade e subordinação, mesmo que o empregado não se encontre trabalhando na sede da empresa, resta configurada a relação de emprego e, conseqüentemente, o tempo à disposição do empregador.

Não resta dúvida de que essa possibilidade de trabalho fora da sede da empresa desenvolveu-se principalmente com as mudanças do sistema produtivo em virtude da globalização e o avanço tecnológico da “Era Digital”. O uso de e-mails e celulares possibilitou o contato entre empregado e empregador fora da empresa, mantendo-se a subordinação da relação, conforme expressa a CLT¹⁵ no parágrafo único do art. 6º, segundo o qual “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Como salienta Jorge Souto Maior¹⁶ “o avanço tecnológico apresenta também o paradoxo de que ao mesmo tempo em que permite que o trabalho se exerça a longa distância possibilita que o controle se faça pelo mesmo modo”. Sendo assim, o empregador ao usar a tecnologia para controlar e impor demandas aos empregados, fora do centro de trabalho, pode muito bem usar essa mesma tecnologia para limitar e controlar o tempo que o empregado fica a sua disposição.

Não há dúvidas de que a tecnologia tem como um dos seus objetivos ajudar aos empregados a trabalharem de forma mais eficiente, entretanto, esta mesma tecnologia atualmente está dirigindo os empregados a um estado de depressão tecnológica. O que acontece na prática é que o empregado está trabalhando exaustivamente e muitas vezes em seu lar, fazendo com que haja uma expansão do ambiente de trabalho para o lazer e familiar.

14. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 jul.2017.

15. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 jul.2017.

16. MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do Direito à desconexão do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n.23, 2003, p.13. Disponível em:< http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf >. Acesso em: 17 jul. 2017.

O Direito do Trabalho contemporâneo passa, assim, por mudanças, consoante salienta Amauri Mascaro Nascimento¹⁷:

Diante desse quadro, o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial centralizada na ideia de tutela do trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico, para flexibilizar alguns institutos e não impedir que, principalmente diante do crescimento das negociações coletivas, os interlocutores sociais possam, em cada situação concreta, compor os seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequada ao respectivo momento, passando a ter como meta principal a defesa do emprego e não mais a ampliação de direitos trabalhistas.

O que se percebe diante do que foi analisado é que o Direito do Trabalho está diante da necessidade de por um lado preservar as medidas protetivas do trabalhador e por outro procurar não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico.

4. DO DIREITO À DESCONEXÃO

4.1. NOÇÕES GERAIS

O direito à desconexão, também conhecido como o direito ao não-trabalho, é um conceito popularizado na doutrina brasileira por Jorge Luiz Souto Maior¹⁸ através do seu artigo “Do direito à desconexão do trabalho”. Esse direito está relacionado não apenas com o lazer, mas também com a limitação da jornada de trabalho, segurança e saúde do trabalhador, todos direitos sociais fundamentais assegurados pela CF.

Deve-se, primeiramente, compreender que falar de direito ao não trabalho pode ser visto como algo estranho à sociedade, já que ela vê o trabalho como uma forma de dignificação da pessoa humana, valor este oposto ao que existia na antiguidade em que o indigno era ser o trabalhador. De acordo com Souto Maior¹⁹, pelo fato de o trabalho ser muito importante para as pessoas, elas acabam por adotar “[...] uma postura social discriminatória com relação a quem não trabalha, mesmo sabendo-se, como se sabe, das extremas dificuldades para encontrar uma ocupação”. O autor ainda expõe que uma sociedade que cultiva esse modo de pensar “é extremamente hipócrita, pois que no fundo o que todo mundo quer mesmo é ficar rico sem trabalhar ou mesmo

17. NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 70.

18. MAIOR, *op. cit.*, p.1.

19. *Ibidem*, p. 2.

ficar rico trabalhando, mas almejando parar de trabalhar o quanto antes”²⁰.

A sociedade também pode confundir esse direito com o ócio completo e fazer com que o não-trabalho seja visto de forma negativa. Segundo Otávio Calvet²¹, inicialmente o ócio foi considerado pelo homem como um fator de elevação psíquico e espiritual do ser humano. Posteriormente foi considerado, dentro de uma sociedade industrial que prega o trabalho como bem maior, como oposição ao trabalho e, finalmente, hoje em dia tem-se uma “tímida revalorização do seu conceito clássico, apontando-se como alternativa a crise do emprego a expansão do caráter econômico do ócio e, ainda em menor escala, como espaço de expressão do homem”²².

Contudo, apesar do ócio ter superado o conceito completamente negativo dentro da sociedade atual, o direito a desconexão não pode ser visto como um ócio completo, conforme expõe Souto Maior²³:

Esclarece-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário a preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências de consumo.

Percebe-se que não é fácil considerar o não-trabalho como um direito a ser assegurado aos empregados, já que a concepção de trabalho como identificador da própria condição humana está a muito tempo presente na cultura brasileira. Deve-se esclarecer que o direito à desconexão não tem sua proposta baseada na ideia de privar-se de trabalhar, pelo contrário, o objetivo é trabalhar dentro dos padrões necessários à preservação da saúde e vida pessoal do empregado.

O trabalho já tem uma importância fundamental na vida humana, pois requer dela uma preparação desde a infância e tem papel fundamental no acesso à renda e à inclusão social²⁴. Ademais, a crise do desemprego traz reações contrárias das pessoas no que se refere ao tempo de lazer e, conseqüentemente, ao direito à desconexão, já que o pensamento da sociedade

20. MAIOR, *op. cit.*, p. 3.

21. CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao Lazer*. Rio de Janeiro: Labor, 2010, p. 61-62.

22. CALVET, *op. cit.*, p. 61-62.

23. MAIOR, *op. cit.*, p. 13.

24. MAIOR, *op. cit.*, p. 2.

é de que homem deve priorizar o trabalho e não centralizar sua vida no não-trabalho.

Com base em tais conclusões como assegurar o direito ao não-trabalho dentro da sociedade brasileira? Tem-se que o direito à desconexão é um “direito a limitação da jornada e, pois, ao descanso e ao lazer, após e durante a realização da atividade laboral”²⁵. Consiste, portanto, no direito do trabalhador de, fora de sua jornada de trabalho, poder dedicar-se às suas atividades pessoais, familiares e quaisquer outras atividades da vida humana que não o seu emprego. Em outras palavras, é o direito de não trabalhar fora de sua jornada laboral ou de ser explorado, conforme salienta Almiro Almeida e Valdete Severo²⁶:

O direito à desconexão apresenta-se, portanto, como condição de possibilidade para que o próprio trabalhar se manifeste socialmente como um direito fundamental, e não apenas como um dever. Dito de outra forma, somente a partir da limitação o tempo de trabalho humano é que podemos perceber esse trabalho como um direito social fundamental, e não apenas como ato de exploração.

Jorge Luiz Souto Maior defende “a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo”²⁷. Desta forma, questiona-se: o direito à desconexão existe no ordenamento brasileiro? Ora, a CF, no seu art. 1º, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como um dos fundamentos da República, reconhece o indivíduo como “destinatário de uma ordem jurídica que deve servir apenas e tão somente para tornar sua vida confortável e feliz”²⁸. Além do mais, a CF ao estipular os seus objetivos, no seu art. 3º, estabelece dentre eles, a solidariedade e a busca do bem comum ao objetivar “construir uma sociedade livre, justa e solidária”²⁹, reafirmando “a necessidade de que o homem seja o destinatário da norma”³⁰.

Percebe-se, assim, que o não-trabalho é um bem da vida que é tutelado

25. ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, p. 34.

26. *Ibidem*, p. 13.

27. MAIOR, *op. cit.*, p. 2.

28. ALMEIDA; SEVERO, *op. cit.*, p. 34.

29. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

30. ALMEIDA; SEVERO, *op. cit.*, p. 35.

pela CF de 1988, encontrando suporte também em seus artigos 6º e 7º, inciso XIII, XIV, XV e XXVII³¹, no sentido de resguardar condições saudáveis e adequadas para o exercício do trabalho, evitando a degradação relativa ao uso exagerado das novas tecnologias, de modo interrupto, pelo empregador diante do empregado. Bem como na CLT³² em seus artigos 66, 67, 68 e 71. A imposição do valor supracitado aplica-se às relações intersubjetivas entre os indivíduos, o que influencia, portanto, as relações decorrentes dos contratos de trabalho, bem como orienta o Estado no desenvolvimento de políticas públicas e normas.

Ocorre que apenas agora o direito à desconexão vem sendo tratado como um direito fundamental próprio, uma vez que o desgaste físico e mental aumentou em decorrência do uso constante dos instrumentos tecnológicos. Assim, a necessidade de desconexão do trabalho aparece como uma forma de ruptura entre o tempo trabalhado e o tempo livre, já que o empregado deve ter direito à liberdade de usar seu tempo após o labor da forma como achar mais conveniente, não devendo ser vinculado ao seu trabalho durante este período por nenhum meio.

Os períodos de descanso, quais sejam: o repouso semanal, as férias e os intervalos intra e interjornadas, são as expressões do direito à desconexão do trabalho. “Por isto, no que se refere a estes períodos, há de se ter em mente que descanso significa pausa no trabalho e, portanto, somente será cumprido, devidamente, quando houver a desvinculação plena do trabalho”³³.

Consoante expõe De Masi³⁴, “[...] no trabalho excessivo não se encontram identidade e socialização, mas embrutecimento, marginalização, conflito e isolamento [...]”, ou seja, o tempo livre é aquele em que o empregado tem para socializar-se com outras pessoas e desfrutar do seu lazer. Assim, pretender hoje que o “trabalho seja a fonte principal de socialização e identidade significa negar socialização e identidade aos cinco sextos da população mundial: às crianças, aos estudantes, às donas de casa, aos anciãos, aos desempregados [...]”³⁵.

31. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

32. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

33. MAIOR, *op.cit.*, p.17.

34. DE MASI, Domenico. *O futuro do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001, p.17.

35. DE MASI, *op. cit.*, 17.

4.2. CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DO NÃO DIREITO À DESCONEXÃO

Atualmente, ao se falar em desconexão trabalhista faz-se necessário “um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar”³⁶. Deve-se, portanto, relacionar o direito à desconexão com a sociedade tecnológica e como ela tem influenciado no cumprimento do direito do trabalhador de dispor livremente do seu tempo para descanso e lazer. Percebe-se, no entanto, que não há uma efetiva concretização do direito de desconectar-se.

O direito ao não-trabalho, em uma sociedade marcada pela constante inserção de novas tecnologias e a crescente progressão do mercado, é um direito posto à prova, juntamente com o direito ao lazer e a saúde, por ele englobado. As normas desses direitos e a compreensão dos intérpretes acerca de seus alcances continuam os mesmos de tempos atrás, porém aplicados a uma sociedade que se renova constantemente com o avanço tecnológico.

Assim, os instrumentos tecnológicos com múltiplas funções adotados pelas empresas, proporcionam na prática a multiplicação de tarefas e a invasão da jornada de trabalho no tempo livre dos empregados. Surge, portanto, o inevitável questionamento: a tecnologia faz o empregado trabalhar mais ou menos?

A resposta encontra-se no cotidiano, já que “estamos em casa em horário de lazer e, quase sem perceber, paramos o que estamos fazendo para corrigir relatórios, responder e-mails ou solucionar problemas de trabalho”³⁷. Percebe-se que os meios eletrônicos estão causando uma sobrecarga de trabalho em horários que não foram destinados para esse fim. Dessa forma, precisa-se compreender o porquê de a sociedade estar permitindo o retrocesso social do direito à desconexão do trabalho.

Além do mais, Sérgio Pinto Martins³⁸ defende a existência de um novo tipo de subordinação decorrente dos meios tecnológicos que seria a telesubordinação ou subordinação virtual. O autor explica que é uma subordinação indireta por parte do empregador sobre o empregado, isto é, o empregado não estará diretamente vinculado ao seu superior hierárquico,

36. MAIOR, *op. cit.*, p.1.

37. ALMEIDA; SEVERO, *op. cit.*, p. 46.

38. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.150.

mas a subordinação ocorrerá através de meios como o computador. Martins ainda acrescenta que por ser uma subordinação à distância, é uma subordinação mais tênue do que anormal, afirmando que “as novas tecnologias não estão fazendo desaparecer a subordinação jurídica”³⁹.

Nesse sentido, Souto Maior afirma que a tecnologia trouxe para a sociedade várias contradições e questões a serem discutidas, visando-se a “adoção de padrões jurídicos que busquem a humanização do avanço tecnológico”⁴⁰. Essa é a visão central do direito de desconexão: a ideia de que a tecnologia não pode ser usada com a intenção de se sobrepor aos direitos dos trabalhadores.

Conforme expõem Almiro Almeida e Valdete Severo⁴¹, “quando tratamos da jornada e sua limitação, é a grande dificuldade que temos em ver o descumprimento dos direitos fundamentais trabalhistas como atos ilícitos”. Ora, o descumprimento de direitos trabalhistas, sejam eles de natureza patrimonial ou não, constitui, sim, ato ilícito, nos termos do art. 9º da CLT⁴² ou mesmo dos artigos 186 e 187 do Código Civil⁴³.

O direito à desconexão do trabalho, que engloba principalmente o direito à saúde do trabalhador, a limitação da jornada e principalmente o direito ao lazer, possui sua esfera de atuação em torno de direitos “extrapatrimoniais do ser humano, como um bem imaterial que a ordem constitucional reconhece como valor intrínseco ao próprio ser humano a fim de realizar sua dignidade”⁴⁴. É um direito social fundamental de ordem pública, assegurado pela CF.

Seu desrespeito configura ato ilícito que tem que começar a ser reconhecido como tal. Percebe-se, portanto, que a desconsideração do direito à desconexão do trabalho por parte do empregador ocasiona um ato ilícito que gera uma responsabilidade civil e trabalhista, devendo o empregador indenizar o trabalhador e arcar com os custos trabalhistas por conta da inviabilização desse direito.

A responsabilidade civil será imputada quando configurada a hipótese

39. *Ibidem*, p. 151.

40. MAIOR, *op. cit.*, p.15.

41. ALMEIDA; SEVERO, *op. cit.*, p. 107.

42. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 17 jul.2017.

43. BRASIL. Decreto-lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Aprova o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jul.2017.

44. CALVET, *op. cit.*, p.139.

do art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁴⁵. A responsabilidade é, portanto, “uma reação provocada pela infração de um dever preexistente”⁴⁶. Constitui-se no dever de reparar resultante da prática de uma conduta danosa.

Já a responsabilidade trabalhista é o dever de reparar o dano patrimonial ou extrapatrimonial causado a um dos sujeitos da relação de trabalho. Sendo assim, o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do empregador acarreta o dever dele reparar o dano, seja este de natureza patrimonial ou moral.

Nos dias atuais, existem julgados que acolhem as alegações de danos morais, quando o direito à desconexão do empregado é violado. Esses danos morais devem ter cunho pedagógico no sentido de reeducação da parte violadora. O direito de desconectar-se é importante para a preservação da saúde e, conseqüentemente, da própria existência do empregado.

Alguns julgados já reconhecem a necessidade de limitar o tempo da jornada, demonstrando que o trabalho em jornadas excessivas é muito mais do que um caso de simples pagamento de horas extras. Para isso, expõem a violação de um outro dano extrapatrimonial, o chamado dano existencial. Percebe-se que alguns Tribunais já começaram a adotar o “dano existencial”:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso Provido.⁴⁷ [grifos nossos]

45. BRASIL. Decreto-lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Aprova o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jul.2017.

46. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

47. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Trabalho. Acórdão proferido no processo n. 0001137-93.2010.5.04.0013. Recorrente: WMS Supermercados do Brasil LTDA. Recorrido: Luciane

O desrespeito às normas constitucionais de limitação da duração do trabalho e, pois, de garantia do direito à desconexão, deve ser considerado como ato ilícito, do qual decorre uma responsabilidade subjetiva em que o dano deve ser comprovado de forma inequívoca. Não obstante, como uma exceção pode-se admitir a responsabilidade objetiva, sendo aplicada em casos específicos o do dano *in re ipsa*, isto é, o dano presumido⁴⁸, tornando “desnecessária, pois, prova de culpa do empregador que, de resto, se configura pela própria existência legal”⁴⁹.

A inviabilidade do direito à desconexão do trabalho evidencia a violação de direitos trabalhistas e constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que compromete o lazer e a saúde do trabalhador, negando a eles uma vida digna e um descanso sem interrupções do trabalho.

4.4. FORMAS DE GARANTIR O DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO

O direito do trabalho tem que garantir os direitos humanos e, evidentemente, não deve encarar o excesso de trabalho como normal ou fixar normas que o legitime, pois, o resultado é uma sociedade que está sendo consumida pelo trabalho, decorrente do constante avanço da globalização em virtude da evolução tecnológica mundial. A forma essencial de se reverter este quadro é assegurar a todos os empregados à proteção do limite da jornada de trabalho, consagrada, vale lembrar, pela Declaração dos Direitos do Homem de 1948⁵⁰ e que foi trazida corretamente pela CF no seu art. 7º, incisos XIII e XIV⁵¹.

Ainda referente ao excesso de trabalho, muito se questionam, dentre eles Souto Maior⁵², quanto ao empecilho do art. 62, I e II da CLT⁵³. De

Geógia de Castro. Relator: José Felipe Ledur. Porto Alegre, 16 de maio de 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trt-rs-condena-walmart1.pdf>>. Acesso em: 17 jul.2017.

48. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa* (pela força dos próprios fatos). Pela dimensão do fato, é impossível deixar de imaginar em determinados casos que o prejuízo aconteceu – por exemplo, quando se perde um filho”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Matéria especial. Situações em que o dano moral pode ser presumido. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em: 17 jul.2017)

49. ALMEIDA; SEVERO, *op. cit.*, p.117.

50. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/1394_23por.pdf>. Acesso em: 18 jul.2017.

51. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 17 jul.2017.

52. MAIOR, *op. cit.*, p.8.

53. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <

fato, esse artigo afronta a CF e nesse sentido, tem-se o entendimento da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, um evento associativo, da ANAMATRA, em que, no seu Enunciado n. 17⁵⁴, o direito a desconectar-se do trabalho, mesmo que através de um repouso semanal remunerado, é um direito assegurado a todos e que por isso o art. 62 da CLT foi considerado na jornada como inconstitucional. Destaca-se, ainda, que e a inclusão do inciso III no art.62 da CLT, através da reforma trabalhista de 2017, também fere o direito à desconexão e, por isso, também deve ser considerado inconstitucional.

Percebe-se, portanto, que a comunidade jurídica vem destacando a importância do direito à desconexão do trabalho ser aplicado a todos indistintamente. Dessa forma, o que se defende é o direito ao empregado de desconectar-se, isto é, que a conexão entre o empregador e o empregado não seja demasiada, respeitando o limite da jornada laboral e preservando o lazer e a saúde do empregado, inclusive dentro da era da preponderância dos meios tecnológicos nas relações empregatícias.

Sob o prisma de se garantir o direito ao não-trabalho, Souto Maior⁵⁵ afirma que há de se pensar na possibilidade de redução da jornada normal de trabalho e assim possibilitar mais tempo livre para o empregado. Na Europa já houve essa redução, sendo a jornada por volta de 40 ou 36 horas semanais⁵⁶. Não obstante, para o autor “qualquer proposta de redução de jornada de trabalho [...] deve ser acompanhada de um razoável controle da carga de trabalho, com previsão em norma coletiva”⁵⁷. Para ele a redução não deve buscar o aumento de tensão no trabalho e redução de custos, mas visar o direito ao descanso e ao lazer do empregado, bem como o aumento da contratação de outros trabalhadores.

Por outro lado, Sandra Foglia⁵⁸ afirma que:

Apenas a redução da jornada de trabalho não é suficiente para tornar o tempo livre do trabalho objeto ao exercício do lazer. É necessário, além da redução

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.

54. BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. *Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. Brasília: TST, 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jan28/enunciados_anamatra_mostram_tendencias_juizes?pagina=4>. Acesso em: 18 jul.2017.

55. MAIOR, *op. cit.*, p.17.

56. NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 787.

57. MAIOR, *op. cit.*, p.17.

58. FOGLIA, Sandra Regina Pavani. *Lazer e Trabalho: um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013, p.81.

da jornada de trabalho, qualificar e humanizar os tempos de trabalho, bem como criar novas vagas de trabalho adequadamente remunerado, e preparar o homem para o tempo de não trabalho. Uma preparação para o exercício do lazer, demonstrando a importância desse lazer como atitude, estilo, qualidade de vida e desenvolvimento pessoal.

Dessa forma, um caminho para garantir o direito à desconexão é através da redução da jornada extraordinária e não da redução da jornada normal de trabalho. As horas extraordinárias devem ser excepcionais, conforme consta na CF, e não habituais. Ademais, se o empregador respeita a jornada semanal, bem como a diária, não contatando o empregado fora da sua jornada laboral por meio de aparatos tecnológicos, dar-se ao empregado o direito de estar desconectado do trabalho e poder desfrutar do seu tempo livre.

Segundo Otávio Calvet⁵⁹, o empregador deve respeitar as determinações legais relativas à duração do trabalho, jornada, repouso e descansos estabelecidos, bem como incentivar os trabalhadores a praticar atividades que propicie o lazer. O autor demonstra uma maneira de se garantir o direito ao não trabalho ao trazer o exemplo do empresário Ricardo Semler que introduziu na sua empresa um padrão organizacional atípico ao estabelecer que os funcionários poderiam fazer o próprio horário, discutir com os chefes sobre o trabalho e tirar sonecas nas sedes da empresa. Essas foram práticas que propiciaram o aumento do lazer e do descanso do empregado e de acordo com o empresário houve aumento da produtividade em decorrência de uma melhor qualidade de vida laboral. Deve-se, portanto, pensar que para se alcançar o direito a desconexão ambas as partes da relação de emprego devem trabalhar em conjunto.

Destaca-se também que, consoante expõe o jornalista Marcelo Onaga, algumas empresas criaram métodos próprios de aplicação do direito ao não trabalho. Como exemplos, tem-se a Nokia em que as luzes da empresa se apagam diariamente às oito da noite; bem como a Duke Emery, multinacional americana no setor de energia, que nas sextas-feiras encerra a jornada às 16 horas; além da Promon, cuja orientação é “não ficar além do necessário no escritório e não levar trabalho para casa. A lição é simples – concentrar-se naquilo que realmente importa”⁶⁰. Ademais dessas empresas, destaca-se, também, a companhia de telefonia Orange, na França, que

59. CALVET, *op. cit.*, p.128.

60. ONAGA, Marcelo. *Porque trabalhamos tanto*. Exame.com. Jan. 2006. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0859/noticias/por-que-trabalhamos-tanto-m0079_847>. Acesso em: 18 jul.2017.

criou uma regulamentação acordada com seus funcionários, pela qual estes devem definir um período de não utilização do correio eletrônico⁶¹.

Seguindo essa linha existem empresas que se abstém de contatar os empregados por meio de aparatos tecnológicos, impedindo a ampliação do tempo à disposição do empregador e garantido o direito a desconexão. Seria o caso da Volkswagen alemã, que, desde 2011, decidiu poupar seus funcionários dos e-mails via *BlackBerry* fora do horário de expediente, desativando a função de e-mail durante a noite. Além disso, os funcionários só receberão e-mail até meia hora antes ou depois do horário de trabalho. O objetivo é garantir um tempo de descanso, com a expectativa de que os funcionários não fiquem acessíveis em tempo integral⁶².

Diante do quadro atual de estresse em decorrência do trabalho em excesso, sobrevém à necessidade de repensar a questão do tempo de trabalho, e neste caso, ajustar o enquadramento jurídico nos atuais sistemas de relações empregatícias, proporcionando-lhe a efetiva garantia do tempo para o lazer e descanso.

No presente momento, o arcabouço jurídico brasileiro possui um conjunto de normas sociais fundamentais, referentes ao lazer, preservação da saúde e limitação da jornada de trabalho, constantes no art. 6º e em vários incisos do art. 7º da CF⁶³, que tentam suprir as necessidades do direito à desconexão do trabalhador. Assim, a falta de um regramento específico não deixa o trabalhador desamparado, no entanto o processo de transformação da sociedade com o avanço tecnológico tornou-se extremamente dinâmico, fazendo surgir à necessidade de que o ordenamento brasileiro para garantir o direito ao não-trabalho adapte-se às mudanças introduzidas pela tecnologia ou que editem leis específicas sobre o assunto⁶⁴.

Percebe-se que a adaptação do ordenamento para abarcar as mudanças trazidas pelas inovações tecnológicas é uma forma mais rápida de se garantir o direito à desconexão do que a edição de leis específicas. Ora,

61. TERUEL, Ana. *França reconhece direito de se desconectar do trabalho*. El País. Jan.2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/03/economia/1483440318_216051.html>. Acesso em: 18 jul.2017.

62. BBC Brasil. *VW suspende envio de e-mails a Blackberrys de funcionários em folga*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/12/111223_volks_blackberry_rp.s.html>. Acesso em: 18 jul.2017.

63. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jul.2017.

64. MARTINS, *op. cit.*, p.151.

o processo legislativo brasileiro é bem burocrático, composto por várias etapas, tornando-se, portanto, devagar, assim, criar uma lei específica para cada situação decorrente das mudanças tecnológicas na relação de trabalho seria inviável e o método paliativo, já que a tecnologia está em constante transformação. O ideal seria a adaptação do ordenamento, não limitando a proteção do empregado a uma legislação específica, para que, através das normas protetivas do direito à desconexão já existentes, se possam abarcar novas situações, como, por exemplo, o art. 6º, parágrafo único, da CLT⁶⁵.

5. CONCLUSÃO

Conforme exposto no decorrer deste artigo, o direito à desconexão do trabalho é inerente a todo e qualquer empregado e consiste no desligamento físico, mental e virtual do empregado do ambiente em que trabalha. Nos dias de hoje, a maioria dos trabalhadores investe todas as energias na carreira, passando no local de trabalho grande parte do dia, além de que, com o crescente avanço tecnológico da atualidade, podem ser conectados pelo trabalho fora da sua jornada laboral, levando o trabalho para sua residência e para os períodos de descanso.

Ocorre que os períodos de descansos, como expressões do direito ao não trabalho, devem ser respeitados pelos empregadores e exigidos pelos empregados. Esses períodos de descanso são tão importantes quanto à regulamentação do trabalho e da jornada, já que o repouso semanal, férias e os intervalos inter e intrajornada são expressões do direito à desconexão. Ocorre que para representarem esse direito, os descansos devem possibilitar ao empregado uma desvinculação completa do ambiente laboral. No entanto, no momento presente, isso não está ocorrendo, o que leva ao empregado a efetivar o direito à desconexão do trabalho dentro do judiciário.

Ademais, o Direito do trabalho brasileiro precisa acompanhar e se adequar a essas mudanças, adotando, portanto, posicionamentos referentes às situações em que a mobilidade tecnológica permite que o empregado esteja à disposição da empresa integralmente quando conectado a um *laptop* ou celular. Precisa se posicionar em como proteger o direito ao lazer e ao descanso do trabalhador, já que o fato de ter mobilidade física, não quer dizer que este não esteja vinculado à empresa de forma virtual.

65. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 17 jul.2017.

A introdução de novas tecnologias que implicam uma maior pressão no trabalho tem de ser acompanhada de rearranjos nas formas de trabalhar, de novos estímulos e do respeito aos limites já impostos, como a jornada laboral legal, as férias e os descansos semanais. Compreende-se que a falta de uma lei específica não desampara o empregado moderno, pois, ele encontra-se salvaguardado pelos direitos humanos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como pelo ordenamento brasileiro quando a CF protege contra as jornadas extenuantes de trabalho, limita a duração da jornada e protege o direito social ao lazer, trabalho e saúde

Dessa forma se a subordinação e fiscalização do empregador ultrapassam os horizontes da empresa e atingem o âmbito privado do empregado, nada mais justo do que este possuir o direito de se desvincular virtualmente da empresa. Diante deste novo mundo tecnológico do trabalho, existe a dificuldade em preservar as fronteiras entre vida pessoal e trabalho. Não obstante, segundo tudo o que foi demonstrado, existem formas, sim, de garantir uma desconexão do trabalho, bastando o compromisso do legislador e do empregador, bem como do empregado também para que seja possível a desconexão.

A tecnologia tem trazido novos modos de trabalho e aumentado à conexão entre empregador e empregado para além da jornada laboral, interferindo nos períodos de descanso que podem prejudicar o direito à desconexão do trabalho. É fato que o trabalho se faz necessário, mas o que não pode ser admitido é um novo modo de escravidão. As novas tecnologias nasceram para facilitar a vida do homem e não para escravizá-lo. O lazer, a limitação da jornada e preservação da saúde do empregado são direitos constitucionais e, por isso, sua inobservância acarreta uma providência gravemente ilícita, de modo que o direito à desconexão do empregado não pode jamais ceder em face das tecnologias que influenciam e majoram, de modo efetivo ou potencial, o tempo à disposição do empregador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

BBC Brasil. *VW suspende envio de e-mails a Blackberrys de funcionários em folga*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/12/111223_volks_blackberry_rp.shtml>. Acesso em 18 jul.2017.

BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. *Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. Brasília: TST, 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008jan28/enunciados_anamatra_mostram_tendencias_juizes?pagina=4>. Acesso em:

17 jul.2017.

. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jul.2017.

. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 16 jul.2017.

. Decreto-lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Aprova o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jul.2017

. Superior Tribunal de Justiça. Matéria especial. Situações em que o dano moral pode ser presumido. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em: 17 jul.2017.

. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Trabalho. Acórdão proferido no processo n. 0001137-93.2010.5.04.0013. Recorrente: WMS Supermercados do Brasil LTDA. Recorrido: Luciane Geógia de Castro. Relator: José Felipe Ledur. Porto Alegre, 16 de maio de 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trt-rs-condena-walmart1.pdf>>. Acesso em: 17 jul.2017.

DE MASI, Domenico. *O futuro do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: LTr, 2012.

FOGLIA, Sandra Regina Pavani. *Lazer e Trabalho: um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.4.

GRASSELLI, Odete. *O Direito derivado da Tecnologia: Circunstâncias coletivas e individuais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do Direito à desconexão do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n.23, 2003, p.13. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125420/Rev23Art17.pdf/0b3b7bb7-f57d-4782-9ad8-91fdc428c88b>>. Acesso em: 15 jul.2017.

MARTINO, Vittorio Di; WIRTH, Linda. *Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida*. *Revista Internacional del Trabajo*, n. 4, v. 109, 1990, p. 471. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645\(1990-109-4\)469497.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645(1990-109-4)469497.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2017

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/1394_23por.pdf>. Acesso em: 18 jul.2017.

RESEDÁ, Salomão. *O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/2304023042-1PB.pdf>>. Acesso em: 16 jul.2017.

SANTOS, José. Prefácio. In: GRASSELLI, Odete. *O Direito derivado da Tecnologia: Circunstâncias coletivas e individuais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

A VALORIZAÇÃO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NA REFORMA TRABALHISTA

Rebeca Luise Bensabath Dantas De Assis¹

RESUMO: O presente artigo visa expor a valorização do negociado sobre o legislado, diante da inserção do artigo 611-A da CLT, que estabeleceu a supremacia das cláusulas de Convenção Coletiva e Acordo Coletivo de Trabalho sobre as disposições das leis. Em um primeiro momento, expõe-se o teor da inserção legislativa disposta no artigo 611-A da CLT, após, há a averiguação dos efeitos práticos decorrentes dessa inclusão normativa e conseqüente elucidação dos pontos positivos e negativos, em cotejo com o princípio da vedação ao retrocesso social e, por fim, propõe-se uma incursão reflexiva acerca dos reais interesses e beneficiários da retro mencionada inovação legislativa. Assim, através dessa perspectiva de prevalência do negociado sobre o legislado, é que o artigo busca perquirir os reflexos dessa alteração, no que concerne aos efeitos nos direitos dos trabalhadores, sobretudo diante do caráter progressivo dos direitos sociais, visando também à reflexão de quem são os verdadeiros favorecidos com a ascendência prevalente do modelo negociado.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017. Artigo 611-A. Valorização do negociado. Princípio da vedação ao retrocesso social.

ABSTRACT: This article aims at exposing the valorization of the negotiated over the legislated, due to the insertion of the article 611-A of the CLT, due to the insertion of Article 611-A of the CLT, which established the supremacy of the clauses of Collective Agreement and Collective Bargaining Agreement on the provisions of the laws. At first, the content of the legislative insertion provided in article 611-A of the CLT is exposed, after, there is the investigation of the practical effects resulting from this normative inclusion and consequent elucidation of the positive and negative points, in comparison with the principle of the fence to social retrogression and, finally, a reflexive

1. Advogada no Estado da Bahia. Sócia do escritório Dantas, Goês e Lima. Autora de Artigos Jurídicos em diversos periódicos. Graduada em Direito pela Universidade Salvador. Pós-graduada em Direito e Prática Previdenciária pela Faculdade Baiana de Direito. Experiência na área de Direito Trabalhista e Previdenciário. Ex-Bolsista do CNPQ na Área de Ciências Sociais Aplicadas (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico). E-mail para contato: rebecabensabathadv@gmail.com.

incursion into the real interests and beneficiaries of the aforementioned legislative innovation is proposed. Thus, through this perspective of the prevalence of the negotiated over the legislated, is that the article seeks to investigate the consequences of this change, with regard to the effects on workers' rights, especially in view of the progressive nature of social rights, also seeking the reflection of who are the true favored with the prevalent ascendancy of the negotiated model.

Keywords: Labor Reform. Law 13.467/2017. Article 611-A. Valorization of the negotiated. Principle of prohibition of social regression.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O MODELO NEGOCIADO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 13.467/2017. 3. O ARTIGO 611-A DA CLT: DISPOSIÇÕES E CRÍTICAS. 4. O ARTIGO 611-A DA CLT E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Comumente, em momentos de recessão econômica e incremento dos índices de desemprego, tal como visto em *terrae brasiliis nos* últimos anos, exsurge uma corrente de defensores da tese da premente necessidade de reforma estrutural da legislação trabalhista, os quais preconizam que a rigidez das normas trabalhistas consubstancia verdadeiro obstáculo a competitividade das empresas frente ao mercado, assim como ao crescimento econômico do país.

Em meados de 2017, o Congresso Nacional Brasileiro movido pela pressão dos setores empresariais, aproveitaram-se do discurso demagógico de rigidez das leis trabalhistas e da necessidade de adequação das leis à evolução social do mundo pós-moderno, para aprovar uma série de alterações no texto da Consolidação das Leis Trabalhistas, que impactam significativamente os direitos sociais conquistados ao longo de séculos pelos trabalhadores.

Dentre as alterações realizadas com o advento da Lei nº 13.467/2017 – a denominada Reforma Trabalhista aprovada pelo Congresso Nacional – tem-se a inserção do artigo 611-A na Consolidação das Leis Trabalhistas, que estabeleceu a supremacia das cláusulas de Convenção Coletiva e Acordo Coletivo de Trabalho sobre as disposições das leis, privilegiando o direito negociado em detrimento do legislado.

É através dessa perspectiva de prevalência do negociado sobre o legislado, que o presente artigo busca perquirir os reflexos dessa alteração legislativa, no que concerne aos efeitos nos direitos dos trabalhadores, sobretudo diante

do princípio da vedação ao retrocesso social, visando também à reflexão de quem são os verdadeiros beneficiados com a ascendência prevalente do modelo negociado.

Contudo, antes de explicar o teor da inserção legislativa disposta no artigo 611-A da CLT que positiva a supremacia do negociado, imprescindível se faz analisar como o binômio negociado-legislado se apresentava no ordenamento jurídico trabalhista e, a partir daí, esclarecer as modificações decorrentes dessa prevalência do direito negociado.

Dessa forma, em um primeiro momento, é exposto o teor da inserção legislativa disposta no artigo 611-A da CLT, após, há a averiguação dos efeitos práticos decorrentes dessa inclusão normativa a conseqüente elucidação dos pontos positivos e negativos, em cotejo com o princípio da vedação ao retrocesso social e, por fim, propõe-se uma incursão reflexiva acerca dos reais interesses e beneficiários da retro mencionada inovação legislativa.

2. O MODELO NEGOCIADO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 13.467/2017

Ab initio, há que se destacar que a prevalência da negociação coletiva sobre o legislado já era encontrada no ordenamento jurídico brasileiro, não se tratando de um fenômeno recente. Em verdade, essa possibilidade sempre foi permitida no sentido de beneficiar o trabalhador, por meio da concessão de direitos e vantagens não previstos na lei ou robustecendo o patamar mínimo nela estabelecido.

O artigo 7º da Constituição Federal dispõe e elenca os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o que consagra o que a doutrina denomina de princípio da vedação do retrocesso social.

Segundo este princípio, a inovação legislativa ou normativa somente deve ocorrer para beneficiar os trabalhadores, o que no sentir de Carlos Henrique Bezerra Leite² implica dizer que houve um processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas, em função do que se pode afirmar que, em linha de princípio, qualquer proposta de alteração das normas infraconstitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores importa em violação ao artigo 7º da Constituição Federal.

2. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo. V. 329.p.10. Nov.2016.

Não é por outra razão que Carlos Henrique Bezerra Leite³ adverte que o legislador constituinte apenas permitiu, excepcionalmente, a flexibilização *in pejus*, mediante acordo ou convenção coletiva, em duas hipóteses bem definidas: salário e jornada.

Nesse ponto, destaca Sérgio Pinto Martins⁴ que já prevalece o negociado sobre o legislado nos casos previstos nos incisos VI (redução de salários por convenção ou acordo coletivo), XIII (redução e compensação de jornada por convenção ou acordo coletivo), XIV (aumento da jornada em turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas) e XXVI (reconhecimento das convenções e acordos coletivos pelo Estado Brasileiro) do artigo 7º da Constituição.

No âmbito dos tribunais esse tema vinha sendo tratado com certa discrepância de posicionamento, sobretudo no que diz respeito às posições divergentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

Com efeito, o Tribunal Superior do Trabalho em diversos julgados sinalizou hipóteses em que é admitida a flexibilização nos acordos ou convenções coletivas, desde que incluídas contrapartidas explícitas e compensatórias quanto ao direito negociado.

Por outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho assume uma postura negativa à possibilidade da supressão de direitos através de negociação coletiva, por entender que se trata de falsa concessão de vantagens camuflada na pura e simples retirada de um direito assegurado em dispositivo legal.

Ilse Lora⁵ relata que um dos fundamentos elencados pelo TST para recusar a validade ao acordo coletivo é que o princípio do reconhecimento dos acordos e convenções coletivos de trabalho, previsto no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, circunscreve-se às situações em que o conteúdo das normas pactuadas não se mostra contrário a preceitos legais de caráter cogente.

Dessa forma, partindo-se da análise de julgados acerca dessa temática, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho, em sua maioria, entende pela não prevalência do negociado sobre o legislado, baseando-se, principalmente,

3. Ibid., p.11.

4. MARTINS, Sergio Pinto. A reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.10. Nov.2016.

5. LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.24. Nov.2016

no fundamento de que a negociação coletiva apenas deve prevalecer quando ampliativa dos direitos e vantagens já existentes, e não para reduzir ou restringir os patamares mínimos conquistados.

No que tange ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo após o julgamento do RE 590.415/SC e do RE 895.759/PE, é cristalino que a Suprema Corte possui posicionamento divergente do Tribunal Superior do Trabalho, podendo-se afirmar que há um forte entendimento pela prevalência do negociado sobre o legislado.

Nesse diapasão, na ocasião do julgamento do RE 590.415/SC, em acórdão da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, a Egrégia Corte entendeu que a transação extrajudicial que implica rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do trabalhador a plano de dispensa incentivada determina a quitação ampla e incondicional de todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego, nas situações em que esta condição tenha constado expressamente no acordo coletivo de trabalho que instituiu o plano e demais instrumentos firmados com o empregado.

Nas razões de decidir, o STF ressaltou que a condição de inferioridade do empregado, usualmente visualizada nas relações individuais, não se faz presente no âmbito das relações coletivas, pelo que vigora no direito coletivo o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, o que determina tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos – empregador e categoria de empregados.

No julgamento do RE 590.415/SC, como bem narra Ilse Lora⁶, a Corte Constitucional invoca também o princípio da lealdade da negociação coletiva, da adequação setorial negociada, a par da relevância dos planos de demissão incentivada para a mitigação dos danos gerados pelas demissões em massa, especialmente quanto à categoria dos bancários.

De forma similar, no julgamento do RE 895.759/PE, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, entendeu que o ajuste firmado em acordo coletivo de trabalho pela empresa e o sindicato que representa os trabalhadores deve prevalecer sobre regra da Consolidação das Leis Trabalhistas, reformando a decisão do TST em sentido contrário.

Neste caso, a Corte Constitucional afirmou que a decisão do TST não

6. LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.23. Nov.2016

guardou compatibilidade com a *ratio* adotada no RE 590.415/SC, no qual o STF conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho, e ressaltou, ainda, que o afastamento de direito assegurado aos trabalhadores pela CLT foi acompanhado da concessão de vantagens compensatórias, destacando que o acordo coletivo de trabalho firmado não extrapolou os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.

Por fim, como bem salientado por Ilse Lora⁷, as decisões do STF, no âmbito do julgamento do RE 590.415/SC e do RE 895.759/PE, além de alterar o posicionamento do TST, terminou por estimular os ávidos defensores da prevalência dos acordos coletivos e produzir o combustível necessário para a aprovação dessa matéria na reforma trabalhista.

3. O ARTIGO 611-A DA CLT: DISPOSIÇÕES E CRÍTICAS

A Lei nº 13.467/2017 incluiu nova disposição na Consolidação das Leis Trabalhistas, o artigo 611 – A⁸, que estipula a prevalência das condições

7. Ibid.p.25.

8. Art. 611-A CLT: "A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
II – banco de horas anual;
III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
VI – regulamento empresarial;
VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;
VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
X – modalidade de registro de jornada de trabalho;
XI – troca do dia de feriado;
XII – enquadramento do grau de insalubridade;
XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.
§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.
§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.
§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.
§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.
§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação

ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, exemplificando em quinze incisos as matérias cuja disposição em negociação coletiva gozarão de supremacia em face da lei.

Como já dito anteriormente, em que pese a prevalência do negociado já existisse no ordenamento jurídico brasileiro, essa posição de prevalência era vislumbrada uma vez estabelecidos patamares superiores ao direito mínimo estabelecido em lei, o que se tornava situação extremamente vantajosa para o trabalhador.

Todavia, a inserção do artigo 611-A na Consolidação das Leis Trabalhistas, veio justamente no sentido oposto, uma vez que a partir da redação desse dispositivo fica também permitida a redução de direitos e benefícios assegurados em diploma legal, de maneira que a convenção e os acordos coletivos perdem seu papel de fonte suplementar do Direito do Trabalho para assumir um papel de regulador de interesses e objetivos econômicos.

Nesse aspecto, as disposições que tratam de jornada de trabalho, inclusive a modalidade de registro de jornada e a prorrogação de jornada em atividade insalubre, do banco de horas; do intervalo intrajornada, do teletrabalho, do regime de sobreaviso e trabalho intermitente; da remuneração por produtividade; da troca do dia de feriado; do enquadramento do grau de insalubridade; prêmios de incentivo em bens ou serviços; participação nos lucros ou resultados da empresa, assim como as demais elencadas nos incisos do artigo 611-A da CLT, prevalecerão sobre a lei.

Vólia Bonfim Cassar⁹ é precisa quando relata que o *caput* do artigo 611-A veicula a expressão “entre outros”, o que evidencia o caráter genérico e meramente exemplificativo das hipóteses de flexibilização consignadas na referida norma, sobretudo a partir da leitura conjunta dos artigos 611-A e 611-B da CLT.

Com efeito, observa-se que o artigo 611-B¹⁰ traz hipóteses, em rol

de cláusulas desses instrumentos.”

9. CASSAR, Vólia Bonfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716>>. Acesso em: 29/08/2017.

10. Art. 611-B, CLT: “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
IV – salário mínimo;

taxativo, em que não é permitida a supressão ou a redução de direitos por via de negociação coletiva, o que implica dizer que se um artigo dispõe taxativamente os direitos que não poderão ser objeto de flexibilização, todos os remanescentes poderão ser negociados, ainda que não constantes no rol do artigo 611-A da CLT.

Neste íterim cabe mencionar, que ao revés do que ficou estabelecido nos artigos retro mencionados, a possibilidade de redução ou supressão de direitos por norma coletiva deveria ter sido consignado em rol restritivo, assegurando, assim, de forma mais ampla a proteção dos direitos mínimos já conquistados pelos trabalhadores e infensos, por via de consequência, a flexibilização *in pejus* mediante convenção ou acordo coletivo.

Com efeito, uma leitura do artigo 611-A da CLT e de seus incisos revela que a *mens legislatoris* cumpriu o papel que lhe cabia, já que resta perceptível o efetivo prejuízo aos direitos dos trabalhadores, assim como os congressistas

- V – valor nominal do décimo terceiro salário;
 VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
 VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
 VIII – salário-família;
 IX – repouso semanal remunerado;
 X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
 XI – número de dias de férias devidas ao empregado;
 XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
 XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
 XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;
 XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
 XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
 XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
 XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
 XIX – aposentadoria;
 XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
 XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
 XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
 XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
 XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
 XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
 XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
 XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
 XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
 XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;
 XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.
 Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”

e grandes empresários ambicionavam.

Verifica-se, por exemplo, que os incisos XII e XIII do artigo 611-A da CLT, permite o enquadramento dos percentuais do adicional de insalubridade, com nítida pretensão de reduzi-los e, respectivamente, permitir a prorrogação da jornada em atividade insalubre sem a prévia autorização da autoridade competente, muito embora, a insalubridade e seus graus sejam direitos relacionados à medicina e segurança do trabalho, portanto, defeso à negociação coletiva, os termos do 611-B da CLT.

Dessa maneira, como bem salienta Vólia Bonfim Cassar¹¹, esses incisos não prestigiam o a saúde do trabalhador, pois o trabalho insalubre pode se intensificar conforme o tempo de exposição do trabalhador ao agente agressivo, daí a necessidade de um *expert* em matéria de higiene e segurança do trabalho para informar se a exposição por mais de horas pode agravar a nocividade prevista nas Normas Regulamentares ou até mesmo abalar a saúde do trabalhador.

Vólia Bonfim Cassar¹² alerta também que o inciso V do artigo 611-A autoriza que o plano de cargos e salários identifique as atribuições que se enquadram na função de confiança, visando, assim, excluir tais trabalhadores do Capítulo “Da Duração do Trabalho”, fazendo incidir a hipótese do artigo 62, II da CLT..

De igual forma, o inciso VIII do artigo 611-A propõe que a norma coletiva verse sobre teletrabalho, sobreaviso e trabalho intermitente com a clara intenção de excluir tais trabalhadores dos direitos contidos no Capítulo “Da Duração do Trabalho”, afastando, assim, horas extras, intervalos e hora e adicional noturno desses trabalhadores.

Também nesse sentido, verifica-se o inciso IX do artigo 611-A objetiva afastar a natureza salarial das parcelas pagas por produtividade e incentivo, impedindo sua integração ao salário e sonogando, por conseguinte, tais valores da base de cálculo do FGTS, INSS, férias e 13º salário.

O dispositivo 611-A da CLT destaca também que no exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais

11. CASSAR, Vólia Bonfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716>>. Acesso em: 29/08/2017.

12. *Ibid.*, loc.cit.

do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Dessa forma, ressalta Vólia Bonfim Cassar¹³, que a teor do disposto na lei, acaso haja demasiada redução ou mesmo supressão de direitos nas normas coletivas pactuadas entre empregados e empregadores, a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade, já que não caracteriza um vício do negócio jurídico.

Observa-se, portanto, da leitura conjunta do §1º do artigo 611-A da CLT e do §3º do artigo 8 da CLT, que houve a nítida pretensão em limitar a atuação da Justiça do Trabalho à análise dos elementos de validade do negócio jurídico, de modo a retirar a prerrogativa de se pronunciar sobre o conteúdo das convenções e acordos coletivos.

Isso significa dizer que em relação à interpretação das normas coletivas, a inovação efetivou-se no sentido de proibir ao magistrado apreciar o conteúdo material relacionado com a natureza normativa, uma vez que deverá pautar a sua atuação em consonância ao princípio da intervenção mínima no resultado da manifestação da autonomia da vontade coletiva.

Assim sendo, a teor da inovação legislativa em comento, caberia ao Judiciário apenas a análise dos elementos essenciais relacionado com a natureza contratual das normas coletivas, como agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, consoante a dicção do artigo 104 do CC/2002.

Nesse sentido, inclusive, o § 2º do art. 611-A da CLT deixa assaz claro que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas não pode ser classificada como vício que enseje a sua nulidade. Ou seja, como bem salienta José Cairo Jr.¹⁴, se em uma convenção ou acordo coletivo for ajustada a flexibilização de determinado direito trabalhista previsto em lei sem uma contrapartida expressa no sentido de majorar outro direito, não há qualquer nulidade.

13. CASSAR, Vólia Bonfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716>>. Acesso em: 29/08/2017.

14. CAIRO JR., José. **Interpretação e integração do direito do trabalho: Reforma Trabalhista**. Disponível em: <<http://www.registratrabalhistas.com.br/lei/novidades-legislativas/3989-interpretacao-e-integracao-do-direito-do-trabalho-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 29/10/2017.

Entretanto, cumpre esclarecer que se afigura inadmissível supor que o princípio da intervenção mínima, inserido no art. 8º, §3º, da CLT, possa denotar uma blindagem para os acordos e convenções coletivas de trabalho no que concerne à questão de conteúdo material.

Nos termos do art. 5º, XXXV, CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo assim há que se interpretar o art. 8º, §3º, da CLT no sentido de que todas as questões de constitucionalidade, convencionalidade e legalidade podem ser suscitadas, no âmbito da licitude e da possibilidade jurídica do objeto do negócio jurídico, como dispõe o art. 104, II, do CC, referido pelo novo preceito celetista.

Deste modo, é bom asseverar que fere a Constituição da República qualquer interpretação daquele texto que termine por extrair, de seus termos, uma norma de absoluta imunidade jurisdicional dos acordos e convenções coletivas quanto aos seus conteúdos, precisamente porque a ordem constitucional brasileira não transige com negócios jurídicos imunes à jurisdição.

Por outro lado, prevê o § 3º do mencionado dispositivo legal que caso seja pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

Já a disposição do § 4º estabelece que na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

Por derradeiro, o § 5º impõe que os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho devem participar como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

4. O ARTIGO 611- A DA CLT E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Como é cediço os direitos sociais se encontram previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que foi a primeira constituição a estabelecer, na história do constitucionalismo brasileiro, um título específico para os direitos e garantias fundamentais, além de prever especificamente extenso rol de

direitos dos trabalhadores.

Ilse Lora¹⁵ vaticina que os direitos dos trabalhadores elencados no diploma constitucional compõem um complexo de garantias que materializam o direito geral ao trabalho e à proteção de quem trabalha, “especialmente no sentido de imposição dos deveres de promoção e proteção do trabalho e dos trabalhadores, além de uma série de garantias específicas.”¹⁶

Geraldo Melo¹⁷ destaca que fortalece o entendimento de que Constituição da República elevou os direitos laborais ao *status* de garantia fundamental o fato de esses estarem presentes no Capítulo II – Dos Direitos Sociais, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 6º, bem como no Capítulo I – dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, em seu art. 170, o qual estabelece que a ordem econômica estará fundada na valorização do trabalho humano

No âmbito da temática dos direitos fundamentais, ganha destaque o princípio da vedação ao retrocesso, que se trata de uma garantia constitucional implícita, “tendo a sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria.”¹⁸

Esse princípio traz a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, isto é, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente.

Daniela Murada Reis¹⁹ destaca que o progresso e o não retrocesso social relacionam-se ao princípio da proteção ao trabalhador, pedra angular do Direito do Trabalho, mencionando que:

O princípio da proteção ao trabalhador, como se sabe, grava a originalidade do Direito do Trabalho, enunciando o seu sentido teleológico. Com lastro

15. LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo. V. 329.p.27. Nov.2016.

16. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 2 ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.557.

17. MELO, Gerado Magela. A Vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v.52, n.82, p.66, jul./dez.2010

18. MELO, Gerado Magela. A Vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v.52, n.82, p.66, jul./dez. 2010.p.67.

19. REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação ao retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo; LTr Editora, 2010.p.20.

na dignidade da pessoa humana e no valor ínsito ao trabalho humano, o princípio tutelar enuncia ser a missão deste ramo jurídico a proteção do trabalhador, com a retificação jurídica da desigualdade socioeconômica inerente à relação entre capital e trabalho.

Geraldo Melo²⁰, por sua vez, acrescenta que os direitos sociais possuem a característica da progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações na vida cotidiana, mas a sobredita alteração apenas pode vir a ocorrer desde que implique acréscimo à carga de fruição, de efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação, sem perda da concretude para o cidadão.

Verifica-se que no caput do art. 7º da Constituição da República há a disposição de uma gama de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de haver consignação expressa que também se constituem direitos dos trabalhadores, outros que visem à melhoria de sua condição social.

Posto isso, diante da norma mencionada, denota-se que a CFRB/88 fixa uma gama de direitos sociais dos trabalhadores e, ainda, firma posição ao mencionar “além de outros” de que outras normas que porventura advierem devem trazer ao trabalhador uma condição social melhor do que a anteriormente alcançada no mundo fenomênico.

Diante dessas considerações, é notável que a inserção legislativa consubstanciada no novo artigo 611- A da CLT, introduzida pela lei nº 13.4/2017, constitui verdadeira afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social, por permitir que por meio de acordos ou convenções coletivas, direitos previstos em lei e que asseguram patamares mínimos e dignos de proteção aos trabalhadores possam ser reduzidos.

Como já relatado anteriormente, em que pese a prevalência do negociado já existisse no ordenamento jurídico brasileiro, essa posição de prevalência era vislumbrada uma vez estabelecidos patamares superiores ao direito mínimo estabelecido em lei, o que se tornava situação proveitosa para o trabalhador.

Todavia, a inserção do artigo 611-A na Consolidação das Leis Trabalhistas, veio justamente no sentido oposto, uma vez que a partir da redação desse dispositivo fica permitida a redução de direitos e benefícios assegurados em diploma legal, dispostos em quinze incisos, consagrando verdadeiro

20. MELO, Gerado Magela. A Vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v.52, n.82, p.66, jul./dez.2010

prejuízo a classe trabalhadora, sobretudo porque as matérias cuidadosamente escolhidas para figurar nesse artigo implicam em redução do pagamento das horas extras, adicional de insalubridade, adicional noturno e afastamento do reconhecimento da natureza salarial de algumas verbas.

Ademais, ao contrário do que propugna o princípio da vedação ao retrocesso, no sentido de que as alterações aos direitos sociais apenas podem ocorrer desde que impliquem acréscimo à sua carga de fruição, a redação do artigo 611-A da CLT dispõe exatamente o oposto, já que aponta que acaso haja demasiada redução ou mesmo supressão de direitos nas normas coletivas pactuadas entre empregados e empregadores, a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade, uma vez que não caracteriza um vício do negócio jurídico.

Dessa forma, as disposições constantes no artigo 611-A da CLT se revelam como afrontosas ao princípio da vedação ao retrocesso social, posto que a inovação legislativa somente deveria ocorrer para beneficiar os trabalhadores, haja vista que tendo havido o processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas, qualquer proposta de alteração das normas infra-constitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores importa em violação ao artigo 7º da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

A prevalência do negociado sobre o legislado, conforme disposta no texto dos artigos 611 – A e 611-B da CLT, evidencia o propósito escancarado de reduzir direitos da classe obreira, sem qualquer tipo de salvaguarda que permita aos trabalhadores resistirem contra as investidas dos empregadores. Em verdade, verifica-se real contrariedade aos objetivos fundamentais do Estado e promove o retrocesso social, e constitui, a rigor, um desprestígio à negociação coletiva entre empregados e empregadores, e aos acordos e às convenções coletivas de trabalho.

Nesse aspecto, pode-se afirmar, ainda que a retirada do mínimo ético e civilizatório amparado na lei, certamente, prejudicará, ainda mais, as regiões cujas condições de trabalho são as mais frágeis, pois os sindicatos, enfraquecidos, não terão condições de resistir à pressão exercida pelos sindicatos dos empregadores. Assim, talvez aquelas regiões em que a proteção aos trabalhadores seja mais rebaixada e alcance o maior nível de precarização

dos direitos passíveis de negociação, induzam algum investimento e criação de postos de trabalho.

Por tudo quanto exposto e em cotejo com o princípio da vedação ao retrocesso social, ora explanado, coaduno com o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite, ao mencionar que há uma imposição de “uma espécie de desestatização ou privatização dos direitos humanos, na medida em que afasta o Estado, principal responsável pela promoção de paz e justiça sociais, da complexa e desigual relação entre capital e trabalho²¹”, o que é feito em nítido e escancarado prejuízo ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em: 27 de agosto de 2017.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.html> Acesso em: 26 de agosto de 2017.

_____. **Lei nº 13.467/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.html> Acesso em: 26 de agosto de 2017.

CAIRO JR., José. **Interpretação e integração do direito do trabalho: Reforma Trabalhista**. Disponível em: <<http://www.regratrabalhistas.com.br/lei/novidades-legislativas/3989-interpretao-e-integracao-do-direito-do-trabalho-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 29/10/2017.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716>>. Acesso em: 29/08/2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p. 09-15. Nov.2016.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.18-32. Nov.2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. A reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.37-49. Nov.2016.

MELO, Gerado Magela. A Vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.52, n.82, p.65-74, jul./dez.2010.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação ao retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo; LTr Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 2 ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

21. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.15. Nov.2016.

BREVE ANÁLISE ACERCA DA REGRESSIVIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO COMO FATOR DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Felipe de Macedo e Souza²²

RESUMO: O estudo proposto tem por escopo demonstrar que a regressividade do Sistema Tributário consiste em verdadeira violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva. A pesquisa parte da compreensão de que o Sistema Tributário atual é regressivo, visto que se tributa com maior força aqueles detentores de menor renda, o que se comprova pela opção de política fiscal adotada pelo Brasil em tributar primordialmente o consumo de bens e serviços. A tributação sobre o consumo de bens e serviços geram graves consequências para os contribuintes mais pobres e sua renda familiar, uma vez que a distribuição do ônus tributário entre as famílias não respeita os ditames da justiça fiscal, ferindo-se a equidade pretendida pela Constituição Federal. A capacidade contributiva requer uma análise da personalidade do contribuinte, a fim de que a exação incida respeitando a possibilidade econômica de cada contribuinte. Entretanto, na tributação sobre o consumo, num mesmo produto ou serviço, todos serão tributados de maneira idêntica, não havendo distinção entre os contribuintes com diferentes capacidades econômicas. Assim, se a regressividade tributária consiste em uma violação ao princípio da capacidade contributiva, surge a necessidade de investigar as suas causas, bem como as consequências desta proeminente carga tributária sobre o consumo.

Palavras-chave: Capacidade contributiva. Tributos sobre o consumo. Sistema Tributário. Carga tributária. Regressividade.

RESUMEN: El estudio propuesto tiene como objetivo demostrar que la regresividad del sistema tributario consiste en violación real del principio constitucional de capacidad de pago. La investigación parte de la comprensión de que el sistema tributario actual es regresivo, ya que se aplica con más fuerza a los titulares de menores ingresos, que se

22. Bacharel em direito graduado pela Universidade Federal da Bahia. Advogado (OAB/BA nº 47.859). Bolsista de Extensão no País do CNPq – Nível SB. E-mail: felipemacedoesouza@gmail.com

demuestra por la opción de la política fiscal adoptada por Brasil para tasar principalmente el consumo de bienes y servicios. La tributación sobre el consumo de bienes y servicios genera graves consecuencias para los contribuyentes más pobres y su renta familiar, ya que la distribución de la carga tributaria entre las familias no respeta los dictámenes de la justicia fiscal, hiriendo la equidad pretendida por la Constitución Federal. La capacidad contributiva requiere un análisis de la personalidad del contribuyente, a fin de que la exacción incida respetando la posibilidad económica de cada contribuyente. Sin embargo, en la tributación sobre el consumo, en un mismo producto o servicio, todos serán gravados de manera idéntica, no habiendo distinción entre los contribuyentes con diferentes capacidades económicas. Por lo tanto, si la regresividad del impuesto consiste en una violación del principio de capacidad de pago, existe la necesidad de investigar las causas y consecuencias de la fuerte presión fiscal sobre el consumo.

Palabras clave: Capacidad de pago. Sistema Tributario. Los impuestos sobre el consumo. Carga tributaria. Regresividad.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Sistema Tributário Brasileiro. 2.1. Sistema tributário progressivo e Sistema tributário regressivo. 3. A Carga Tributária Brasileira. 3.1. A proeminente participação dos tributos indiretos na composição da carga tributária brasileira. 4. Distorções do sistema tributário brasileiro. 4.1. A predileção política por tributos indiretos em detrimento aos de caráter pessoal. 4.2. Consequência da oneração tributária sobre o consumo. 5. Considerações finais. Referências. Anexos.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe um exame da regressividade tributária no Brasil como fator de violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva. Inicialmente, é feita uma breve contextualização acerca do Sistema Tributário Nacional, para em seguida distinguir o sistema tributário progressivo de um sistema tributário regressivo. A regressividade, por sua vez, é revelada como um fenômeno que retira proporcionalmente mais daqueles que detêm menor renda.

Observa-se, para tal intento, como a carga tributária brasileira está distribuída. Neste sentido, constatar-se-á sua concentração sobre a base de incidência de “bens e serviços”. Diante disto, é necessário se analisar o porquê da predileção política por esta matriz de tributação, bem como as consequências dessa pesada oneração sobre o consumo, chamando atenção especial para a regressividade como fator de violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva.

2. O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O Sistema Tributário Nacional, dentre as suas regras positivas e negativas de competência, compreende o conjunto de tributos necessários a manutenção da máquina estatal para a realização de suas atividades, no sentido de dar cumprimento aos objetivos constitucionalmente previstos. As receitas estatais têm nos tributos a sua principal fonte de captação de dinheiro.

No Brasil, as disposições acerca do Sistema Tributário ganharam nível constitucional com a Emenda nº 18, de 1965, por influência da legislação alemã, conforme leciona Ruy Barbosa Nogueira²³. Atualmente, o Sistema Tributário Nacional está grafado na Constituição da República de 1988, através do seu Título VI, Capítulo I.

O professor Paulo de Barros Carvalho²⁴ explica o Sistema Tributário como um subsistema que integra um sistema maior, qual seja, o Sistema Constitucional, razão pela qual o denomina de Subsistema Constitucional Tributário:

Pertencendo ao estrato mesmo da Constituição, da qual se destaca por mero expediente lógico de cunho didático, o subsistema constitucional tributário realiza as funções do todo, dispendo sobre os poderes capitais do Estado no campo da tributação, ao lado de medidas que asseguram as garantias imprescindíveis a liberdade das pessoas diante daqueles poderes. Empreende na trama normativa uma construção harmoniosa e conciliadora que visa a atingir o valor supremo da certeza pela segurança das relações jurídicas que se estabelecem entre Administração e administrados. E, ao fazê-lo, enuncia normas que são verdadeiros princípios tal o poder aglutinante de que são portadoras permeando, penetrando e influenciando um número inominável de outras regras que lhe são subordinadas.

Aliomar Baleeiro²⁵ nos apresenta requisitos mínimos que a doutrina assinala como desejáveis para se estabelecer uma organização racional dos sistemas tributários, dentre os quais reputamos relevância para a eliminação da regressividade:

- a. produtividade;
- b. elasticidade;
- c. compatibilidade com a estrutura econômica e incentivo do desenvolvimento;

23. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 14ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 38

24. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 149.

25. BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. 16ª ed., atualizado por Dejalma de Campos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 234.

- d. conformidade com as ideias morais do povo;
- e. simplicidade;
- f. **eliminação da regressividade;**
- g. supressão e solução das duplas e pluritributações.

Ainda com os ensinamentos do mestre Aliomar Baleeiro, em um Sistema Fiscal, tem-se que a justiça tributária é condicionada a noção de generalidade e uniformidade, de modo que todos devem contribuir, sem exceções, e de maneira uniforme. Entretanto, o insigne doutrinador faz o alerta de que:

[...] a uniformidade e a generalidade, em grupos sociais profundamente heterogêneos na sua composição interna, entendem-se para os indivíduos que estejam dentro do mesmo quadro de circunstâncias e condições, pois não há maior iniquidade do que tratar igualmente criaturas desiguais. Daí algumas isenções tributárias, no texto constitucional, mas opostas ao espírito de privilégio odioso dos tempos feudais e das monarquias absolutas, além de inúmeras em leis ordinárias. As regras de generalidade e de uniformidade são em resumo, as de igualdade.

O Sistema Tributário deve necessariamente se harmonizar com os postulados da Justiça Tributária, com o princípio da igualdade tributária e o princípio da capacidade contributiva. O tratamento fiscal dispensado aos cidadãos-contribuintes deve levar em consideração as suas condições pessoais de natureza econômica, evitando-se tratamento igual às pessoas economicamente desiguais.

Entretanto, segundo o Relatório de Observação nº 2, dos Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional, elaborado pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, da Secretária de Relações Institucionais da Presidência da República, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)²⁶, um dos problemas que corroboram para que o Sistema Tributário Nacional seja desigual e injusto é a sua regressividade e a má distribuição da carga tributária.

Além da regressividade e da má distribuição da carga tributária, o Relatório aponta como outros problemas relacionados à desigualdade e a injustiça do Sistema Tributário Nacional: o baixo retorno social em relação à carga tributária; a estrutura tributária desincentiva as atividades produtivas e a geração de emprego; inadequação do pacto federativo em relação a suas competências tributárias, responsabilidade e territorialidades; e inexistência

26. BRASIL. Presidência da República. Observatório da Equidade. Indicadores de Equidade do Sistema Tributário Nacional. Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009.

de cidadania tributária. Cabe ao presente trabalho, porém, uma análise mais detida acerca da regressividade.

2.1. SISTEMA TRIBUTÁRIO PROGRESSIVO E SISTEMA TRIBUTÁRIO REGRESSIVO

Um sistema fiscal progressivo é o objetivo de um Sistema Tributário inserido num contexto de Estado Social de Direito, ou seja, um sistema no qual os tributos devam onerar com maior intensidade aquelas pessoas que demonstram maior aptidão para contribuir e, por outro lado, com menor força as pessoas que apresentam menor capacidade contributiva. Entretanto, não é o que se visualiza hodiernamente.

A política fiscal no Brasil é referência de péssima distribuição da carga tributária, tanto nos impostos diretos, quanto nos indiretos, mas sobretudo nestes. O tratamento fiscal nos impostos indiretos é desigual, uma vez que submete todos os contribuintes a um mesmo tratamento. Vale destacar, assim, a respeito dos chamados impostos regressivos, os ensinamentos de Aliomar Baleeiro²⁷:

consideram-se Regressivos o Imposto sobre Produtos Industrializados e o Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias sobre artigos essenciais à vida, porque retiram do total das despesas das famílias modestas fração proporcionalmente maior que de pessoas mais abonadas. É velha a observação de que tanto menor é o salário tanto maior a parcela destinada à satisfação das necessidades fundamentais (Lei de Engels).

Neste sentido, podemos afirmar que são regressivos os impostos que oneram as pessoas mais pobres, pois retiram proporcionalmente mais das famílias com menor renda do que aquelas mais abastadas. Os impostos como o ICMS e o IPI, que são marcados pela repercussão econômica, tributam todos de maneira idêntica, ainda que sejam aplicadas técnicas como a seletividade. Não há distinção entre os contribuintes com diferentes capacidades econômicas, todos aqueles, independentemente, das características pessoais de cunho econômico, que adquiram um determinado produto, pagarão a mesma quantidade de tributo.

Os tributos indiretos tem por característica o fato de que o ônus tributário, inicialmente suportado pela pessoa que pratica o fato gerador da exação, repercute na cadeia econômica, de modo que aquele que recolhe

27. BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7ª edição, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: editora Forense, 2001, p. 751.

o tributo (contribuinte de direito) repassa esses valores para o consumidor final (contribuinte de fato), quem, realmente, suporta toda a carga tributária incidente sobre a comercialização de bens e serviços.

Neste modelo de tributação não é possível avaliar a condição econômica de cada contribuinte, o que dificulta a aplicabilidade do princípio da Capacidade Contributiva. Neste passo, a respeito dos tributos incidentes sobre o consumo, Micaela Dominguez Dutra²⁸, com base em Richard Posner, explica que estes:

Tendem a ser regressivos porque oneram em maior proporção as pessoas menos providas de recursos financeiros. Entendemos ser este um efeito global da tributação sobre o consumo, que pode ser mitigado se a tributação sobre os bens essenciais for reduzida ou extirpada, por meio de isenções ou alíquota zero.

A regressividade do sistema se torna patente quando se verifica a tributação de bens e serviços considerados essenciais. Os produtos considerados essenciais devem ter alíquotas menores ou até mesmo serem isentos de tributos como o ICMS e o IPI. Conforme leciona Baleeiro²⁹, a tributação sobre o consumo de itens de primeira necessidade implica em regressividade, visto que as pessoas mais pobres direcionam seus gastos a aquisição do estritamente indispensável:

Igualmente, impostos proporcionais, quando incidem sobre o consumo geral – gêneros de primeira necessidade e coisas que não são de luxo –, operam regressivamente, porque a maior parte da população, em todos os países, é composta de proletários e classes submédias, que aplicam a quase totalidade de seus rendimentos na aquisição do estritamente indispensável. Uma tributação sobre alimentos, roupas de uso comum, aluguéis de casa, objetos de uso doméstico, remédios, artigos de higiene e coisas imprescindíveis à vida tem como efeito retirar das classes menos remuneradas fração maior do que a exigida das classes abastadas, que dispõem naqueles bens apenas uma parte reduzida de seus proventos. Christian L. E. Engel, há cerca de um século, já provava estatisticamente que quanto menor for a renda de uma família tanto maior será a proporção gasta com alimentos.

Ademais, até mesmo produtos que não são considerados tão essenciais, mas que são úteis, verifica-se uma incidência de alíquotas elevadas, o que muitas vezes impede o acesso a esses produtos por pessoas de menor poder

28. DUTRA, Micaela Dominguez. A capacidade contributiva: elo de ligação entre os direitos fundamentais e humanos e a tributação. 2008. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008, p. 87.

29. BALEEIRO, 2002, p. 224.

aquisitivo. O tributo, nestas situações, acaba atuando como verdadeiro obstáculo à aquisição não apenas de produtos essenciais, mas também daqueles considerados úteis.

A regressividade, por si só, é característica inerente aos impostos indiretos, como ocorre com aqueles incidentes sobre o consumo, retirando proporcionalmente maior fração de dinheiro daqueles com menor renda. Cabe ao legislador criar mecanismos de defesa voltados às pessoas com menor capacidade econômica para contribuir, uma vez que, vale lembrar, a “eliminação da regressividade” está inserida entre os requisitos desejáveis para um sistema tributário organizado, conforme apontado por Baleeiro.

Em países com menor desigualdade de renda a distribuição da carga tributária tende a ser mais uniforme, visto que a renda populacional é mais equitativa, de maneira que nestes países todos contribuem de forma equitativa, e são atingidos pelos tributos de forma semelhante. Em países de elevada desigualdade econômica, como é o caso do Brasil, a tributação, tanto em termos numéricos, quanto em termos proporcionais, deve atingir a população de modo distinto. Aqui a igualdade material é concretizada, aplicando-se os fatores de diferenciação constitucionalmente admitidos, considerando-se as diferenças sociais e econômicas existentes.

Em que pese a progressividade seja vista como uma técnica de tributação, interessante destacar a noção de que a progressividade seja tratada como uma característica a ser adotada pelo sistema tributário como um todo e não apenas por cada tributo isoladamente. Neste sentido é o entendimento da doutrina, consoante explicita Regina Helena Costa³⁰:

Acresça-se ser conclusão pacífica da doutrina especializada a afirmação segundo a qual a progressividade tributária deve reportar-se ao sistema tributário como um todo, e não a um tributo em particular. Assim, pode-se ter tributos em estrutura progressiva convivendo com tributos com natureza apenas proporcional. Mas a aplicação conjunta dos mesmos resultará numa tributação progressiva.

Ainda a respeito da progressividade como característica necessária da estrutura tributária como um todo e da maneira de ser deste sistema, destacamos:

El principio de progresividad y la no confiscación [...] se convierten en los criterios inspiradores del conjunto del sistema tributario [...] de ahí que el TC haya tenido que matizar, en diversas ocasiones, que no puede exigirse

30. COSTA, Regina Helena. Princípio da Capacidade Contributiva. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83.

la progresividad de cada una de las figuras tributarias individualmente. [...] La progresividad del sistema tributario es una manera de ser de ese sistema. Que se tiene que anticipar técnicamente – mediante tipos de gravamen progresivos, exenciones, beneficios fiscales, etc. –, de forma que puede responder a la consecución de unos fines que no son estrictamente recaudatorios para permitir la consecución de unos fines distintos, como pueden ser la distribución de la renta[...].³¹

Neste contexto, diferentemente dos impostos regressivos, os impostos progressivos coadunam-se com os objetivos traçados constitucionalmente, como a erradicação da pobreza e da desigualdade social e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Portanto, a necessidade de implementação de um sistema tributário progressivo reflete na construção de uma sociedade mais justa e livre da pobreza, pois o tributo servirá como instrumento para distribuição de renda. A respeito dos impostos progressivos, Baleeiro³² já alertava:

Hoje os impostos progressivos são universais. Parece que não existe nenhum país, em grau apreciável de civilização, que não os empregue. Essa utilização, além disso, tende a estender-se cada vez mais, a maior número de impostos. Nos Estados Unidos, o imposto de renda, ao fim de 1950, atingiu em escala progressiva a 91%. Na França e noutras nações, a 100%.

Entendemos que o tributo pode servir como verdadeiro instrumento de modificação da realidade social brasileira. Em verdade, repisamos que a finalidade deve ser, necessariamente, cobrar mais daqueles que apresentam maior poder econômico, uma vez que, notadamente, nosso contexto é caracterizado por extrema desigualdade econômica e social entre os cidadãos. Entendemos, assim, que o Direito Tributário através de seus princípios fundamentais na limitação ao poder de tributar deve ser utilizado como instrumento de Justiça Social, possibilitando que a República concretize seus objetivos fundamentais.

Neste sentido, vale destacar, mais uma vez, relevante ensinamento de Aliomar Baleeiro³³ a respeito da importância da tributação por impostos pessoais e progressivos:

Arma política de eficiência comprovada, o imposto pessoal e progressivo poderá ser o instrumento surdo e adequado a uma revolução social, sem

31. MARTÍN QUERALT, Juan; et al. Curso de Derecho Financiero y Tributario. 18ª edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 122. *Apud* PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência. 14ª ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2012, p. 96.

32. BALEEIRO, 2001, p. 753.

33. BALEEIRO, 2001, p. 699.

“sangue, suor ou lágrimas”, mas tão radical quanto as de caráter catastróficos que têm congestionado cemitérios, cárceres e orfanatos, apavorando as sociedades ameaçadas pela sua propagação insinuante e insidiosa.

Mas a graduação dos impostos, como regra geral, limitada apenas pelas possibilidades práticas, para aplicação ao maior número possível de contribuintes, atentas às condições personalíssimas de cada um destes, representa a conjugação de dois ásperos problemas de técnica fiscal, já que os tributos ensejam maior ou menor tolerância à progressividade e à personalização. Tanto mais perfectibilidade seja impressa ao sistema tributário, quanto mais perícia se exigirá do pessoal burocrático encarregado de operá-lo.

Portanto, a regressividade do Sistema Tributário brasileiro é consequência da opção de política fiscal adotada pelo Brasil, na qual há, como será demonstrado, uma concentração da carga tributária na tributação sobre o consumo de bens e serviços. Uma análise da sua distribuição permite compreender o caráter regressivo do nosso Sistema.

3. A CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

O Sistema Tributário tem ao seu alcance diversas bases tributáveis, como a renda, a propriedade e o consumo. São os denominados fatos signos presuntivos de riqueza, que devem ser utilizados pelo legislador, mas, com a devida equidade na distribuição da carga tributária, levando em consideração os efeitos inerentes a cada espécie de tributo.

No que tange às políticas fiscais, não se tem observado a existência de uma real preocupação por parte dos Entes Políticos de como a carga tributária está distribuída na sociedade. Verifica-se, em verdade, uma sobreposição da voracidade arrecadatória do Estado em detrimento de uma tributação mais justa. Nos últimos tempos, o histórico da arrecadação nacional tem demonstrado que os tributos sobre bens e serviços detêm a maior participação em comparação com as demais bases de incidência, como será visto adiante.

Da análise dos dados apresentados pela Secretaria da Receita Federal, através de Estudo³⁴ elaborado pelo Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, publicado em setembro de 2016, a respeito da Carga Tributária no Brasil, no ano de 2015, é possível aferir que a Carga Tributária Bruta (CTB) representou 32,66% do Produto Interno Bruto (PIB), o que significa um crescimento de 0,24% em relação a carga tributária de 2014, que

34. SRF. Secretaria Da Receita Federal. Carga tributaria no Brasil – 2015 (análise por tributo e bases de incidência). Brasília: SRF, setembro de 2016, p. 01.

correspondeu a 32,42% do PIB.

Carga tributária consiste na relação percentual obtida pela divisão do total geral da arrecadação de tributos do país em todas as suas esferas (Federal, Estadual e Municipal), no período de um ano, pelo valor do PIB, ou seja, toda riqueza gerada durante o mesmo período de mensuração do valor dos tributos arrecadados. Assim, sendo que a arrecadação tributária bruta em 2015 foi acima de 1,92 trilhões de reais e o PIB registrado no mesmo ano foi acima de 5,90 trilhões de reais, chegou-se ao resultado da CTB de 2015.

De acordo com o Estudo³⁵, o aumento da carga tributária, do ponto de vista das competências tributárias federativas, foi concentrada na União, responsável pelo incremento de 0,12 pontos percentuais. Neste sentido, a distribuição da carga tributária, por Ente Federativo, compreende 22,29% (União), 8,28% (Estados) e 2,08% (Municípios).

No que diz respeito a arrecadação dos Estados, esta correspondeu a 25,37% da arrecadação nacional. A arrecadação dos Estados é embalada pela tributação do ICMS, tributo cuja a soma da arrecadação de todos os Estados da Federação corresponde a relevante parte da carga tributária no Brasil, representando 6,72% do PIB e 20,56% da arrecadação total³⁶.

Em relação às bases de incidência, da arrecadação total de 2015, verifica-se que Tributos sobre Bens e Serviços compreendem 49,68% da arrecadação, ou seja, metade da arrecadação é proveniente deste tipo de base de incidência. Tributos sobre a Renda e sobre a Folha de Salários compreendem, respectivamente, 18,27% e 25,83% da arrecadação total³⁷. Observa-se, assim, uma proeminente participação dos tributos sobre o consumo de bens e serviços na totalidade da arrecadação tributária nacional. Evidentemente, tal situação não favorece a eliminação da regressividade fiscal, pelo contrário, a intensifica.

Vale ressaltar que, segundo o Estudo³⁸, em 2015, os tributos sobre bens e serviços (ICMS, IPI, PIS e Cofins) acompanharam o desempenho da economia, apresentando declínio em termos reais. No que se refere ao ICMS, por exemplo, a redução do montante arrecadado está relacionada ao fraco desempenho da economia, uma vez que o consumo das famílias

35. Ibidem, p. 04.

36. Ibidem, p. 23.

37. Ibidem, p. 08.

38. SRF, 2016, pp. 01-02.

foi afetado negativamente pelos indicadores de inflação, juros, crédito, emprego e renda, em 2015³⁹.

No que diz respeito a carga tributária, o Estudo⁴⁰ da Secretaria da Receita Federal realiza uma comparação da carga tributária nacional com a de alguns países da OCDE, utilizando por base o ano de 2014. Na demonstração, verifica-se que a carga tributária do Brasil (32,42%) ocupa a 20ª posição entre 30 países. Na primeira posição está a Dinamarca (50,9%) e na última o Chile (19,8%). A carga tributária no Brasil ainda é mais elevada do que em países como Nova Zelândia (32,4%), Israel (31,0%), Canadá (30,8%), Suíça (26,6), Estados Unidos (26,0%), Coreia do Sul (24,6%) e entre outros, como pode se deprender do gráfico no ANEXO A.

Segundo a Secretaria da Receita Federal⁴¹, na América Latina, a carga tributária no Brasil (ano de 2014) foi a maior do continente, superando países como Argentina (32,2%), Uruguai (27,0%), Bolívia (28,7%), Equador (20,2%), Colômbia (20,3%), Peru (18,8%), Venezuela (18,2%) e Paraguai (17,1%), conforme gráfico no ANEXO B.

Notório, portanto, que o Brasil detém uma das maiores cargas tributárias do mundo, de modo que o peso dos tributos constitui verdadeiro entrave para o desenvolvimento econômico e social do país. E quando se verifica que a maior parte desta carga tributária é composta por tributos indiretos, dificulta-se sobremaneira a tentativa de redução das desigualdades sociais e de uma melhor distribuição de renda.

Neste contexto, quando observamos o elevado volume da arrecadação tributária comparado a um baixo retorno social, com investimentos ineficientes em educação, saúde, segurança pública, habitação e saneamento, constatamos como há uma má gestão do dinheiro público, o que, em muitas situações, incentiva uma cultura de sonegação fiscal – o que evidentemente não é aceitável como justificativa.

3.1. A PROEMINENTE PARTICIPAÇÃO DOS TRIBUTOS INDIRETOS NA COMPOSIÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Ato contínuo, necessária uma breve análise do que representa os tributos indiretos na composição da carga tributária brasileira. Como mencionado

39. Ibidem, p. 07.

40. Ibidem, p. 09.

41. Ibidem, p. 13.

no tópico retro, existe uma relevante participação da tributação sobre o consumo de bens e serviços na arrecadação tributária nacional, compreendendo cerca de 49,68% da arrecadação tributária total e 16,22% do PIB⁴².

Neste sentido, quando se compara a tributação por base de incidência, observa-se que a carga tributária sobre a “**Renda, Lucro e Ganho de capital**” no Brasil, em comparação com países da OCDE (ano de 2014) corresponde a 5,85%, o que leva o país a ocupar a penúltima posição na tributação deste tipo de base tributária, ou seja, tributa-se menos a “renda” do que a maioria dos países da OCDE. Ao revés disso, a carga tributária sobre “**Bens e Serviços**” no Brasil, em comparação com países da OCDE (ano de 2014) corresponde a 16,28%, colocando o país na segunda posição na tributação dessa base tributária⁴³, o que se constata nos gráficos dos anexos C e D.

Neste contexto, analisando a evolução da arrecadação tributária por base de incidência, no período de 2011 e 2015⁴⁴, é possível observar uma manutenção na composição da arrecadação quando a base de incidência é “Bens e serviços”: 16,47%, 16,29%, 16,47%, 16,28%, 16,22%, bem como quando a base de incidência é a “Renda”: 6,37%; 5,86%; 5,93%; 5,85%; 5,97%, esta pequena variação anual demonstra a pouca disposição para mudanças na política fiscal do Brasil.

A priorização da tributação sobre consumo dificulta a identificação de cada contribuinte, assim, as incidências sobre a produção, importação e comercialização de bens e serviços, cobrados de forma indireta, tendem a onerar mais intensamente as camadas da população de menor renda.

4. DISTORÇÕES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Como visto, os tributos indiretos predominam na composição da carga tributária nacional, caracterizando a regressividade do nosso Sistema e afetando de forma acentuada a renda da maior parte da população, sobretudo dos mais pobres.

A nosso ver, as distorções do Sistema tributário residem justamente no que revelam os dados demonstrados no tópico anterior. A carga tributária é composta por quase 50% de tributos sobre o consumo, nos quais a identificação do contribuinte de fato é algo muito difícil, tornando-se verdadeiro

42. SRF, 2016, p. 08.

43. Ibidem, pp. 09-11.

44. Ibidem, p. 36.

obstáculo para a graduação dos impostos de acordo com a sua capacidade econômica. Portanto, a maior parte da carga tributária é composta por tributos que são cobrados indistintamente dos consumidores.

Ademais disso, verifica-se uma baixa incidência da tributação direta sobre a renda, sobre o ganho de capital e sobre as grandes fortunas, que consistem nas bases de incidência com melhor possibilidade de aplicação da personalidade e, por conseguinte, da técnica da progressividade. No Brasil, porém, a própria progressividade não é utilizada de forma adequada, no IRPF, por exemplo, verifica-se a existência de tão somente quatro faixas de alíquotas (7,5%; 15%; 22,5%; e 27,5%), bem como reduzidos valores de base de cálculo como critério para a progressividade.

Da análise dos dados apresentados no tópico anterior, é possível identificar, em comparação com a Dinamarca, país que apresenta a maior carga tributária entre os países da OCDE, que, diferentemente do Brasil, a renda, o lucro e o ganho de capital constituem as principais bases de incidências que compõem a carga tributária daquele País.

A política fiscal nacional é injusta porque privilegia uma forma de tributação que atinge todos indistintamente em detrimento do princípio da capacidade contributiva. Não obstante a isso, poucos mecanismos de atenuação da tributação indireta são empregados pelos Entes Políticos. A professora Misabel Derzi⁴⁵, em nota de atualização da obra de Aliomar Baleeiro, explica bem a situação que permeia o nosso sistema tributário e o que o torna injusto e desigual:

Ao contrário do que se propala, o sistema tributário brasileiro continua muito objetivo e pouco progressivo, sem grandes alterações mesmo após a Constituição de 1988. A propaganda dos mais ricos tem difundido a ideia de que alíquotas mais elevadas são danosas e excessivas, quando elas somente existem para possibilitar que os economicamente menos favorecidos (a grande massa dos brasileiros) tenham sua situação juridicamente contemplada. Na medida em que o legislador se mostra sensível aos encargos que pesam de maneira mais forte sobre os mais pobres, permitindo-lhes a dedução, tem de recompensar a perda de ingressos, com uma progressividade mais acentuada. Para a elite economicamente bem dotada interessa antes um critério meramente objetivo de apreensão da capacidade contributiva, preso a um sistema proporcional, ou de progressividade muito suave. Somente assim essa mesma elite pagará menos tributo, embora a grande maioria suporte desproporcionalmente os encargos tributários.

45. BALEEIRO, 2001, pp. 750-751.

4.1. A PREDILEÇÃO POLÍTICA POR TRIBUTOS INDIRETOS EM DETRIMENTO AOS DE CARÁTER PESSOAL

A opção política pela tributação sobre o consumo encontra respaldo nos altos índices de arrecadação que a base de incidência de bens e serviços representa, bem como no efeito psicológico-tributário, termo empregado por Sacha Calmon Navarro Coelho⁴⁶, inerente aos impostos como ICMS e IPI, tornando-se pouco perceptíveis aos olhos dos consumidores-leigos e não-empresários.

Chega-se a falar em ofuscamento fiscal⁴⁷ em relação aos impostos que tendem a ser ignorados ou subestimados pelos contribuintes, uma vez que o contribuinte não tem a real dimensão de quanto a sua renda individual ou familiar é consumida por estes tributos indiretos. Esta situação é mais perceptível em países menos desenvolvidos, como é o caso do Brasil. A respeito do tema, vale destacar as conclusões expostas por Laura Romano Campedelli e Gisele Barra Bossa⁴⁸ no âmbito de pesquisas desenvolvidas no Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Justiça Distributiva – o efeito perverso da regressividade no sistema tributário brasileiro):

O contribuinte dificilmente consegue perceber o quanto de sua renda individual ou familiar é consumida por tributos como ICMS ou IPI. Nos países menos desenvolvidos há a tendência de se tributar mais o consumo e menos a renda como forma de se ocultar a arrecadação.

Em contrapartida, nas democracias mais desenvolvidas os contribuintes pagam, consciente e voluntariamente, pois sabem que o dinheiro arrecadado será revertido em prol da coletividade, o que viabiliza uma tributação maior sobre a renda.

No mais, a instituição de política fiscal para baixar o limite de isenção na tributação da renda auferida seria muito mais visível ao cidadão se comparada com a tributação sobre o consumo e isso poderia repercutir de forma negativa em uma sociedade sem consciência fiscal.

Sacha Calmon⁴⁹ explica que os tributos como o ICMS não oneram

46. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 6ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 490.

47. A respeito do tema conferir: Fiscal Illusion and Fiscal Obfuscation: An Empirical Study of Tax Perception in Sweden. Sanandaji, Tino; Wallace, Björn. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1619268>>. Acesso em: 25 de set. 2016.

48. CAMPEDELLI, Laura Romano; BOSSA, Gisele Barra. O efeito perverso da regressividade no sistema tributário brasileiro. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 6 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/efeito-perverso-regressividade-sistema-tributario-brasileiro>>. Acesso em: 21 de set. 2016.

49. COELHO, Op. Cit., p. 490.

a força econômica do empresário que compra e vende ou industrializa as mercadorias, mas sim a força econômica do consumidor que as adquirem. Vincular o imposto indireto ao empresário foi o artifício que o legislador reputou como meio de tornar estes tributos pouco perceptível pela grande massa de consumidores. Em verdade, não há dúvida a respeito de que estes tributos retiram riqueza do consumidor – contribuinte de fato – em razão da repercussão tributária.

Valcir Gassen⁵⁰ elenca aspectos que favorecem a Administração na instituição de tributos sobre o consumo, tratam-se de aspectos que a beneficiam, uma vez que diz respeito ao aumento da arrecadação e inclusão do tributo no preço do produto, o que ao mesmo tempo facilita a cobrança e torna a exação oculta aos olhos dos consumidores:

A finalidade fiscal nos tributos especiais sobre o consumo é facilmente alcançada pelo fato de que, nestes, os bens objetos da tributação são sempre bens de amplo consumo, adquiridos por parcela considerável da população; não são, em termos relativos, de consumo essencial e, por fim, constata-se que não há diminuição de consumo frente à imposição tributária.

Outro aspecto positivo para a Administração Tributária é a facilidade na cobrança dos tributos sobre o consumo, uma vez que o valor da exação já está embutido no preço da mercadoria ou serviço.

A forma de cobrança, inclusão no preço, tem ainda a vantagem de dificultar a evasão tributária, diante da impossibilidade de as pessoas se furtarem à realização do fato gerador.

Outro ponto bastante assinalado na doutrina é o efeito anestésico que os tributos sobre o consumo propiciam, pois a sistemática de cobrança e, muitas vezes, de cálculo, impedem que a população saiba efetivamente quem paga o tributo e quanto está sendo pago a este título. Para a Administração, infelizmente, isso é visto como um ponto positivo, o que pode representar uma perspectiva que não contribui com a construção de um Estado Democrático de Direito.

Este efeito anestésico relacionado aos tributos sobre consumo, é consequência da inexistência de “consciência fiscal”⁵¹⁻⁵² dos cidadãos-contribuintes. Assim, sendo os tributos indiretos que oneram o consumo, ocultos nos preços dos bens e serviços, o contribuinte de fato não tem conhecimento do quanto

50. SILVA, Rafael Santos de Barros e; GASSEN, Valcir. Quem Pode Menos Pagar Mais: Tributação Sobre o Consumo no Brasil e Democracia. In Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 7, nº 2, jul.-dez. 2011, p. 190.

51. BALEEIRO, 2001, p. 746.

52. Idem, 2002, p. 196.

é lhe cobrado em tributos e, muitas vezes, nem mesmo quais incidem⁵³. Diferentemente, os impostos pessoais, conforme leciona Baleeiro⁵⁴, permitem que cada cidadão tenha consciência da parte que lhe toca no custeio da máquina pública, consistindo em uma das virtudes deste tipo de tributação.

A opção da política fiscal pela tributação indireta sobre o consumo consiste em uma escolha pela tributação impessoal e, portanto, com dificultosa aplicação do critério de graduação dos impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Por esta razão, entendemos a necessidade de uma efetiva reforma tributária, notadamente, no que diz respeito a tributação que tem por base de incidência o consumo de bens e serviços.

Vale a observação de que não se está defendendo o abandono dos tributos que oneram o consumo – pelo contrário, uma vez que são importantes instrumentos de arrecadação e de políticas extrafiscais – mas sim uma otimização em relação a todos os tributos, como melhor distribuição da carga tributária. Não se pode deixar de reconhecer que o consumo consiste em uma presunção de riqueza idônea para a tributação, no entanto, o que se visualiza atualmente é que os Entes Políticos se aproveitam das características desses tributos para concentrar a tributação nesta base de incidência em detrimento das demais, o que, como alerta Valcir Gassen e Rafael Silva⁵⁵, “faz com que, no cômputo geral, a tributação nacional seja, como um todo, regressiva”.

4.2. CONSEQUÊNCIA DA ONERAÇÃO TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO

Os impostos que oneram o consumo não levam em consideração as condições personalíssimas do contribuinte, mas, somente as condições materiais do fato descrito. Nestes tributos, as circunstâncias econômicas peculiares a cada contribuinte são desprezadas, ficando prejudicada a capacidade contributiva. A respeito dos impostos sobre o consumo vale destacar excerto da obra do economista Thomas Piketty⁵⁶:

Os impostos sobre o consumo compreendem, hoje em dia, a taxação sobre o valor agregado e as diversas taxas sobre a importação, as bebidas, os

53. Esta realidade poderá começar a ser modificada com o efetivo cumprimento da Lei 12.471/2012, que dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor a respeito dos tributos que influem no preço das mercadorias e serviços.

54. BALEEIRO, 2001, p. 746.

55. SILVA, Rafael Santos de Barros e; GASSEN, Valcir. Quem Paga Menos: Tributação Sobre o Consumo no Brasil e Democracia. In Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 7, nº 2, jul.-dez. 2011, p. 193.

56. PIKETTY, Thomas. O Capital no século XXI. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca. 2014, p. 613.

combustíveis, o tabaco, ou um bem ou serviço em particular. Esses impostos existem desde sempre e são muitas vezes os mais detestados e os mais onerosos para as classes populares, (...). Com frequência dizemos que eles são “indiretos”, no sentido de que não dependem diretamente da renda ou do capital do contribuinte individual: são pagos de forma indireta, por intermédio do preço de venda, quando fazemos compras. Em teoria, podemos de fato imaginar um imposto direto sobre o consumo, que dependerá do montante consumido por cada um, mas isso nunca ocorreu.

Vale repisar que, os tributos incidentes sobre a produção e circulação de mercadorias têm seu ônus financeiro repassado para o consumidor, apresentando como “presunção de riqueza” o consumo de bens e serviços colocados a disposição das pessoas no mercado consumerista.

Assim, em que pese a tributação sobre o consumo mostra-se como eficiente instrumento de arrecadação, uma vez que o consumo de bens e serviços é hábito amplo e indissociável das sociedades modernas, verdadeira mola propulsora na economia dos países de economia de mercado, a regressividade desponta como efeito negativo.

Os bens que são gravados por tributos sobre o consumo, como o ICMS, são consumidos por larga parcela da população, sobretudo pelos mais pobres, que compreendem a grande maioria, o que revela grande obstáculo na busca pela equidade na tributação, como forma de concretização da Justiça Fiscal. A respeito da iniquidade do sistema tributário, vale o destaque de trecho do Comunicado número 22 do IPEA (Receita pública: Quem paga e como se gasta no Brasil)⁵⁷:

[...] sabe-se que a carga tributária não onera equanimente o conjunto dos brasileiros, não implicando, portanto, mesmo esforço na contribuição de financiar o funcionamento do Estado e das políticas públicas. No Brasil, a distribuição do ônus tributário se dá de modo heterogêneo, com alguns setores da população sendo mais afetados que outros.

Isso porque se sabe que o princípio importante em qualquer sistema tributário é o da Equidade ou da Capacidade Contributiva, por permitir que o estabelecimento da contribuição dos cidadãos para o financiamento do Estado deve ser compatível com a sua capacidade econômica. Ou seja, não se deveria impor aos cidadãos de menor capacidade econômica – normalmente entendidos como aqueles de menor renda e menor patrimônio – o mesmo esforço tributário exigido dos cidadãos de maior capacidade econômica. Nesse sentido, o sistema tributário deve buscar a progressividade – tributar mais os ricos do que os pobres.

57. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Receita Pública. Quem paga e como se gasta no Brasil. Comunicado da Presidência nº 22. Brasília: IPEA, 30 de junho de 2009, p. 03.

Neste sentido, a injustiça fiscal apontada se consubstancia através da regressividade, o que se deve em grande parte pela opção de focar na tributação sobre o consumo, formato que penaliza os mais pobres. Assim, por via de consequência, tem-se que há, proporcionalmente, maior retirada de tributos daqueles com menor renda familiar, ao passo que, a “balança” do Sistema Tributário Brasileiro não consegue concretizar a equidade tributária e a capacidade contributiva, pilares fundamentais para a Justiça Fiscal, neste contexto Baleeiro⁵⁸ relata que:

Num mundo de iniquidade de toda ordem, umas oriundas de condições personalíssimas do indivíduo, outras da estrutura econômica, jurídica e social, o anseio de igualdade e justiça que, desde séculos, acompanha os tributos, só se poderá tornar mais próximo do alvo se o legislador instituir um sistema de contrapesos aos desequilíbrios mais manifestos. Tratar desigualmente os desiguais constitui a fórmula mais intuitiva da realização da Justiça possível, já que, sobretudo em matéria fiscal, ela é inacessível em forma absoluta e completa.

No Brasil, quem auferir maior renda, suporta menor carga tributária em razão da possibilidade de poupar mais e gastar proporcionalmente menos. Portanto, a tributação sobre o consumo em determinados aspectos pode agravar a desigualdade social na medida em que todas as pessoas pagam impostos calculados com as mesmas alíquotas, de modo que, conseqüentemente, as famílias mais pobres entregam uma porção maior da sua renda ao Estado em comparação às famílias mais ricas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi abordado, percebe-se que a regressividade é fenômeno que contraria as determinações constitucionais que a República Federativa do Brasil está obrigada a cumprir, consistindo em verdadeiro obstáculo para a concretização da Justiça e para o fim das desigualdades sociais.

Tributos indiretos sobre o consumo são regressivos, pois o peso dos tributos nesta forma de tributação é proporcionalmente maior para os mais pobres do que para a parcela mais rica da população. A excessiva carga tributária relativa aos tributos regressivos em um sistema tributário o torna igualmente regressivo e, portanto, injusto. Retirar dinheiro daqueles que mais precisam de assistência, não se coaduna com as prestações positivas esperadas de um Estado Democrático de Direito.

58. BALEEIRO, 2001, p. 746.

Neste contexto, nenhum tipo de injustiça pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito que tem entre seus postulados e princípios a justiça e a igualdade. Para se construir uma sociedade justa e livre da pobreza e das desigualdades, é necessário se iniciar por um sistema tributário verdadeiramente justo – não falaciosamente justo, como é o caso do Brasil. Destarte, o que se constata, na realidade brasileira, é que o Sistema Tributário é marcado pela injustiça fiscal, de maneira que as violações constitucionais são manifestas. Tanto o princípio da Capacidade Contributiva quanto o da Igualdade são vergastados pelo fenômeno da regressividade.

A capacidade contributiva, como cediço, requer uma análise da personalidade do contribuinte, a fim de que a exação incida respeitando a possibilidade econômica de cada contribuinte. Entretanto, na tributação sobre o consumo, num mesmo produto ou serviço, todos serão tributados de maneira idêntica, não havendo distinção entre os contribuintes com diferentes capacidades econômicas.

No que diz respeito ao princípio da igualdade tributária, nota-se que todos os contribuintes são colocados em um mesmo nível de tratamento fiscal, não havendo aplicação de fatores de diferenciação que permitam um tratamento materialmente isonômico. A riqueza de cada contribuinte consiste no *fator discrimen*, ou seja, no traço de diferenciação. Entre o fator de discriminação (riqueza) e consequência da diferenciação estabelecida em função dela (aplicação de maior carga tributária) extrai-se a seguinte sequência lógica: maior riqueza, suporta-se maior carga tributária.

Portanto, a tributação regressiva viola a igualdade por tratar igualmente pessoas economicamente distintas e viola a capacidade contributiva por não levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte.

Observou-se, ainda, que a discriminação legalmente permitida coaduna-se com os interesses protegidos constitucionalmente: a distribuição da riqueza e a justiça social, razão pela qual a graduação tributária conforme a capacidade econômica do contribuinte é legítima e atende ao princípio da isonomia tributária. No entanto, ao contrário disso, nosso Sistema Tributário, ao optar por uma matriz tributária sobre o consumo, contribui para a concentração de renda.

Vale destacar que os fundamentos e objetivos eleitos pela Constituição Federal – cidadania; dignidade da pessoa humana; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização

e redução das desigualdades sociais e regionais; entre outros – podem ser alcançados e concretizados através da implementação da igualdade material e da capacidade contributiva.

Nota-se, por fim, que a inconstitucionalidade vai além da violação à capacidade contributiva e à igualdade tributária. Neste contexto, se o Estado institui uma tributação regressiva, temos que o Direito Tributário não está sendo utilizado como um instrumento de Justiça Social, tão almejada por nossa Carta Política. Desta forma, tem-se que esta omissão estatal consiste em grave violação à Constituição da República.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª edição, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: editora Forense, 2001.

_____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16ª ed., atualizado por Dejalma de Campos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Observatório da Equidade. **Indicadores de Equidade do Sistema Tributário Nacional**. Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009.

CAMPEDELLI, Laura Romano; BOSSA, Gisele Barra. **O efeito perverso da regressividade no sistema tributário brasileiro**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 6 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/efeito-perverso-regressividade-sistema-tributario-brasileiro>>. Acesso em: 21 de set. 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2012.

DUTRA, Micaela Dominguez. **A capacidade contributiva: elo de ligação entre os direitos fundamentais e humanos e a tributação**. 2008. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, 2008.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Receita Pública. Quem paga e como se gasta no Brasil**. Comunicado da Presidência nº 22. Brasília: IPEA, 30 de junho de 2009.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência**. 14ª ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2012.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca. 2014.

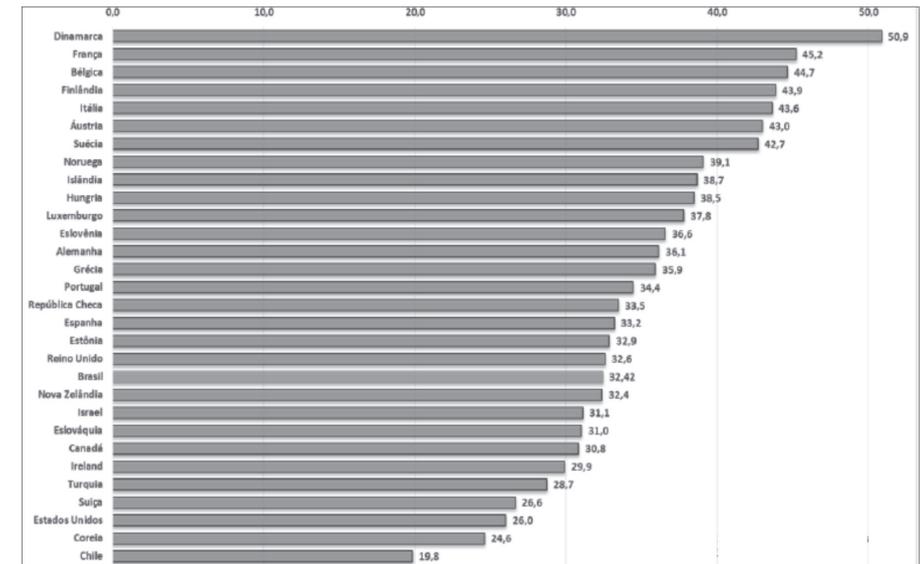
SANANDAJI, Tino; WALLACE, Björn. **Fiscal Illusion and Fiscal Obfuscation: An Empirical Study of Tax Perception in Sweden**. 2 jun 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1619268>>. Acesso em: 25 de set. 2016.

SRF. Secretaria Da Receita Federal. **Carga tributária no Brasil – 2015 (análise por tributo e bases de incidência)**. Brasília: SRF, setembro de 2016.

SILVA, Rafael Santos de Barros e; GASSEN, Valcir. **Quem Pode Menos Pagar Mais: Tributação Sobre o Consumo no Brasil e Democracia**. In Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 7, nº 2, jul.-dez. 2011.

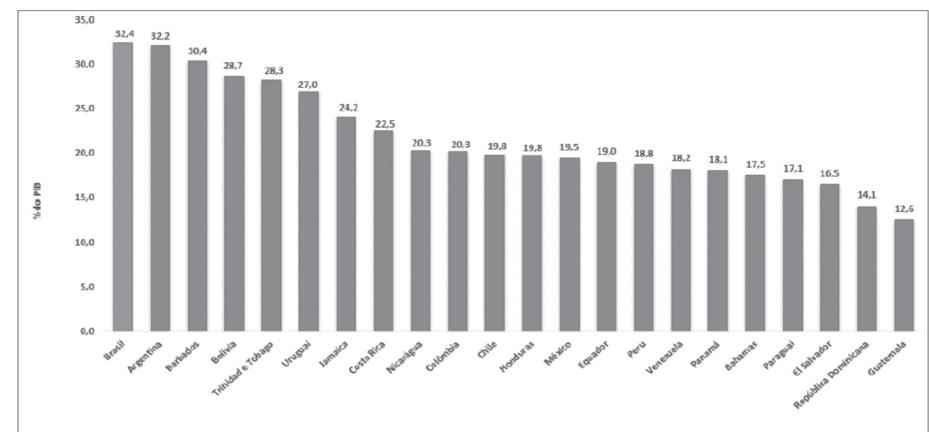
ANEXOS

ANEXO A – Representação gráfica da Carga Tributária no Brasil e em Países da OCDE (2014)



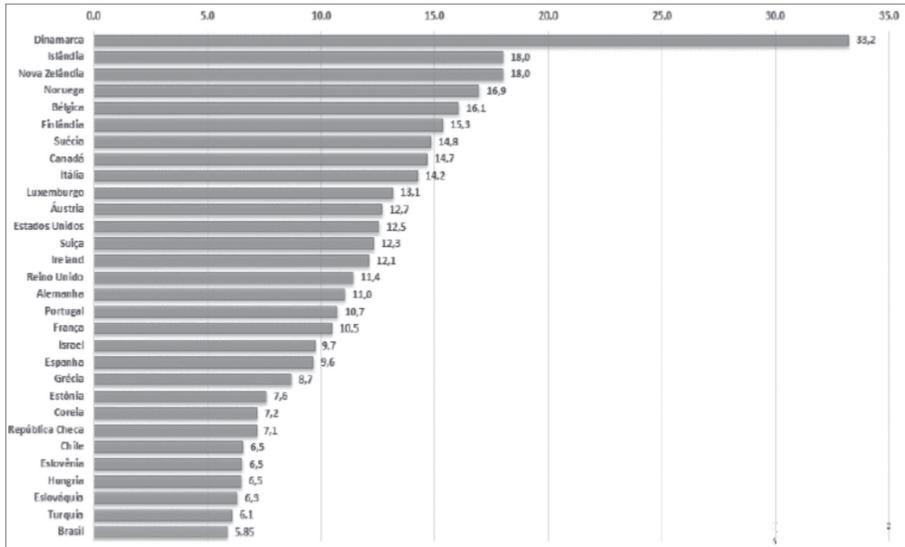
Elaborado por: Receita Federal do Brasil

ANEXO B- Representação gráfica da Carga Tributária – Brasil e Países da América Latina e Caribe (2014)



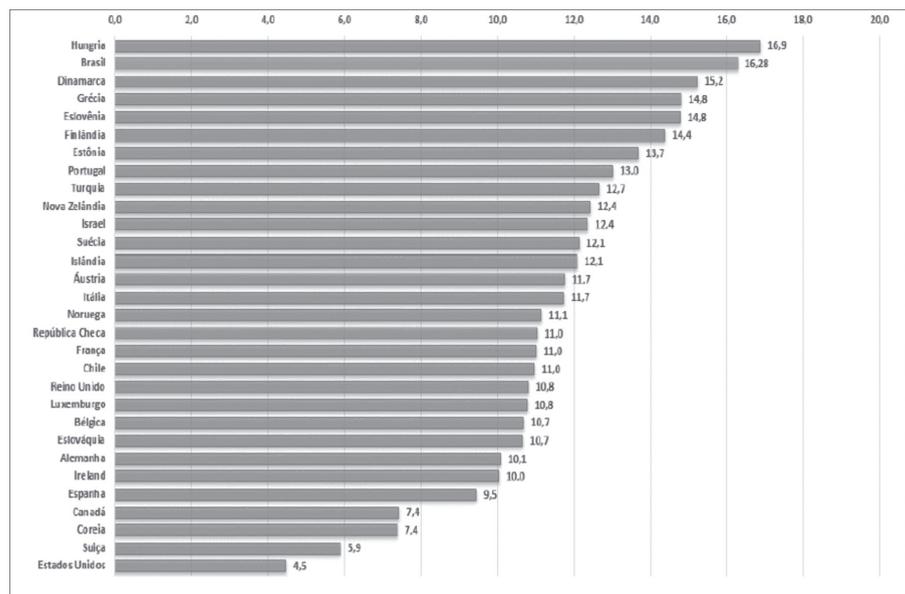
Elaborado por: Receita Federal do Brasil

ANEXO C – Representação gráfica da Carga tributária sobre a Renda, Lucro e Ganho de Capital – Brasil e Países da OCDE (2014)



Elaborado por: Receita Federal do Brasil.

ANEXO D – Representação gráfica da Carga tributária sobre Bens e Serviços – Brasil e Países da OCDE (2014)



Elaborado por: Receita Federal do Brasil.

DO DIREITO À EDUCAÇÃO: ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DE DEDUÇÃO DE DESPESAS EDUCACIONAIS NA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA

Camila Araújo Lopes Martins¹

RESUMO: O presente trabalho visa verificar, a partir de análise do direito fundamental social à educação e dos princípios constitucionais tributários, a constitucionalidade na imposição infraconstitucional de limite na dedução de despesas educacionais na apuração do imposto de renda da pessoa física. O texto constitucional de 1988 previu o direito à educação enquanto direito fundamental social e trouxe, dentre outros, os princípios tributários da isonomia tributária, capacidade contributiva e vedação ao confisco, e, implicitamente, o conceito constitucional de renda, limitando a atividade legiferante. Nesse viés, o legislador infraconstitucional estabeleceu que a base de cálculo do imposto sobre a renda deve ser apurada pelo resultado do total dos acréscimos patrimoniais menos as deduções e custos necessários à produção dos rendimentos e à manutenção do mínimo vital. Estabeleceu-se, todavia, diferentemente das despesas com saúde, a limitação da dedutibilidade das despesas educacionais – despesas essenciais à vida do cidadão –, colocando em choque o direito à educação e afrontando os princípios da isonomia e da capacidade contributiva e o próprio conceito constitucional de renda ou proventos de qualquer natureza.

Palavras-chave: Constituição. Direito à educação. Despesas Educacionais. Imposto sobre a Renda. Mínimo Vital.

ABSTRACT: *The present work aims to verify, from an analysis of the fundamental social right to education and the constitutional principles of taxation, the constitutionality in the legal imposition of limit on the deduction of educational expenses in the determination of the income tax of the individual. The Brazilian constitutional text expressly provided for the right to education as a fundamental social right, and among others, the*

1. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – Unifacs. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogada. Sócia do Borges Advogados.

principles of tax isonomy, contributory capacity and prohibition against confiscation, and implicitly the constitutional concept of income, limiting the legislator activity. In this regard, the legislature established that the basis for calculating income tax and any other type of income should be determined by the result of total capital increases, minus the deductions and costs necessary for the production of income and maintenance of the vital minimum. However, unlike health expenditures, limiting the deductibility of educational expenditures – expenditures essential to the life of the citizen – was put in the way of putting the right to education in conflict and confronted with the principles of isonomy and contributory capacity and the very constitutional concept of income.

Keywords: Constitution. Right to education. Educational Expenses. Income Tax. Vital Minimum.

SUMÁRIO. 1 INTRODUÇÃO. 2 DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO . 2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS. GARANTIA DO MÍNIMO VITAL. 2.2 DO DIREITO À EDUCAÇÃO. 3 DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. 3.1 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 3.2 DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. 3.3 DO NÃO CONFISCO. 4. DO IMPOSTO SOBRE A RENDA. 4.1 DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA. 4.2 BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão do direito à educação enquanto direito fundamental social, devendo o Estado agir positivamente para garanti-lo a todos cidadãos, da melhor forma possível. Notoriamente o Estado vem se mostrando ineficaz para a concretização desse direito, não assegurando o acesso à educação e o ensino público de qualidade, obrigando, indiretamente, que os cidadãos tenham gastos com o ensino privado.

Por outro lado, no Brasil, a renda é tributada, sendo possível a dedução, dos rendimentos recebidos em determinado período, das despesas necessárias à produção da renda e aquelas referentes a manutenção do mínimo vital, elencadas pela lei infraconstitucional. Nesse aspecto, o legislador determinou a possibilidade de dedução das despesas educacionais, estabelecendo, porém, um limite individual anual, diferentemente do regime de dedução das despesas com saúde. Dessa maneira, questiona-se a constitucionalidade dessa limitação, especialmente em face do direito fundamental social à educação, dos princípios constitucionais tributários e do conceito

constitucional de renda.

Almeja-se que esse estudo possa subsidiar a discussão quanto à constitucionalidade da limitação da dedução com despesas educacionais no imposto de renda da pessoa física, de modo a fomentar novas teorias e ações que visem assegurar o direito à educação em sua plenitude. A análise fomentará, ainda, a reflexão sobre esta problemática e, sem pretensão de esgotar o estudo do tema, possibilitará uma interpretação mais adequada quanto à temática abordada, a partir de uma visão sistemática constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Afinal, até que ponto a existência de limitação para dedução de despesas educacionais impede a concretização do direito à educação? A inexistência de limitação para dedução de despesas com saúde não configuraria uma hierarquização infraconstitucional dos direitos sociais envolvidos? Seria possível considerar que esta limitação atinge o mínimo vital do contribuinte? Esta limitação atende aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva?

O presente trabalho, portanto, objetiva verificar, a partir de análise do direito fundamental social à educação, dos princípios tributários constitucionais e do conceito constitucional de renda, a constitucionalidade da limitação da dedução das despesas educacionais da base de cálculo do imposto de renda da pessoa física. Para tanto, foi utilizado, nesse trabalho, o método de desconstrução, adotando-se a pesquisa bibliográfica e documental. Dessa maneira, a coleta de dados foi realizada em fontes documentais nacionais, tendo em vista a especificidade do direito tributário brasileiro, embasando teoricamente o pensamento ora apresentado.

2. DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO

A Constituição foi histórica e originalmente idealizada como instrumento resultante das forças sociais, necessário à restrição do poder atribuído aos monarcas, ou melhor, como documento formal que tivesse como prioridade a organização da estrutura do Estado, bem como o modo de aquisição do poder, a forma de exercício deste e os limites de sua atuação. Com o decurso de tempo e a evolução social, novos anseios foram inseridos aos textos constitucionais, necessitando estes de efetividade jurídica na realidade social. O conteúdo ampliou-se, portanto, para além de mero instrumento de proteção contra os abusos estatais, transformando-se em instrumento abrangente de tutela e guarda dos direitos sociais.

Com o advento do Estado social, surgem as constituições com perfil intervencionista, exigindo a presença ativa do poder público no domínio das relações socioeconômicas. Nasce, dessa forma, o direito de exigir do Estado prestações, não se falando mais em liberdades, mas em direitos fundamentais. Nesse sentido, uma das maiores alterações de paradigma ocorridas durante o século XX foi a atribuição à norma constitucional do “status” de norma jurídica. Superou-se, dessa maneira, o modelo no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, onde a concretização de suas propostas ficava inevitavelmente condicionada à liberalidade do legislador ou à discricionariedade administrativa. Com a reconstitucionalização que sobreveio à Segunda Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado, com o reconhecimento da força normativa do texto constitucional, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Seguindo esse movimento, tem-se o entendimento de que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância irá deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.²

No seio desse modelo constitucional social, surge um considerável número de normas regulamentando os direitos sociais e econômicos, carentes de efetivação e que exigem prestação estatal positiva.³ A partir do entendimento de José Afonso da Silva⁴ infere-se que estas não são meros programas ou normas sem efetividade, mas comandos e valores que conferem elasticidade ao ordenamento jurídico constitucional. Ou seja, as normas programáticas possuem valor jurídico semelhante aos outros preceitos constitucionais.

No Brasil, diante do contexto social ditatorial vivenciado pela sociedade brasileira nos anos de 1964 a 1985, a Constituição de 1988 emerge como verdadeira materialização dos direitos fundamentais do homem e dos princípios constitucionais, havendo introdução dos paradigmas do Estado Democrático de Direito com a redemocratização estatal.

2.1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS. GARANTIA DO MÍNIMO VITAL

A Constituição de 1988 marcou a expansão dos direitos fundamentais e sociais e sua previsão constitucional com reconhecida efetividade. A Carta

2. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 07.

3. *Ibidem*, p. 138.

4. *Ibidem*, p. 164.

Magna positivou os referidos direitos logo no início de suas disposições, após o que tratou da organização do Estado, sendo nítida, portanto, a opção pelo Estado como instrumento e pelo homem como o fim.

O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do homem reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de certo Estado, radicam no reconhecimento de uma série de direitos naturais do homem, no sentido de direitos naturais, não positivados. São, em resumo, direitos humanos positivados nas Constituições estatais. Tais direitos fizeram nascer a consciência da importância de salvaguardar a instituição, revelando novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. Animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas, exigem do Estado atuações positivas sob a forma de fornecimento de prestações.

No que tange a possíveis colisões entre direitos fundamentais, depreende-se que uma ordenação abstrata de valores constitucionais é inaceitável e teria consequências fatais, como a prevalência eterna de um valor a outro, chegando a uma tirania de valores.⁵ Luís Roberto Barroso⁶, analisando o tema sob o prisma do princípio da unidade da Constituição, sustenta que tal princípio impõe ao intérprete o dever de harmonizar tensões e contradições entre normas jurídicas, a partir de uma interpretação sistemática. A Constituição, enquanto documento dialético, abriga valores e interesses contrapostos, de modo que os direitos fundamentais, por vezes, interferem entre si. A partir dessa conclusão, pode-se inferir que o legislador infraconstitucional não pode, em sua função legiferante, estabelecer uma hierarquia entre as normas constitucionais, dentre elas as normas de direitos fundamentais, ou uma hierarquia axiológica, devendo-lhes garantir sua realização na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Analisando os dispositivos da Constituição Federal, pode-se inferir que o texto prevê direito à garantia do mínimo existencial, garante condições mínimas de existência digna, sendo este um dos objetivos da República. Tal garantia encontra-se, ainda, no elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica. É evidente a vinculação dos direitos fundamentais sociais com a garantia de mínimo existencial. Otto Bachof, já no início da

5. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 158 *et. seq.*

6. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 302 *et. seq.*

década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Nesses termos, os próprios direitos sociais específicos, como a saúde e a educação, acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial.

2.2. DO DIREITO À EDUCAÇÃO

No ano de 1981, quando o Brasil alcançou a forma republicana de governo, a educação foi trazida à égide constitucional, como direito do cidadão, laicizando o ensino nas escolas.⁷ A Constituição Federal de 1988 reconhece como direito fundamental social, dentre outros, o direito à educação. O direito fundamental à educação foi mencionado expressamente, pela primeira vez no texto constitucional, no artigo 6º, sendo enquadrado como direito social, não estabelecendo, contudo, de imediato, especificação quanto a seu alcance ou conteúdo. Posteriormente, o artigo 205⁸ reforçou a ideia e especificou referido direito, prevendo que a educação é direito de todos e dever do Estado e deve visar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para exercício da cidadania e sua qualificação laboral. Nesses termos, tendo em vista a clareza do texto constitucional, não há dúvidas de que, ao ser tratado como direito social e ser colocado como dever do Estado, o direito à educação constitui direito fundamental, integrante do núcleo intangível constitucional.

Segundo Maria Cristina de Brito Lima⁹, embora a educação esteja prevista como direito social, no que toca à educação básica, houve deslocamento para categoria de direito fundamental, estabelecendo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo. A Constituição Brasileira uniu o direito público subjetivo à educação a dois princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito: a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que tendem a se concretizar com a observância dos objetivos fundamentais do Estado.¹⁰ Em se tratando de direito subjetivo, denota a possibilidade de o credor exigir do Estado o cumprimento da obrigação.

7. Constituição de 1891 – Art.72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 6º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

8. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

9. LIMA, Maria Cristina de Brito. **A Educação como Direito Fundamental**. Editora *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2003. P 29

10. *Ibidem*, p. 8 *et seq.*

Nesse sentido, a Carta Magna impõe, em seu artigo 208, inciso I¹¹, que esse dever seja efetivado através da garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, assegurada a oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade prevista. A partir desses dispositivos, é possível concluir, desde já, a prestação que constitui o objeto desse direito: educação básica obrigatória e gratuita. O conteúdo mínimo do direito à educação é o de acesso ao conhecimento básico e capacitador, que devem ser promovido de forma organizada e regularmente.

Cumpra, ainda, mencionar que o direito à educação não se restringe ao ensino fundamental, alcançando, outrossim, o ensino superior. Afinal, não teria sentido a Constituição reconhecer como direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso XIII, a liberdade de ação ou opção profissional e não garantir o direito de acesso ao ensino universitário. Decerto que o direito à educação superior destina-se, principalmente, a garantir o pleno exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, de modo que o reconhecimento explícito do direito fundamental à liberdade de profissão, impõe o reconhecimento do direito fundamental originário a prestações relativas ao ensino superior.

Pode-se concluir, portanto, que interpretar o direito à educação como direito fundamental não importa em lhe atribuir a denominação de direito fundamental social, mas concebê-lo como direito público subjetivo, a partir de verdadeira interpretação sistemática da Constituição. Nesse sentido, deve o Estado agir positivamente para garantir, ao maior número de cidadãos, e da melhor forma possível, o direito à educação. Nesse aspecto, vislumbramos atualmente ineficiência do sistema educacional e a existência de migração para as instituições privadas, pelo que os gastos com despesas educacionais devem ser analisados sob tal prisma.

3. DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

A partir de uma leitura do texto constitucional, é possível depreender que a Constituição Federal de 1988 é fonte direta, por excelência, do direito tributário brasileiro. O constituinte previu extenso rol de disposições que independem da legislação ordinária, regulando a ação estatal de exigir tributos e limitando o legislador tributário ordinário.

A tributação e conseqüente arrecadação constituem atualmente o

11. Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

principal meio de financiamento das atividades estatais, ou seja, o meio para obtenção de recursos necessários ao atingimento dos fins que justificam sua própria existência. Logo, ao tempo em que o Estado exige tributos, deve dar aos contribuintes condições para que se desenvolvam regularmente. Nesse sentido, acertadamente Ricardo Lobo Torres dispõe que o tributo é o “preço da liberdade, pois serve de instrumento para distanciar o homem do Estado”, de forma a permitir o desenvolvimento pleno de suas potencialidades no espaço público, sem necessidade de entregar prestação permanente ao Estado. De outro lado, seria, segundo este, o preço pela proteção do Estado através de bens e serviços públicos, de forma que nenhum indivíduo deve se ver privado de uma parcela de sua liberdade sem contrapartida do benefício estatal.¹²

Dessa forma, o tributo surge no espaço aberto pelas liberdades fundamentais, o que implica em sua limitação por essas liberdades, denotando importância máxima ao princípio da legalidade. O Estado exerce seu poder de tributar sob a constante limitação dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais. Ives Gandra da Silva Martins¹³ afirma estar convencido ser o atual sistema uma carta de direitos do contribuinte contra a excessiva e reconhecida carga tributária da Federação. Toda a radicação, portanto, do subsistema tributário é constitucional, tendo em vista que a ação estatal de tributar é uma agressão, consentida pelo sistema, à liberdade e à propriedade e a necessidade da tributação nascer sob a reserva dos direitos fundamentais do contribuinte.¹⁴

Dentre as limitações ao poder de tributar, a Constituição Brasileira prevê em seu texto um plexo de princípios e regras, o que implica em duas conclusões essenciais: os fundamentos do direito tributário estão enraizados na Constituição e o direito tributário posto na Carta Magna deve merecer as primícias dos juristas e operadores do direito, porquanto seja o texto fundante da ordem jurídico-tributária.

A Constituição Brasileira instituiu os princípios fundamentais, entre os artigos 1º a 5º, os princípios gerais da tributação, em seus artigos 145 a 149 e princípios gerais da atividade econômica, em seus artigos 170 e seguintes. O texto constitucional instituiu, ainda, uma série de finalidades estatais, cuja concretização é atribuída ao Estado, como a garantia e promoção da atividade

12. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 3, p. 04.

13. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Curso de direito tributário. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29 *et. seq.*

14. TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, Renovar, 1999, v. 3, p. 04.

econômica e da ordem social. Todos esses princípios restringem o poder de tributar, na medida em que o Estado passa a ter de concretizar todos os fins determinados pelos princípios constitucionais.¹⁵ Dentre os princípios mais relevantes para o deslinde do problema posto neste trabalho, os princípios da igualdade e da capacidade contributiva merecem relevo.

3.1. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está expressamente previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e reflete tendência axiológica de extraordinária importância no ordenamento jurídico brasileiro. O preceito de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, destina-se, especialmente ao legislador, entendido de forma ampla, isto é, os órgãos da atividade legislativa e todos aqueles que expedirem normas dotadas de juridicidade. É, portanto, norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador, uma vez que não só perante a norma se igualam os indivíduos, mas a própria edição da lei sujeita-se ao dever de conceder tratamento equânime às pessoas. A lei não deve ser utilizada como forma de privilegiar ou perseguir, mas como instrumento regulador da vida social que requer tratamento equânime dos cidadãos.¹⁶

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷, há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando a norma singulariza um determinado destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas ou pessoa futura e indeterminada; a norma adota como critério discriminador elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo equiparadas; a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discriminação dotado, que, todavia, não guarda relação de pertinência com a disparidade de regimes outorgados; conduzindo a efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

No domínio do direito tributário, o artigo 150, inciso II, da Carta Magna, prenuncia o princípio da igualdade, proibindo os entes estatais de instituírem tratamento desigual aos contribuintes que se encontrarem em situações equivalentes. O intuito dessa norma é garantir tributação justa, o que não implica que todos os contribuintes devem receber tratamento tributário

15. *Ibidem*, p. 266 *et seq.*

16. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. atual. 8. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 9 *et. seq.*

17. *Ibidem*, p. 45 *et. seq.*

idêntico, mas que, encontrando-se em situações econômicas idênticas, ficarão submetidas ao mesmo regime jurídico, com suas especificidades. Resta ao legislador, portanto, assegurar a estabilidade do princípio da igualdade de modo que a lei possa irradiar sua eficácia. Quando empregado no direito tributário, o critério é bem objetivo: dois sujeitos de direito, que apresentam sinais de riqueza expressões no mesmo padrão monetário, deverão sofrer a tributação em proporções absolutamente iguais.¹⁸

Nesse sentido, o direito, reconhecendo na igualdade tributária um valor, trata de colocar parâmetros incisivos, com vistas a estabilizar as expectativas normativas, de modo a impedir o emprego de referências subjetivas e o acarretamento de profunda insegurança. Por lidar com direitos fundamentais, em especial o da propriedade e liberdade, a ordem jurídica tributária cerca de garantir o direito de cada um de responder pela carga tributária de forma igualitária. A isonomia que desfrutam os sujeitos passivos das obrigações tributárias tutelam diretamente dois sobrevalores, quais sejam: o da segurança das relações jurídico-tributárias e o da justiça da tributação.¹⁹ É conferido à lei tributária desigualar situações, atendendo a peculiaridades de categorias de contribuintes, somente quando houver relação de imanência entre o elemento diferencial e o regime diferenciado conferido aos que estão em situação diferenciada. O princípio da isonomia, portanto, é agredido quando é dispensado tratamento diverso a várias pessoas sem motivo razoável.

Para correta aplicação deste princípio, deve-se apurar a exata relação, questionando-se qual o critério de comparação, o motivo ou a valoração. Primeiro encontra-se um critério e, em seguida, comparam-se as situações a partir do critério eleito, que deve ser adequado para identificar motivação suficiente para o tratamento diferenciado. A lei estabelece alguns desses parâmetros, dentre os quais podemos ressaltar o princípio da capacidade econômica²⁰.

3.2. DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O artigo 145, parágrafo 1º²¹, da Constituição Federal, prevê o prin-

18. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 293 *et. seq.*

19. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 293 *et. seq.*

20. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 330 *et. seq.*

21. Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade

cípio da capacidade contributiva, estabelecendo que os impostos devem ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Os impostos não podem impedir que o sujeito desenvolva sua existência digna, sua livre iniciativa, o livre exercício de atividade econômica e sua propriedade privada. A mensuração da possibilidade econômica do contribuinte para contribuir com o pagamento de tributos é o grande desafio daqueles que lidam com esse instrumento de satisfação dos interesses públicos.²² Há, portanto, a necessidade premente de ater-se o legislador à procura de fatos demonstrativos de signos de riqueza, de modo a distribuir a carga tributária de forma uniforme e condizente com o princípio da igualdade.

Observa-se que, não por outra razão, o texto constitucional refere-se à capacidade econômica e não a capacidade contributiva. Com isso, busca-se orientar o legislador a identificar as verdadeiras forças econômicas do contribuinte e não se basear em ficções ou presunções. A capacidade contributiva serve de critério de instrumento à concretização dos direitos fundamentais individuais, quais sejam, a igualdade e o direito de propriedade.

Para Ricardo Lobo Torres²³, o conceito de capacidade contributiva só pode ser obtido com a intermediação dos princípios da igualdade, ponderação e razoabilidade, com a reflexão sobre o seu fundamento ético e jurídico e com a consideração das limitações ao poder de tributar e das possibilidades fáticas de mensuração da riqueza de cada contribuinte. É, portanto, o espaço jurídico aberto pelos direitos fundamentais para tributação, ficando, porém, totalmente limitada por princípios anteriores e superiores ligados aos direitos da liberdade e aos próprios direitos da propriedade e de profissão em seu núcleo essencial intrinsecamente. A capacidade contributiva se sujeita, portanto, a limitações constitucionais quantitativas, que protegem o cidadão contra o excesso de tributação ou o desrespeito ao mínimo necessário à sobrevivência digna; e qualitativas, que afastam discriminações arbitrárias e privilégios.²⁴

A tributação segundo a capacidade contributiva pode assumir duas feições: a absoluta ou objetiva e a relativa ou subjetiva. Segundo a primeira,

a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

22. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 340.

23. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e princípios constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 2, p. 292.

24. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e princípios constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 2, p. 304 *et. seq.*

a capacidade contributiva pode ser entendida como um parâmetro para a distinção entre situações tributáveis e não tributáveis²⁵, obriga o legislador a tão somente eleger como hipóteses de incidência de tributos aqueles fatos que, efetivamente, sejam indícios de capacidade econômica. Ou seja: o dever de o legislador escolher fatos que demonstrem conteúdo econômico, não cogitando, ainda, da aplicação da igualdade tributária.

Parece, portanto, acertado que a capacidade contributiva, em sua feição relativa, tem feições de mandamento de otimização: deve o legislador infraconstitucional, buscar, ao máximo, alcançar a capacidade contributiva, a base de cálculo do tributo deve ser medida que atinja, da melhor forma possível, aquela capacidade. A alíquota do tributo não pode ser tão alta a ponto de a tributação ultrapassar a capacidade contributiva manifestada.²⁶ A capacidade econômica subjetiva corresponde a um conceito de renda ou patrimônio líquido pessoal, livremente disponível para o consumo e, assim, também para o pagamento de tributo.²⁷ Nesse sentido, enquanto que, do ponto de vista objetivo, a capacidade econômica somente se inicia após a dedução dos gastos à aquisição, exploração e manutenção da renda e do patrimônio, do ponto de vista subjetivo, se inicia após a dedução das despesas necessárias para a manutenção de uma existência digna para o contribuinte e sua família.

As normas que instituem impostos descrevem, como hipótese de incidência, fato indicativo de capacidade econômica, fato-signo presuntivo de renda, capital ou patrimônio. Essa capacidade só se inicia após a dedução dos custos e gastos necessários à aquisição, produção e manutenção da renda ou do patrimônio. Antes disso, não há capacidade contributiva, sendo confiscatória a tributação que reduza substancialmente o patrimônio, impedindo sua manutenção; que atinja o mínimo vital, indispensável para existência digna; e que obste o consumo dos gêneros de primeira e média necessidade.²⁸

A partir do quanto disposto nos dispositivos da Constituição Federal, em especial o seu artigo 3º, inciso III, pode-se inferir que o texto constitucional garante às pessoas condições mínimas de existência digna, sendo este um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Isto exige uma ação positiva do Estado, mas também a não-tributação do mínimo

25. SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 330 *et. seq.*

26. *Ibidem*, p. 333.

27. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1096.

28. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 867 *et seq.*

existencial, com fins de garantir um padrão de subsistência a todos. Dessa forma, aquilo que está previsto, na Carta Magna, como integrante do mínimo existencial, não constitui nem renda, nem proventos. Em que pese a grande dificuldade de precisar o que vem a ser mínimo vital, entende-se que ele gravita em todos dos bens mais preciosos do ser humano: direito à vida, à educação, à moradia, ao lazer e outros.

A imunidade do mínimo existencial protege o contribuinte contra a incidência fiscal aquém da aptidão para contribuir.²⁹ O mínimo existencial garantido contra a incidência fiscal compreende, entre outros, o acesso à justiça, patrimônio, rendas e serviços das instituições de educação e da assistência social, saúde e educação. Nesse sentido, a instituição do imposto sobre a renda deve observar, dentre outros princípios, ao princípio da capacidade contributiva em seu viés objetivo e subjetivo, sob pena de configurar medida confiscatória.

4. DO IMPOSTO SOBRE A RENDA

O Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza encontra suporte legal no artigo 153, inciso III, da Constituição Federal, o qual expressamente dá competência à União Federal para instituí-lo, delimita os princípios que o norteiam e delinea sua regra-matriz de incidência.

Em sendo a Constituição instrumento que confere ao legislador infraconstitucional as competências tributárias impositivas, o âmbito semântico dos vocábulos utilizados para traduzir o conteúdo das regras de competência não pode ficar à disposição de quem recebe a outorga de competência. A questão do conceito de renda, portanto, só pode ser compreendida e analisada em face das normas constitucionais que regem a matéria, sob pena de se estar exigindo um arremedo de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

4.1. DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA

Sedimentado, por um lado, que o conceito de renda não pode ficar à disposição do legislador infraconstitucional e que, por outro lado, esta conceituação não está expressa no texto constitucional, impõe-se deduzir qual é o conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza. Com intuito de identificar a significação do conteúdo semântico das palavras

29. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 2, p. 325.

“renda” e “proventos de qualquer natureza”, explicar e justificar as definições dos termos legais, surgiram algumas teorias. Destacam-se, entre elas, a teoria da fonte, segundo a qual renda se trata de atributo quase sempre periódico, da fonte permanente, como elemento novo e que com ela não se confunde, e a teoria do acréscimo patrimonial, que pressupõe ser renda o acréscimo de valor pecuniário entre dois momentos.

Apesar das críticas quanto à confusão conceitual existente entre “renda” e “proventos de qualquer natureza”, há pontos pacíficos em relação a ser renda o produto, fluxo ou acréscimo patrimonial, inconfundível com o patrimônio de onde advém, assim compreendido o capital e/ou o trabalho. Por sua vez, provento constitui forma específica de rendimento tributável, fruto do acréscimo patrimonial de uma atividade já encerrada, mas que ainda produz rendimentos. Na acepção ampla, proventos seriam entendidos como acréscimos patrimoniais não resultantes do capital ou do trabalho, mas de origem não identificável ou comprovável. Os acréscimos patrimoniais sempre pressupõem a disponibilidade econômica ou jurídica, sendo necessária a incorporação física e material ao patrimônio do contribuinte.

Sacha Calmon Navarro sustenta que “quer a renda, produto do capital, do trabalho e da combinação de ambos, quer os demais proventos não compreendidos na definição, devem traduzir um aumento patrimonial entre dois momentos de tempo”. É o acréscimo patrimonial, portanto, em seu dinamismo acrescentador, que constitui signo tributável pelo imposto. No mesmo sentido, entende-se que sem acréscimo não há a configuração de renda nem proventos, ficando estreito o âmbito de liberdade do legislador ordinário que não poderá definir como renda ou proventos algo distinto de um acréscimo patrimonial.

Regina Helena Costa³⁰ afirma que renda traduz-se como acréscimo patrimonial, riqueza nova que se incorpora em patrimônio preexistente, em determinado período de tempo; e proventos traduzem-se como rendimentos recebidos em função da inatividade, ambos como expressões de capacidade contributiva. Por sua vez, José Artur Lima Gonçalves³¹ suscita que renda seria o saldo positivo resultante do confronto entre certas entradas e certas saídas, ocorridas ao longo de dado período. Quanto ao primeiro elemento

30. COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 353.

31. GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda. Pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179.

conceitual – saldo positivo – pode-se afirmar que é majoritária a compreensão de que renda haverá quando houver sido detectado acréscimo patrimonial. Este tributo, portanto, só pode alcançar o enriquecimento real econômico, advindo do fato de obter renda, não sendo devida sua incidência quando ausente ganho real do contribuinte ou diante de meras reposições patrimoniais.

Nesse sentido, a partir da análise dos princípios e valores constitucionais e norteadores do Imposto sobre a Renda, constata-se que o sentido que melhor convém é que “renda e proventos de qualquer natureza” se referem aos acréscimos patrimoniais experimentados pelo contribuinte ao longo de um período. Concluir o contrário seria admitir a possibilidade de tributação sobre mínimo existencial ou valores que não são ganhos por se destinarem a cobrir custos essenciais. Resultaria, pois, na exigência de tributo sobre valores despendidos e que não configuram receita ou renda.

Roque Carraza³² acertadamente dispõe constituírem renda e proventos de qualquer natureza os ganhos econômicos do contribuinte gerados por seu trabalho e/ou capital, apurados após o confronto das entradas e saídas apuradas em seu patrimônio em determinado lapso temporal. São acréscimos patrimoniais experimentados pelo contribuinte ao longo de determinado período, são o resultado positivo de uma subtração entre os rendimentos brutos recebidos e o total de deduções e abatimentos que a Constituição e as leis permitem fazer. As deduções e abatimento não devem ser confundidos com isenções. Elas operam como hipóteses neutralizantes da ocorrência do fato imponible, de modo que a exação incida sobre o que tipifica renda ou proventos de qualquer natureza e seja, dessa forma, o mais possível justo e adequado.

Conclui-se, pois, que os conceitos de renda e proventos de qualquer natureza, para a Ciência Jurídica, não se confundem com os conceitos econômicos desses vocábulos. No âmbito jurídico, a conceituação é mais restrita: acréscimo patrimonial, apurado em determinado período, que só pode ser levado à tributação se observados os princípios da legalidade, da isonomia, da capacidade contributiva e da não-confiscatoriedade, prestigiando os valores supremos trazidos pela Carta Magna, dentre eles os direitos sociais. Em suma, renda tributável é sempre renda líquida, isto é, o resultado de uma série de deduções e abatimentos feitos sobre os rendimentos brutos.

32. CARRAZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda* (Perfil Constitucional e Temas Específicos). 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 37 *et seq.*

4.2. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA

Além da descrição da hipótese de incidência, a pessoa política deve apontar, entre outros, a base de cálculo e a alíquota. Estes quantificarão a obrigação tributária, permitindo, uma vez ocorrido o fato gerador em concreto, a apuração da quantia exata em dinheiro a pagar a título de tributo. A base de cálculo configura, segundo Roque Carrazza³³, portanto, a expressão econômica da materialidade do tributo, estando intimamente ligada com a respectiva hipótese de incidência, já que ela confirma a natureza jurídica da exação. Havendo qualquer descompasso entre ambas, o tributo, erroneamente instituído, não poderá ser validamente lançado e cobrado.

Sendo a hipótese de incidência do imposto de renda da pessoa física auferir renda ou proventos de qualquer natureza, sua base de cálculo só pode ser o montante líquido de tais acréscimos de riqueza.³⁴ A correta incidência da tributação para as pessoas físicas deveria recair sobre a base de cálculo real, considerada como a renda líquida. Esta deveria ser o resultado do total das rendas, rendimentos, ganhos e proventos, menos as deduções e custos necessários à produção dos rendimentos e à manutenção da fonte produtora e da sua família e respeitado o mínimo vital.³⁵ Só assim estarão atendidos os princípios da capacidade econômica e da não-confiscatoriedade.³⁶

Dispõe o artigo 44³⁷ do Código Tributário Nacional que a base de cálculo do imposto de renda é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis. Por sua vez, o artigo 3º³⁸ da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que introduziu o sistema de tributação em bases correntes, faz menção ao rendimento bruto da pessoa física, sendo, questionado, todavia, que algumas despesas têm de ter a sua dedução autorizada por lei.

Em verdade, para pessoas físicas, a base de cálculo real do imposto

33. CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda** (Perfil Constitucional e Temas Específicos). 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 71.
34. QUEIROZ, Mary Elbe **Imposto sobre a renda** (Perfil Constitucional e Temas Específicos). 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 74.
35. *Ibidem*, p. 359.
36. CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda** (Perfil Constitucional e Temas Específicos). 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 74.
37. Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.
38. Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

é a renda líquida, assim considerada como o montante das rendas, rendimentos e/ou proventos menos as deduções admitidas expressamente na lei. A tributação para pessoas físicas incide sobre o total das rendas ou proventos, tidos como rendimentos brutos, verdadeiros ingressos, uma vez que são admitidas somente as deduções de poucas despesas e, algumas delas limitadas a valor ínfimo, cuja seleção foi estabelecida arbitrariamente pelo legislador ordinário.³⁹

A Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, que altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas, determina, em seu artigo 8º, em atenção à hipótese de incidência da exação e à preservação do mínimo vital, que a base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será apurada mediante a diferença dos rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva e das deduções relativas a despesas médicas, a despesas com instrução, a dependentes, às contribuições para Previdência pública e privada, às importâncias pagas a título de pensão alimentícia, às despesas escrituradas no Livro Caixa e às contribuições para as entidades fechadas de previdência complementar.

Nos termos do artigo 8º, inciso II, alíneas “a” e “b”⁴⁰, é possível a dedução dos pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias, sem qualquer limitação quantitativa. Por sua vez, a dedução de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior,

39. QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda** (Perfil Constitucional e Temas Específicos). 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 359.
40. Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:
I – de todos os rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva;
II – das deduções relativas:
a) aos pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias;
b) a pagamentos de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, até o limite anual individual de:
(...) 10. R\$ 3.561,50 (três mil, quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos), a partir do ano-calendário de 2015; (Redação dada pela Lei nº 13.149, de 2015)

compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, é limitada a um valor estabelecido arbitrariamente pelo legislador infraconstitucional.

Conforme previsto na Lei 9.250, o limite individual anual, desde o ano de 2015, é de R\$3.561,50 (três mil quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos), o que corresponderia a um gasto mensal de R\$304,29 (trezentos e quatro reais e vinte e nove centavos). Cumpre, ainda, alertar para o fato de que não podem ser abatidas despesas com aulas particulares, cursos preparatórios para vestibulares e concursos, de idiomas estrangeiros, transporte escolar, aquisição de livros, enciclopédias, publicações e materiais técnicos, viagens para fins de estudos e elaboração de dissertação de mestrado ou tese de doutorado, dentre outras de natureza análoga.⁴¹

São, portanto, admitidas deduções de poucas despesas e, algumas delas, como a de educação, limitadas a valor ínfimo, cuja seleção foi estabelecida arbitrariamente pelo legislador ordinário. A partir da leitura do dispositivo retro, é possível averiguar que, diferentemente das despesas com médicos, há limite para dedução das despesas com educação e, sob este panorama, surgem algumas questões a serem analisadas no plano constitucional e no plano econômico, buscando a igualdade e a harmonia, que todo estado democrático de direito deve buscar e respeitar.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, enquanto texto que ordena e conforma a realidade política social, marcou a redemocratização do Estado Brasileiro, trazendo em seu bojo a princípios centrados na dignidade da pessoa humana, bem como marcando a expansão dos direitos fundamentais e de sua previsão constitucional com reconhecida efetividade. Diante da crise de desigualdade social experimentada à época, o texto constitucional trouxe os direitos sociais, com sua dimensão política, exigindo do Estado a sua atuação positiva, sua intervenção para o devido atendimento das crescentes necessidades do indivíduo. Em que pese sua eficácia tenha sido questionada, concluiu-se que os direitos sociais não são meras normas dirigidas ao legislador, mas nítidos direitos subjetivos, definidores de claras consequências pelo

seu descumprimento. Nesse contexto, o direito à educação foi expressamente previsto, na Carta Magna, enquanto direito fundamental social, o que implica no dever estatal positivo de efetivação desse direito da melhor forma possível, inclusive através de políticas públicas.

Para consecução de políticas públicas e outras medidas, o Estado precisa exercer sua função arrecadatória, sendo a tributação atualmente o principal meio de financiamento das atividades estatais, ou seja, o meio para obtenção de recursos necessários. Tendo em vista principalmente o direito à propriedade e a liberdade, a Constituição, com objetivo de garantir maior segurança, indicou nortes e limites da tributação, devendo a instituição de tributos respeitar catálogo de direitos fundamentais dos contribuintes que faz contraponto ao dever que a ordem jurídica lhes impõe de suportá-los. Nesse sentido, o Estado exerce seu poder de tributar sob a limitação dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais.

A Constituição Brasileira possui, em seus artigos 145 a 162, um Sistema Tributário Nacional que prevê um capítulo específico para as limitações ao poder de tributar. Dentre elas, encontram-se os princípios constitucionais tributários, como o princípio da isonomia tributária, segundo o que é conferido à lei tributária desigualar situações somente quando houver relação de imanência entre o elemento diferencial e o regime diferenciado conferido aos que estão em situação diferenciada, e o princípio da capacidade contributiva, que protege o cidadão contra o excesso de tributação e o desrespeito ao mínimo necessário à sobrevivência.

Ademais, o texto constitucional, ao discriminar as competências tributárias, previu a regra-matriz de incidência de cada exação. Nesse sentido, o imposto sobre a renda encontra suporte legal no artigo 153, inciso III, da Constituição Federal, o qual expressamente dá competência à União Federal para instituí-lo, delimita os princípios que o norteiam e delinea sua regra-matriz de incidência. A partir das disposições constitucionais, pode-se afirmar que renda designa o acréscimo patrimonial, apurado, em determinado período, pela combinação dos fatos que contribuem para o acréscimo do valor do patrimônio com certos fatos que, estando relacionados ao atendimento das necessidades vitais básicas ou à preservação da existência digna, contribuem para o decréscimo patrimonial. Em que pese os abatimentos e deduções sejam permitidos pela legislação ordinária, esta acaba por enunciá-los de modo formal, tendo em conta valores consagrados constitucionalmente, a

41. BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Declaração Perguntão. Disponível em: <https://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaFisica/IRPF/2015/perguntao/assuntos/deducoes-despesas-com-instrucao.htm> Acesso em 10 de mar. 2017

exemplo do direito à educação. Logo, impõe-se que o legislador infraconstitucional, ao exercitar a competência constitucionalmente reservada, seja fiel à regra-matriz predisposta na Carta Magna.

A Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, previu, em seu artigo 8º, que a base de cálculo do imposto de renda devido no ano-calendário será apurada mediante a diferença dos rendimentos percebidos durante este período, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva e das deduções relativas a despesas médicas, a despesas com instrução, entre outras. A dedução de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes foi, todavia, diferentemente das despesas com saúde, limitada a um valor estabelecido arbitrariamente pelo legislador infraconstitucional.

Considerando que o Estado não disponibiliza ensino gratuito a toda população, tem carência de condições materiais e de prestações positivas para assegurar a efetiva fruição de tal direito, o cidadão se socorre nas instituições privadas para obter educação. Na medida em que o Estado não arca com seu dever, deve, ao menos, fomentar e facilitar o acesso à educação, abstendo-se de agredir, por meio da tributação, a esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos na parte empenhada para efetivar e concretizar o direito fundamental à educação. Pode-se afirmar, portanto, que a limitação de dedução das despesas educacionais dificulta sobremaneira a concretização do direito fundamental, constitucional e social à educação, acarretando a inconstitucionalidade da norma.

Vislumbra-se, ainda, afronta aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia, tendo em vista que implica na tributação dos valores dispendidos com despesas educacionais, essenciais para garantia do mínimo vital e na possibilidade de dois contribuintes, de mesma renda e diferentes gastos com a educação, serem tributados no mesmo valor. Ainda, em sendo as despesas educacionais despesas necessárias para garantia do mínimo vital, realizadas como consequência da ineficiência estatal, sua tributação, ainda que parcial, constitui inadequação da base de cálculo do imposto sobre a renda e, conseqüentemente, dissonância ao conceito constitucional de renda. Pode-se afirmar, ademais, que o legislador infraconstitucional acabou por estabelecer hierarquia entre as normas constitucionais, dando tratamento diferenciado entre as despesas com saúde e as despesas com educação, ultrapassando os poderes correlatos à sua função legiferante.

Conclui-se, dessa maneira, que a previsão infraconstitucional de limitação para dedução de despesas educacionais da base de cálculo do imposto de renda da pessoa física é inconstitucional, devendo haver reforma da legislação atual para retirada do limite de dedução, diante da omissão estatal na garantia do direito à educação.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário: de cordo com emenda constitucional nº. 42, de 19.12.03*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto Sobre a Renda e Preços de Transferência*. Dialética: São Paulo, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta. Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 de fev. 2017.
- _____. *Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm> Acesso em: 10 de mar. 2017
- _____. *Lei 4.357, de 16 de julho de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4357.htm> Acesso em: 02 de mar. 2017
- _____. *Lei 4.625, de 31 de dezembro de 1922*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1901-1929/L4625.htm> Acesso em: 15 de fev. 2017.
- _____. *Lei n. 4.783, de 31 de dezembro de 1923*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-4783-31-dezembro-1923-564689-norma-pl.html>> Acesso em: 10 de mar. 2017
- _____. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm> Acesso em: 07 de fev. 2017.
- _____. *Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7713.htm> Acesso em: 18 de fev. 2017.
- _____. *Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9250.htm> Acesso em: 08 de mar. 2017.
- _____. *Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em: 10 de mar. 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina,

1993.

CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. A Inconstitucionalidade do Limite de Dedução dos gastos com Educação no Imposto de Renda Pessoa Física. *In: Revista Dialética de Direito Tributário* (RDDT), São Paulo, n. 203, p. 32-53, agos. 2012.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda** (Perfil Constitucional e Temas Específicos). 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

_____. **Curso de direito tributário**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

CURI, Andréa Zaitune. FILHO, Naércio Aquino Menezes. **Os Determinantes dos Gastos com Educação no Brasil**. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2009/inscricao.on/arquivos/000-660e543a38938cb1082bab06da7a6a7d.pdf>>. Acesso em: 11 de mar. 2017.

DANTAS, Miguel Calmon. **O Dirigismo sobre as políticas públicas**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/miguel_calmon_teixeira_de_carvalho_dantas.pdf>. Acesso em: 07 de mar. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANÇA. **Education at a Glance 2014**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/edu/Education-at-a-Glance-2014.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a renda. Pressupostos constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: Norton, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é Uma Constituição?** Trad: Walter Stonner. Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933.

LEONETTI, Carlos Araújo. **O imposto sobre a renda das pessoas físicas como instrumento de justiça social no Brasil atual**. 2002. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/83402/181890.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 07 de mar. 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A Educação como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MANDELLI, Mariana. **De Olho nas Metas**. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/arquivos/biblioteca/de_olho_nas_metas_2013_141.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de direito tributário**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Impostos e contribuições federais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MASTER National. **Tertiary enrollment: Countries Compared**. Disponível em: <<http://www.nation-master.com/country-info/stats/Education/Tertiary-enrollment>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. atual. 8. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza**. São Paulo: Manole, 2003.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e princípios constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 2.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 3.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, p. 565. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

EDITORIAL

Desde 2013 a Ordem dos Advogados baiana tem se preocupado com o crescente número de jovens advogados que acessam os quadros da Ordem. As peculiaridades das dificuldades destes profissionais motivaram a OAB da Bahia à criação do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia, órgão responsável pela interlocução entre os mais de 20 mil profissionais em início de carreira e as instâncias da OAB.

Diversos projetos foram desenvolvidos para auxiliar, apoiar e estimular a qualificação dos jovens advogados e jovens advogadas para a realidade da prática da advocacia nestes quase 6 anos de trabalho da OAB Jovem. Empreendedorismo jurídico, gestão legal, oratória, cursos de prática da advocacia, almoço com o mestre, realização de eventos nacionais e regionais marcaram o calendário baiano e aproximaram as advogadas e advogados da nossa Ordem.

Hoje, lançamos a primeira edição da Revista Jurídica da Jovem Advocacia, que tem o objetivo de ocupar mais um espaço na valorização do advogado iniciante no mercado jurídico. Nós acreditamos que um dos caminhos para o sucesso profissional é a consolidação da carreira, o planejamento para que o advogado seja considerado referência e autoridade na área que atue. Acreditamos que um dos instrumentos para isso é a solidificação acadêmica, através da aproximação com as faculdades, produção científica e atualização teórica constante.

O Brasil vive atualmente um momento de retração do investimento em ciência e pesquisa e a OAB Jovem decidiu abrir caminhos na contramão do retrocesso. A publicação de edital de seleção de artigos coloca à disposição da advocacia iniciante um espaço para a construção do primeiro degrau na construção de uma carreira acadêmica respeitada.

Nesse sentido, agradecemos a Luiz Viana Queiroz, Hermes Hilarião e Luiz Gabriel Batista Neves por terem tornado esta publicação uma realidade que marcará a história da advocacia baiana. Agradecemos, também, aos professores que voluntariamente participaram do Conselho Editorial, sugerindo mudanças e abraçando esse projeto.

Érica de Meneses
Gustavo Barreto
Lucas Macedo

Uma ferramenta que visa incentivar as atividades acadêmicas, onde os temas de grande relevância para a advocacia e nossa sociedade como um todo, poderão ser discutidos, onde as questões cotidianas que afligem nossa sociedade e também os advogados, serão debatidas de forma técnica, contribuindo, seguramente, para a evolução do direito dos nossos tribunais, e obviamente, da nossa própria sociedade.

Assim, esse novo instrumento amplia de forma significativa as condições de crescimento profissional para os jovens advogados, advogadas e estagiários de direito, que terão à sua disposição uma fonte de pesquisa e de publicação de suas produções acadêmicas. Até porque, como bem afirmou Jorge Amado, "o jovem tem força criadora, elã, paixão, entusiasmo e ímpeto, uma coisa que depois você tem menos".

Então, que essa força criadora da jovem advocacia baiana, que encontra aqui espaço cativo na Revista Jurídica da Jovem Advocacia, seja a voz do direito do nosso tempo, e claro, também dos novos tempos, para que esse ímpeto de criação acadêmica e científica contribua com nossas escolhas, sonhos e realizações, construindo um direito mais justo e por consequência uma sociedade melhor.

Hermes Hilarião Teixeira Neto

Presidente do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia da OAB-BA



Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-9477-228-2



9 788594 772282