

ORGANIZAÇÃO:

ATALÁ CORREIA
JANETE RICKEN LOPES DE BARROS

GRANDES TEMAS DA PÓS-GRADUAÇÃO DA EDB/IDP 2017.1

AUTORES:

ANA LUIZA BECKER SALLES
ANDERSON RODRIGUES PESSOA JUNIOR
BRUNO REIS DE SOUZA
DÉBORA BARUFI STECKER
DIEGO FERNANDES DO NASCIMENTO
LUDMILLA TAVARES DAIER DE SALES
MARCELO TOLEDO DE FREITAS
NAARA FERREIRA MORATO
PAULO HENRIQUE NERI GRANDINETTI LEITE
PEDRO HENRIQUE BRAGA ALVES
PRISCILA NEVES MENDES
RAFAELLA NORONHA ALVES
RAIANE BUZATTO
REBECA DE HOLANDA BRAGA ROCHA FREIRE
TIAGO KALKMANN

1ª Edição

Organização

Atalá Correia
Janete Ricken Lopes de Barros

GRANDES TEMAS DA PÓS-GRADUAÇÃO DA EDB/IDP 2017.1

1ª edição

Autores:

Ana Luiza Becker Salles
Anderson Rodrigues Pessoa Junior
Bruno Reis de Souza
Débora Barufi Stecker
Diego Fernandes Do Nascimento
Ludmilla Tavares Daier de Sales
Marcelo Toledo de Freitas
Naara Ferreira Morato
Paulo Henrique Neri Grandinetti Leite
Pedro Henrique Braga Alves
Priscila Neves Mendes
Rafaella Noronha Alves
Raiane Buzatto
Rebeca de Holanda Braga Rocha Freire
Tiago Kalkmann

IDP
Brasília
2017

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

MEMBROS EFETIVOS:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto
Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)	18. José Roberto Afonso – FGV
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de lès Illes Balears/Espanha	19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP	20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal	21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – FhÖV NRW/Alemanha
5. Arnoldo Wald	22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
6. Atalá Correia – IDP/DF	23. Ludger Schrappner
7. Carlos Blanco de Moraes – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal	24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
8. Everardo Maciel – IDP/DF	25. Maria Alicia Lima Peralta
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF	26. Michael Bertrams
10. Felix Fischer	27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autónoma do México – UNAM
11. Fernando Rezende	28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha	29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha	30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS	31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)	32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal	33. Rui Stoco
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP	34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
	35. Sergio Bermudes
	36. Sérgio Prado

Barros, Janete Ricken Lopes de (Org.).

Grandes Temas da Pós-Graduação da EDB/IDP 2017.1/ Organizadores Atalá Correia;
Janete Ricken Lopes de Barros. – Brasília: IDP, 2017.

450 p.

ISBN: 978-85-9534-018-3

1. Agência Reguladora. 2. Acidente de Trabalho. 3. Agravo de
Instrumento.

APRESENTAÇÃO

Coordenadores:

Atalá Correia

Janete Ricken Lopes de Barros

O Centro de Pesquisa - CEPES é o órgão responsável por desenvolver a pesquisa, iniciação científica e extensão das Escolas do IDP em parceria com as Coordenações dos Cursos, bem como promover a integração entre a graduação, pós-graduação e mestrado. Para atingir essa finalidade disponibiliza aos alunos uma série de ferramentas como a série de *e-books* intitulada “Grandes Temas da Pós-Graduação”.

Os artigos selecionados para compor a edição de 2017.1 foram indicados pelo corpo docente da pós-graduação da instituição nas bancas de TCC (Trabalho de Conclusão de Curso) como sendo trabalhos relevantes para a comunidade acadêmica.

O objetivo principal desta obra é compilar textos de diversas áreas do conhecimento jurídico para fomentar o debate acadêmico e a pesquisa jurídica. Nesta edição, os textos contemplarão discussões de temas da atualidade com abordagens interdisciplinares, pesquisa de campo e análise da jurisprudência dos tribunais superiores.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

SUMÁRIO

UMA ANÁLISE DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANTAQ NO CASO DO CONTRATO DE USO TEMPORÁRIO 08

Ana Luiza Becker Salles

CRÍTICA À SISTEMÁTICA DO NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO PREVIDENCIÁRIO – NTEP E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO..... 47

Anderson Rodrigues Pessoa Junior

A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA CONSTRUÇÃO CIVIL: UMA ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS 81

Bruno Reis de Souza

O ROL DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: CABÍVEL EM FACE DE DECISÃO QUE VERSA SOBRE CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO, POR INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO SEU ARTIGO 1.015, III..... 115

Débora Barufi Stecker

A INCOMUNICABILIDADE DOS LIVROS E INSTRUMENTOS DE PROFISSÃO NO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, E UM POSSÍVEL ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DE UM DOS NUBENTES..... 139

Diego Fernandes Do Nascimento

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 170

Ludmilla Tavares Daier de Sales

A INSTITUIÇÃO DE HIPOTECA NO ÂMBITO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A SÚMULA 308 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... 197

Marcelo Toledo de Freitas

VIOLENCIA DE GÉNERO: ESTUDIO COMPARADO DEL IMPACTO JURIDICO DE LA TIPIFICACIÓN DEL FEMINICIDIO ENTRE LA LEGISLACIÓN PENAL PIONERA DE COSTA RICA Y BRASIL..... 229

Naara Ferreira Morato

A RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO NO CONTRATO DE TRESPASSE E NA CESSÃO DE QUOTAS NA SOCIEDADE LIMITADA..... 259

Paulo Henrique Neri Grandinetti Leite

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES: A efetividade das competências atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça para a redefinição dos valores jurídicos, sociais e políticos do Estado..... 276

Pedro Henrique Braga Alves

ZONA FRANCA DE MANAUS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	306

Priscila Neves Mendes

MODULAÇÃO DE EFEITOS EM GUERRA FISCAL DE ICMS.....	335

Rafaella Noronha Alves

OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO PROCESSO RECUPERACIONAL E A NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO CADE PARA EXERCÍCIO DO CONTROLE PRÉVIO DE ESTRUTURAS.....	361

Raiane Buzatto

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – UMA ANÁLISE DOS SISTEMAS GLOBAL, INTERAMERICANO E EUROPEU.....	389

Rebeca de Holanda Braga Rocha Freire

O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE CONGLOBANTE.....	417

Tiago Kalkmann

UMA ANÁLISE DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANTAQ NO CASO DO CONTRATO DE USO TEMPORÁRIO¹

AN ANALYSIS OF ANTAQ'S REGULATORY COMPETENCE IN THE CASE OF THE AGREEMENT FOR TEMPORARY USE

Ana Luiza Becker Salles²

RESUMO

O Contrato de Uso Temporário (CUT) é um importante mecanismo utilizado pelas administrações portuárias para a atração de cargas e investimentos ao porto organizado. Tal instrumento foi normatizado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e, apesar de seus reconhecidos benefícios econômicos, em virtude de não decorrer de expressa previsão legal e possibilitar a utilização da área pública sem licitação levantou questionamentos dos órgãos de controle. Assim, o presente trabalho buscou analisar: (i) o surgimento das agências reguladoras no Brasil; (ii) as características dos órgãos reguladores; (iii) o modo como é desenvolvido o poder normativo das agências reguladoras no Direito Pátrio; (iv) as características e competências da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); (v) em qual contexto foi criado o CUT e quais são suas características; e, por fim, (vi) se a normatização do CUT, relacionado ao direito de acesso e uso da infraestrutura portuária, desbordou da competência normativa da ANTAQ.

PALAVRAS CHAVE: Contrato de Uso Temporário; Atividade Portuária; Agência Reguladora; Poder Normativo.

ABSTRACT

The agreement for temporary use (AFT) is an important mechanism used by port administrations to attract cargo and investments to the organized port. This instrument had been created by the ANTAQ (National Waterways Transportation Agency) and, despite its recognized economic benefits, because it was not based on express legal provisions, and allowed the use of public areas, without bidding, the instrument raised questions from the control authorities. Therefore the present work sought to analyze: (i) the development of regulatory agencies in Brazil; (ii) the characteristics of regulatory institutions; (iii) how the regulatory power of regulatory agencies is developed according to brazilian legal system; (iv) the characteristics and competencies of the National Waterway Transportation Agency (ANTAQ); (v) in which context the AFT was created and what are its characteristics; and, finally, (vi) if the regulation of the AFT, related to the right of access and use of the port infrastructure, went beyond the normative competence of ANTAQ.

¹ Artigo científico elaborado sob a orientação do Prof. M.e Marco Aurélio de Barcelos Silva, apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial para obtenção título de Especialista em Direito Administrativo.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós Graduanda em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogada.

KEY WORDS: Agreement for temporary use, Port Activity; Regulatory Agency; Normative Power.

1. INTRODUÇÃO

Com a finalidade de fomentar utilização de área ociosas, atrair cargas com mercado não consolidado³ e possibilitar o apoio temporário para atividades *offshore* no Porto Público, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) normatizou um instrumento denominado Contrato de Uso Temporário (CUT). Este tipo contratual específico possibilita a exploração, em caráter excepcional, sem exclusividade, de uma determinada área portuária, inserida na área da poligonal de um Porto Organizado⁴, por um prazo de até trinta e seis meses, quando se tratar de cargas novas, ou até sessenta meses, quando se tratar de um serviço decorrente de um contrato para atendimento de plataformas de exploração *offshore*⁵, mediante o pagamento das tarifas portuárias pertinentes, inclusive aquela relativa à área disponibilizada.

Em virtude de não decorrer de expressa previsão legal e possibilitar a utilização da área pública sem licitação, muito se discute a validade e a legalidade desse instrumento contratual criado pela ANTAQ, órgão regulador da atividade portuária no Brasil. O CUT foi normatizado pela Resolução nº 2.240 – ANTAQ, de 4 de outubro de 2011, e é atualmente regulado pela Resolução Normativa nº 7-ANTAQ, de 30 de maio de 2016.

Sob o ponto de vista econômico, é cediço que esse tipo de contratação fomenta a atividade portuária. Corroborando tal assertiva, um acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), nos autos do Processo no TC 046.138/2012-9 (n 1.514/2013), apontou que no Estado de Alagoas, os investimentos decorrentes de um CUT foram de cerca de 12 (doze) milhões de reais e geraram 800 (oitocentos) empregos diretos e indiretos. Uma operação realizada no Estado do Rio Grande do Sul com esse modelo de contratação, ainda nos moldes da Resolução nº 2.240-ANTAQ, foi responsável pelo aumento de arrecadação da

³ O art. 2º da Resolução Normativa nº 7 - ANTAQ, de 30 de maio de 2016, conceitua Carga com Mercado não consolidado como: VIII - carga com mercado não consolidado: mercadoria não movimentada regularmente no porto nos últimos 5 (cinco) anos, tendo demandado, em média, menos de uma atracação mensal no mesmo período.

⁴ Porto Organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição da Administração do Porto.

⁵ Atividades de apoio *offshore* ou serviços para atendimento de plataformas de exploração *offshore* são as atividades que apoiam a extração de hidrocarbonetos (petróleo e gás natural) nas plataformas localizadas fora da costa (*offshore*). Essas atividades muitas vezes necessitam de uma base localizada em uma instalação portuária para a movimentação e armazenagem de equipamentos que serão utilizados nas plataformas. Essa base de apoio costuma ser por um curto período de tempo, por exemplo, enquanto se está identificando a capacidade de determinado campo de petróleo.

Superintendência de Portos e Hidrovias na ordem de 20% (vinte por cento) e gerou mais 2 (dois) mil empregos diretos e indiretos⁶.

Entretanto, mesmo sendo um instrumento de caráter precário e que não garante exclusividade na utilização da área, em setembro de 2014, como não se exige a realização de certame licitatório, o Ministério Público Federal (MPF) moveu uma ação civil pública em face da ANTAQ,⁷ objetivando a declaração da nulidade dos artigos relativos ao uso temporário das instalações portuárias previstos na Resolução nº 2.240 - ANTAQ. O MPF alega que a referida resolução cria forma de contratação com o Poder Público – uso temporário – mediante processo de seleção simplificada, ou seja, sem prévia licitação, violando o art. 37, XXI, da CF/88, bem como o art. 2º da Lei nº 8.666/93 e os artigos 1º, 4º e 8º da Lei nº 12.815/13.

Em sentença, com eficácia *erga omnes*, a 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo julgou procedente a pretensão do MPF, reconhecendo a incompatibilidade dos dispositivos da Resolução nº 2.240 ANTAQ com a Lei nº 12.815/13 e o vício de nulidade da norma infralegal.

A agência reguladora recorreu da decisão defendendo a total legalidade do diploma normativo, além da inadequação da via eleita e a perda do objeto da demanda em razão do advento da Resolução Normativa nº 7 – ANTAQ, de 30 de maio de 2016 (que revogou a Resolução nº 2.240 – ANTAQ). Em virtude da revogação, o MPF pediu desistência da ação. O Recurso de Apelação ainda está pendente de julgamento.

Apesar de ter sido proferida sentença julgando procedente a ação ajuizada pelo MPF, os dispositivos relativos ao uso temporário foram mantidos no texto da Resolução Normativa nº 7 – ANTAQ. Ou seja, permanece sendo relevante a discussão quanto à legalidade do instrumento. Esse fato ganha ainda mais importância considerando que o CUT constitui uma modalidade contratual que fomenta a atividade econômica e atrai investimentos, estando presente em diversos portos do país, tendo sido autorizado pela ANTAQ em vinte um casos.

Questiona-se, portanto, se, ao criar a modalidade contratual do uso temporário, teria a ANTAQ desbordado os limites de sua competência normativa, editando ato normativo que não decorre diretamente de previsão legal, ou se tal ato seria o efetivo exercício do poder

⁶ A Superintendência de Portos e Hidrovias do Rio Grande do Sul possui cinco Contratos de Uso Temporário firmados, quatro no Porto Organizado de Porto Alegre para atividades de apoio *offshore* e um no Porto Organizado de Pelotas para a movimentação de carga não consolidada no Porto.

⁷ BRASIL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO. 4ª Vara Federal. AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0006647-60.2014.4.02.5001, Ministério Público Federal, Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Autuado em 02/10/2014.

regulamentar das agências reguladoras, amparado pela sua competência técnica decorrente do fenômeno da deslegalização e por seu dever de incentivar o setor regulado.

Com o objetivo de obter subsídios para responder a este questionamento, o presente artigo busca analisar o seguinte: (i) o surgimento das agências reguladoras no Brasil; (ii) as características dos órgãos reguladores; (iii) o modo como é desenvolvido o poder normativo das agências reguladoras no Direito Pátrio; (iv) as características e competências da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); (v) em qual contexto foi criado o Contrato de Uso Temporário e quais são suas características; e, por fim, (vi) se a abrangência do CUT, relacionada ao direito de acesso e uso da infraestrutura portuária, desborda da competência normativa da ANTAQ.

Para responder a problemática, utilizou-se o método dedutivo e a abordagem utilizada no presente trabalho será tanto a pesquisa sócio-jurídica, tendo em vista a interdisciplinaridade inerente à matéria trabalhada, quanto à pesquisa dogmática, que analisa o ordenamento jurídico como um todo e possui por objetivo verificar a coerência do tema com o sistema jurídico e seus elementos.

Para tanto, serão utilizadas as formas de pesquisas exploratória e descritiva no presente trabalho, além de se utilizar dos procedimentos de pesquisa bibliográfica, utilizando fonte secundária, ou seja, livros e outros documentos bibliográficos; e da pesquisa documental, utilizando fonte primária, principalmente na análise de decisões atinentes à matéria, proferidas pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União.

2. SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

Diante da falência do modelo de Estado-empresário, nos anos de 1990, o Brasil adotou uma série de medidas voltadas para a modernização da estrutura estatal. A alteração do desenho da relação do Estado com a economia começou a ser sentida especialmente a partir das Emendas Constitucionais nº 5 e 8 de 1995, que abriram para a exploração privada os mercados de distribuição de gás e telecomunicações, bem como pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que instituiu a chamada Reforma Administrativa, impulsionando o Estado brasileiro para um modelo de Estado gerencial ou regulador (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014).

Além disso, Sandrin (2016) aponta que a adoção de um modelo de Estado regulador veio a conformar com o que já havia sido estatuído pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 173, determina que, “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração

de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”⁸.

Nesse cenário, as agências reguladoras surgem no Brasil como decorrência da decisão política de se rever e reestruturar o papel social e econômico do Estado na economia brasileira, no sentido da máquina pública se retirar da execução de determinados serviços públicos e atividades econômicas estratégicas, abrindo espaço para a iniciativa privada. Em outras palavras, as agências reguladoras surgem no Brasil no âmbito do processo de privatização e modificação do papel estratégico do Estado (BARROSO, 2015).

De acordo com Almeida e Xavier (2012), a decisão de alterar o papel do Estado ocorreu diante do fracasso no exercício do papel de agente econômico, sendo necessária a alteração da sua forma de atuação na economia, deixando de ser um ator e passando a ser um agente normativo e regulador da atividade econômica.

Como apontado, até as reformas da década de 90, o modelo de Estado predominante era o Estado-empresário, que atuava direta e fortemente na economia, centralizando nele a exploração das atividades. De acordo com Pereira Neto, Lancieri e Adami:

Nesse contexto, o próprio Estado definia os parâmetros de prestação de serviços, como padrões técnicos e de qualidade, captava e planejava a realização de investimentos, fiscalizava o cumprimento de suas próprias determinações – sem mencionar, evidentemente, a exploração direta da atividade econômica em muitos casos (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014, p. 143).

Com essa modificação da atuação do Estado na economia brasileira, os serviços públicos e atividades econômicas estratégicas passaram a ser prestados por empresas privadas, mas permaneceram sob a responsabilidade do Estado, que passou a exercer um papel de regulação (BARROSO, 2015).

José dos Santos Carvalho Filho (2006) explica que a desestatização e os parâmetros necessários para a implantação do sistema de agências reguladoras no país foram trazidos pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que inicialmente alinhou as regras sobre o papel que viria a ser desempenhado pelo Estado, assim como por sua sucessora, Lei nº 9.491 de 9 de setembro de 1997, que formou o Programa Nacional de Desestatização (PND).

O rol de objetivos fundamentais do PND, expressos no art. 1º da Lei nº 9.491, demonstra claramente que o programa buscou transferir para a iniciativa privada as atividades não exercidas com excelência pelo Poder Público e permitir que a Administração Pública focasse nas atividades em que a presença do Estado é fundamental, como saúde e educação

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

(CARVALHO FILHO, 2006). Assim, o PND buscou reordenar a posição do Estado na economia do país, como ilustra o dispositivo a seguir transcrito:

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;*(grifos nossos)*

Assim, com o implemento do PND, a atividade econômica passou a se concentrar nas mãos da iniciativa privada. Entretanto, conforme pontuado, mesmo se afastando da prestação da atividade em si, o Estado não poderia se eximir da responsabilidade de assegurar ao cidadão a prestação do serviço adequado pelos novos agentes econômicos. De acordo com Almeida e Xavier (2012), era “(..) necessário que o Estado permanecesse vigilante em relação a aspectos, como por exemplo, quanto aos direitos do consumidor, risco de formação de monopólios, qualidade da os serviços prestados, dentre outros”.

Surge então o Estado regulador e fiscalizador, em substituição ao Estado prestador direto de serviços públicos e explorador de atividades econômicas (BARROSO, 2015). Do reordenamento e transferência das atividades para a iniciativa privada deriva a necessidade de se criar mecanismos estatais de controle dos novos prestadores de serviço. Não se alterou o serviço ou a característica da atividade, mas somente os prestadores, que passaram a ser do setor privado. Nesse sentido, aduz José dos Santos Carvalho Filho:

Anteriormente, a Lei nº 8.031/90 usava o termo “privatização”, mas a nova ideia proveniente do vocábulo acabou gerando interpretação desconforme ao preceito legal, entendendo algumas pessoas que significaria privatizar atividades, o que não seria verdadeiro, visto que muitas das atividades do programa continuariam e continuam a caracterizar-se como serviços públicos; a privatização, assim, não seria da atividade ou serviço, **mas sim do executor da atividade ou serviço**”(CARVALHO FILHO, 2006, p. 289) *.(grifos nossos)*.

Até o advento da privatização, quem exercia as atividades era o próprio Estado e, portanto, o controle realizado era *interna corporis*. O Estado controlava os serviços prestados pelo próprio Estado, mesmo que por meio de estruturas diversificadas, tendo em vista a

organização administrativa direta e indireta. Com a delegação dos serviços para a iniciativa privada, surgiu a necessidade de o Estado se aparelhar para exercer o controle sobre aqueles que passaram a executar os serviços. O controle passou a ser externo, surgindo a figura do controlador (administração) e controlado (prestador do serviço concedido) (CARVALHO FILHO, 2015).

Diante da necessidade da criação de órgãos de controle e inspiradas na experiência de outros países, as agências reguladoras emergiram. À época, o legislador brasileiro optou por constituir as agências reguladoras sob a forma de autarquias, tendo em vista se tratar de estruturas jurídicas que já existiam no ordenamento jurídico pátrio (ALMEIDA; XAVIER, 2012) e eram comumente utilizadas para funções estatais.

Contudo, as novas autarquias foram criadas sob regime especial, em razão da sua atribuição fundamental, consistente no exercício da função regulatória. Além disso, optou-se pela nomenclatura de “agência”. Nesse sentido, leciona Carvalho Filho (2006):

Com o desenvolvimento do sistema de desestatização, tais “órgãos” foram sendo criados, sob a forma de autarquias de regime especial, e nominados de “agências reguladoras”, em virtude de sua atribuição fundamental: o exercício da função regulatória. Apesar da expansão de semelhante regime, entendemos que a única novidade foi a criação de autarquias especificamente voltadas para os setores desestatizados. Com efeito, autarquias sempre foram concebidas para a execução de tarefas tipicamente estatais e, antes das novas agências, outras autarquias existiam com função de controle. **A novidade, repetimos, decorreu do inevitável atrelamento entre o programa de desestatização e as novas autarquias – agora cognominadas de “agências”.**(grifo nosso).

Além do controle da qualidade do serviço exercido pelo setor privado, as agências reguladoras ficaram encarregadas de executar as políticas públicas traçadas pela administração gerencial, promovendo a regulamentação e fiscalização das atividades para as quais o Estado deixou de ser o único empreendedor.

Barroso (2015) sintetiza as funções das agências reguladoras: regular o setor, nos limites da lei; fiscalizar cumprimento dos contratos; controlar tarifas e preços; fomentar a competição e arbitrar os conflitos entre poder concedente, concessionário e usuários. Assim sendo, suas atividades podem ser enquadradas em quatro grandes grupos: (i) atividade normativa, (ii) atividade fiscalizatória, (iii) atividade sancionatória e (iv) atividade julgadora e arbitral.

Entretanto, o pleno exercício dessas funções depende da garantia de autonomia decisória e financeira das agências. Essa autonomia é esmiuçada por Pereira Neto, Lancieri e Adami

(2014, p. 145), que a subdividem em: (i) independência administrativa; (ii) ausência de subordinação hierárquica; (iii) mandato fixo e “quarentena”; (iv) estabilidade de seus dirigentes; e (v) autonomia financeira.

Salienta-se que os limites e moldes específicos da autonomia e independência decorrem das leis de criação das respectivas agências e, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999), se estendem não só em relação ao Poder Executivo, mas quanto aos três poderes do Estado. Nas palavras da autora:

(...) costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços.” (DI PIETRO, 1999, p. 131)

Essas garantias se fizeram necessárias para que os novos órgãos se firmassem como instituições de Estado, e não de um determinado governo ou inclinação política. As agências foram idealizadas de forma que obtivessem autonomia para gerenciar os novos contratos de concessão ou outorga, cujos prazos são extensos, além de garantir segurança jurídica para os investidores privados que ocuparam os espaços abertos pela privatização/desestatização (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014).

Nesse mesmo sentido, Sérgio Guerra (2015) defende que, quando se institui a função regulatória, o objetivo a ser perseguido deve ser a delegação da capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas, em troca da busca por credibilidade e estabilidade, demonstrando-se, com isso, que a regulação estatal deixa de ser assunto de determinado Governo para ser um assunto de Estado.

É importante observar alguns limites para essas garantias das agências. Em relação ao Poder Judiciário, o limite de atuação está no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em apreciar lesão ou ameaça de lesão a direitos (art. 5º, XXXV, CF). Em relação ao Poder Legislativo, o limite é o princípio da legalidade, de modo que as normas emanadas pelas agências não podem sobrepor ou conflitar com as Leis, tampouco extrapolar a competência concedida pela norma de regência. Quanto ao Poder Executivo, apesar da

estabilidade de seus dirigentes⁹, que é marco de sua independência, eles são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

Ademais, com o intuito de se conferir legitimidade às decisões das agências reguladoras, inclusive aquelas decorrentes do exercício de seu poder normativo, previu-se a necessidade de observância de um devido processo legal mínimo para garantia dos administrados. Também foram adotados novos mecanismos de controle e *accountability* até então pouco utilizados, tais como as consultas e audiências públicas prévias à edição de atos normativos e a análise de impacto regulatório (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014. p. 146)

Assim, a partir do movimento de reforma do Estado, que buscou a desestatização da economia brasileira, foram criadas as agências reguladoras no ordenamento jurídico pátrio. Algumas delas decorreram de previsão constitucional¹⁰, enquanto que outras, como no caso Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), cuja competência normativa é objeto de análise no presente artigo, foram criadas a partir de legislação setorial ordinária.

De todo modo, a todas as agências, além de autonomia, foi lhes atribuída a competência normativa. Compreender a competência normativa, seu alcance e seus limites, é de fundamental importância para se avaliar a legalidade do instrumento criado pela ANTAQ, denominado Contrato de Uso Temporário. Em razão disso, abordar-se-á a seguir as características e os limites desse poder normativo concedido às agências reguladoras.

3. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são dotadas de poder normativo, que decorre do exercício de sua função regulatória. Para melhor compreensão do tema, no presente tópico serão desenvolvidas as seguintes questões: (i) a diferença entre os termos regulação e regulamentação; (ii) a controvérsia relativa à competência normativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo; (iii) a transferência às agências da competência do Poder Legislativo, em razão da especialidade técnica; e (iv) o escopo de atuação do poder normativo das agências reguladoras vinculado à sua respectiva lei de criação.

De acordo com o Carvalho Filho (2006), a regulamentação é a prerrogativa da administração pública, no caso da agência reguladora, de editar atos que complementam

⁹ Após nomeados os dirigentes das agências reguladoras é vedada sua exoneração *ad nutum*.

¹⁰ São exemplos a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criadas respectivamente pelo art. 177, §2º, III, da CF, com redação da Emenda Constitucional nº 9 de 1995 e pelo art. 21, XI, da CF, com redação da Emenda Constitucional nº 8 de 1995.

(regulamentam) previsões legais, permitindo a sua efetiva aplicação. A regulação, por sua vez, é um termo mais amplo que regulamentação, que envolve o exercício do poder normativo¹¹, já que também engloba as demais funções como a aplicação das regras e a imposição de sanções. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto define regulação como:

(...) atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central (2009, p. 7).

Dessa forma, é da competência regulatória, inerente às agências reguladoras, que decorre o poder normativo, regulamentar. Entretanto, muito se questiona sobre o alcance e os limites dessa competência regulamentar. O art. 84, IV, da Constituição Federal prevê que compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Nesse caso, a poder regulamentar seria uma delegação da competência do chefe do executivo?

Di Pietro (2003) aponta que as agências reguladoras não detêm poder de regulamentar as leis. Em virtude da competência ser privativa do Chefe do Poder Executivo, sustenta que a delegação somente poderia ocorrer se realizada pela autoridade competente e não por lei, como ocorre com as Agências. Nesse mesmo sentido, a professora da Universidade de São Paulo defende que não se trata de um poder regulamentar, mas de editar normas que se resumem a: “(a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar a ordem jurídica” (2003, P. 407).

Segundo esse entendimento, a competência das agências reguladoras se limitaria à expedição de atos normativos de caráter técnico, que tratam especificamente de aspectos da atividade sob sua regulação. Nesse caso, o poder regulador e o regulamentar não se misturam. As agências podem editar atos que objetivem fixar parâmetros para a o exercício da atividade econômica ou serviço explorado, dada sua especificidade e conhecimento técnico, mas jamais serão conferidos poderes para baixar normas complementares às leis em relação à totalidade de determinado setor. Esse poder estaria restrito ao Chefe do Executivo¹². (ALMEIDA; XAVIER, 2012).

¹¹ Salienta-se que, no presente trabalho, optou-se por utilizar ‘poder normativo e poder regulamentar como sinônimos.

¹² Além de Di Pietro, Marçal Justen Filho (2014) também coaduna com a visão restritiva da ação normativa da Administração e das Agências Reguladoras.

De forma também restritiva, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ defende a ideia de monista de que a administração deve ser mera executora das decisões tomadas pelo Poder Legislativo e compreende que a atividade normativa das agências reguladoras deve se submeter às previsões trazidas pela lei:

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamentos legais, jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade (2008, p. 173).

Em contrapartida, Carvalho Filho (2012) defende que as agências possuem, sim, poder normativo, sendo que a competência para a edição de regulamentos própria do Chefe do Poder Executivo se distribui entre os entes que formam a Administração Pública.

Com um viés mais amplo, Sérgio Guerra (2015) defende que, diante do processo evolutivo e das inovações tecnológicas, que afetam e alteram rotineiramente os setores regulados, o legislador se vê obrigado a ampliar as margens de discricionariedade do administrador, para atingir os fins regulatórios. De acordo com o referido autor, a tecnicidade do mundo pós-moderno impõe o deslocamento da competência sobre questões complexas do Poder Legislativo para o Poder Executivo, o que faz com que as operações que dependam de escolha de natureza técnica não fiquem inseridas nas matérias reservadas exclusivamente à lei. Em suas palavras:

(...) haja vista que (i) a “vontade geral” não está na técnica (meio) e, sim, no resultado almejado (fim); (ii) o legislador não tem como exaurir o âmbito dessas questões, de grande complexidade tecnológica, e até mesmo econômicas, a serem reguladas paulatinamente em cada subsistema de acordo com o caso concreto.

A realidade econômica e tecnológica não pode ser explicitada completamente em normas; dependem, basicamente, da realidade social e econômica do momento (GUERRA, 2015, p. 38).

¹³ De acordo com SUNDFELD (2014, p. 232/-233) Bandeira de Mello insere-se em uma tradição de reduzir enfaticamente o papel do Executivo, que, entre os administrativistas brasileiros, provavelmente nasceu em 1866 na boca de Antônio Joaquim Ribas: “o legislador é a inteligência que formula a regra; a Administração é a força mecânica que a executa” – de modo que ao administrador caberia apenas aplicar sistematicamente as hipóteses variáveis da vida prática, o pensamento da lei, esclarecendo e completando a palavra de que ela se serve, e decretando as medidas secundárias de mera execução. Nesse sentido, para Celso Antônio Bandeira de Mello (apud SUNDFELD, 2014), administrar é o mesmo que executar a vontade do legislador, trata-se de uma visão monista do direito administrativo que vincula a Administração ao Parlamento, muito forte no Brasil em virtude da necessidade de limitação da discricionariedade administrativa durante o período militar vivenciado.

Na linha de entendimento desenvolvida por Guerra (2015), as leis de criação das agências reguladoras transferem a competência de normatizar questões de ordem técnica, o que se justifica diante da especificidade e especialidade das atividades sujeitas à regulação estatal e da capacitação técnica dos órgãos reguladores¹⁴.

No mesmo sentido, Aragão (2015, p. 116) compreende que:

No que diz respeito exclusivamente ao desenvolvimento das atividades administrativas, também não demorou para ser constatada a impossibilidade da lei estabelecer prévia e exaustivamente todos os atos que o administrador deveria, de forma autômata, praticar para proteger o interesse público. Impôs-se ao legislador que, na impraticabilidade de prever todas as situações que demandariam a atuação do Poder Público, concedesse à Administração certa liberdade para determinar o conteúdo dos seus preceitos. As leis passaram então a ser mais gerais e menos determinadas. Essa técnica legislativa recebeu o nome de discricionariedade.

Sobre esse ponto, Alexandre Santos de Aragão (2013) leciona no mesmo sentido e acrescenta que as leis de criação das agências reguladoras possuem baixa densidade normativa para propiciar o desenvolvimento de normas setoriais:

As leis atributivas de poder normativo às agências reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou em menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida

¹⁴ Em seus trabalhos BRODBEKIER (2003) e DUTRA (2000) refutam esse entendimento, veja-se:

Perceba-se como este ato da agência subverte uma de suas principais missões, a proteção ao consumidor. O que se pretende mostrar é que a ampla especialidade e absoluta neutralidade, justificativas encontradas pelos autores pátrios, repetindo a doutrina americana, para conferir legitimidade para outorga dos mais variados e amplos poderes às agências, não são realidades.

Frise-se que não pretendemos amaldiçoar as agências. A atividade de regulamentação exercida de forma especializada, através da discricionariedade técnica, tal como concebida por Diogo de Figueiredo, é, sem sombra de dúvida, uma excelente aprimoramento da atividade regulatória do Estado. Porém, o que se põe em questão é a razoabilidade do sacrifício de uma garantia tão cara aos cidadãos, o princípio da legalidade, sob estes argumentos. (BRODBEKIER, 2003, p. 176).

4. A ação dos órgãos administrativos, das novas agências reguladoras com que se pretende renovar a guarda do interesse público na ordem econômica e social do país, só pode ser promovida, até às suas menores ações, observados os termos da Lei. O poder regulamentar a eles atribuídos, e que exercem com notável volúpia em forma de resoluções, regimentos, instruções, portarias, etc, deve igualmente guardar estritamente os limites da Lei que referem. Não podem tais órgãos, com as normas regulamentares que expeçam, alterar, sob qualquer forma ou em qualquer medida, a Lei, acrescê-la, suprimi-la ou aditá-la, desatender à sua finalidade, alterar suas definições, conceitos ou noções, ou ainda interpretar-lhe as regras, ou, ainda, versar-lhe matéria distinta. O propósito das normas regulamentares é desdobrar, para a explicitar, a Lei, visando especializar a sua aplicação a situações, cuja particularidade escape à norma legal; não é a norma regulamentar meio de adaptação da norma legal a uma dada situação fáctica, senão o contrário, a identificação desta situação fáctica ao comando jurídico já definido, com maior generalidade, na Lei. (DUTRA, 2003, p. 255)

do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados, (2013, p. 439).

Assim, em acréscimo à baixa densidade normativa e uma certa flexibilidade para negociar com os atores envolvidos no setor regulado, Aragão (2013) também aponta que o legislador se limita a fixar princípios e indicar valores a serem perseguidos pelo órgão regulador. Sob esse ponto de vista, a legislação apenas estabelece parâmetros gerais, para que venham a ser futuramente regulamentados pelo órgão regulador independente.

Esse poder normativo é de extrema importância para a regulação da atividade. Conforme apontado, as agências possuem precisão técnica no que toca às atividades desempenhadas no setor econômico que regulam. Essa especialização dos órgãos reguladores resulta das diretrizes estabelecidas em sua lei de criação ou normas de regência.

De acordo com Pereira Neto, Lancieri e Adami (2014), essa atribuição, de um lado, relaciona-se com o conceito de discricionariedade técnica e abre espaço para uma atuação dinâmica da Administração Pública na busca dos fins sociais. De outro, porém, gera preocupações quanto à legalidade e os limites no exercício dessa competência normativa.

Nesse ponto, Carlos Ari Sundfeld (2014) defende que há compatibilidade da ação normativa da administração com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Aduz o autor que atualmente o direito administrativo não se resume exclusivamente à observância da Lei em sentido estrito, mas também a outras fontes jurídicas extralegis como: (i) normas sistematizadas pela doutrina; (ii) normas que decorrem diretamente da Constituição; (iii) normas emanadas da jurisdição constitucional; (iv) normas não nacionais de tratados internacionais e etc. e que, portanto, a ação normativa exercida pela administração, no caso pelo órgão regulador, nunca será livre ou isenta de condicionamentos jurídicos significativos¹⁵. Ademais, Sundfeld aponta que:

Decerto que, se a Administração cria novas normas, não é o legislador quem as faz. **Mas isso não significa que o legislador não imponha inúmeros e importantes condicionamentos a essa ação normativa. Ele o faz, sim, por meio de normas substantivas, que orientam em algum grau o sentido e o conteúdo das ulteriores normas administrativas, sem fechá-las totalmente de antemão;** de normas de organização, que cuidam da construção institucional dos organismos administrativos com competência normativa; e de normas processuais, que disciplinam o modo de produção dessas normas,

¹⁵ Nesse mesmo sentido, Aragão (2015, p. 116) explica que: (...) o objetivo almejado pelo liberalismo do século XVIII, do absoluto império da lei, nunca foi atingido. Logo foi verificada a incompletude das leis, o que exigiu, tanto no Direito privado, como no público, uma progressiva construção jurisprudencial, criadora até mesmo de novos institutos jurídicos (teoria da imprevisão, vedação do enriquecimento sem causa, responsabilidade civil do Estado, abuso de direito, desvio de finalidade etc.).

exigindo estudos prévios de impacto e viabilizando a participação e o controle de interessados e de outros agente estatais, por meio de consultas e audiências públicas. (*Grifou-se*) (SUNDFELD, 2014, p. 246-247).

Ou seja, para Sundfeld (2014), a legislação deve definir os parâmetros mínimos e balizamentos para a edição dos atos normativos. Mas mesmo que a lei não defina, o atual sistema jurídico já possui importantes condicionamentos à ação normativa da administração.

Ainda quanto aos parâmetros, Alexandre Santos de Aragão (2013) aponta que a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos – às vezes até mesmo de modo implícito – não o isenta de estabelecer parâmetros suficientes o bastante para aferição quanto à legalidade e/ou à constitucionalidade dos regulamentos expedidos. Ou seja, ainda que o regramento não seja descritivo, ele precisa delimitar claramente o seu alcance. Esses balizamentos, parâmetros ou *standards* são vitais para que seja possível o controle social sobre os atos normativos da Administração Pública, inerente ao Estado Democrático de Direito (ARAGÃO, 2013).

Cumpra apontar que esse fenômeno de transferência de competência normativa sobre matéria especializada vem sendo tratado pela doutrina como deslegalização¹⁶ ou deleigificação. Barroso (2003) conceitua deslegalização como “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências” (2003, p. 189). Entretanto, Barroso (2003) também ressalva que o poder normativo das agências deve ser observado sem deixar de lado o princípio da legalidade. Para tanto, em sede doutrinária, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal realiza uma distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei:

Com efeito, o crescimento do papel do Executivo, alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados, acabou por exigir uma nova leitura do princípio, e nessa linha é que se admite hoje a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei, de um lado, e, de outro, entre reserva de lei formal ou material. Fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção. (BARROSO, 2003, p. 187).

¹⁶ Sundfeld (2014) defende que não está ocorrendo uma deslegalização, mas um aprofundamento da ação normativa do Estado em decorrência da ampliação das competências normativas dos órgãos administrativos. Especialmente, com o advento e crescimento do número de agências reguladoras, a definição de suas competências por lei foi uma consequência direta. Assim, os problemas do exercício das competências passou a ser discutido de forma mais explícita. Contudo, salienta-se que esse incremento tem ocorrido por atribuição expressa do Legislativo, através das Leis de criação das Agências.

Portanto, para Barroso (2003), a atuação normativa das agência reguladoras estaria restrita aos casos de reserva relativa da lei, onde há espaço para a discricionariedade.

Importante apontar que de acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (apud SUNDFELD, 2003, p. 28) legislar significa “inovar originalmente na ordem jurídica”. Somente um ato que é produzido no exercício de uma função legislativa pode inovar originalmente na ordem jurídica, isto é criar direitos e deveres. Por conseguinte, um regulamento estaria se apropriando de uma função legislativa, caso inovasse na ordem jurídica. Nesse caso, ocorreria uma delegação, que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 5º, II, da Constituição Federal. Porém, só ocorre efetivamente a delegação quando se faculta ao regulamento a normatização de algo que não se pode deduzir da lei regulamentada, que não está dentro das balizas definidas pela Lei (SUNDFELD, 2003).

Nesse sentido, Carvalho Filho (2007) compreende que as normas editadas pelas agências não inovam no ordenamento e de forma alguma usurpam a competência própria do Poder Legislativo. Para Carvalho Filho não se trata de uma transferência de competência, mas do exercício da função administrativa inerente aos entes reguladores:

Trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidade especiais – fato que os especialistas têm denominado de “delegalização”, com fundamento no direito francês (“*domaine de l’ordonnance*”, diverso do clássico “*domaine de la loi*”). Resulta, pois, que tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração, pois que poder normativo – já o acentuamos – não é poder de legislar: tanto pode existir este sem aquele, como aquele sem este. É nesse aspecto que deve centrar-se a análise do tema. (CARVALHO FILHO, 2007, p.8)

Porém, Sundfeld (2014) ensina que atualmente existem tipos diferentes de leis que consequentemente geram regulamentos com características diversas, sem que ocorra necessariamente uma delegação de competências. As leis que amplamente abordam determinados assuntos, são leis exaustivas e delas somente podem decorrer normas administrativas meramente executivas. Enquanto que as leis-quadro, fixam diretrizes e bases para uma regulação mais profunda, que autorizam a administração para dentro dessas balizas pré-definidas exercer sua competência normativa, através de normas administrativas autorizadas, que dentro dos limites fixados em lei, trazem inovações jurídicas.

Por fim, de acordo com Caio Tácito (apud ARAGÃO, 2013), mesmo nos países contrários à delegação entre os poderes, como no caso do Brasil, é constitucional a participação do Poder Executivo na criação de normas, tendo em vista a competência normativa do Chefe do Poder Executivo já exposta. Contudo, importante aferir que regulamentar não é somente reproduzir de forma analítica a lei, regulamentar é ampliá-la, completá-la nos aspectos em que a lei expressa ou implicitamente outorga e nesse caso o poder normativo concedido às agências reguladoras se equivale ao do Chefe do Poder Executivo.

Assim, aqueles que defendem que a atuação da administração pública não é restrita a mera aplicação das Leis editadas pelo Poder Legislativo e que há um certo grau de discricionariedade para a normatização, sem ferir o princípio da reserva legal, compreendem que a competência normativa conferida às agências reguladoras decorre de suas leis instituidoras, que determinam por meio de balizas e parâmetros como deverá ser a regulação de determinado setor da economia, especialmente seus aspectos técnicos, devendo ser observada a política pública adotada pelo Estado regulador. O presente trabalho se alinha com esse entendimento.

De todo modo, é possível observar uma constante no que tange à competência das agências reguladoras para tratar e normatizar (ou regulamentar) os assuntos específicos atinentes à atividade regulada. Com maior ou menor amplitude normativa, em virtude de sua especialidade e capacidade técnica, as diferentes correntes entendem que os órgão reguladores estão aptos a produzir normas infralegais relativas ao setor regulado. Tal situação vem sendo descrita pela doutrina conforme a Constituição, que não fere o princípio da reserva legal, tratando-se da edição de normas que melhor se adequam ao fim social almejado pelo Estado Regulador¹⁷.

4. A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

Assentadas as particularidades da competência normativa das agências reguladoras, passa-se a analisar especificamente a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criada pela Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001 e regulamentada pelo Decreto nº 4.122 de 13 de fevereiro de 2002. Instituída sob regime de autarquia especial, com independência

¹⁷ Como apontado por Brodbekier (2003) o fim da administração pública é a própria sociedade e o Estado. Vide trecho a seguir: Isso se explica pelo fato de as autoridades administrativas não realizarem fins próprios, mas sim da sociedade e do Estado. O administrador público exerce função pública, ou seja, está investido de poderes para atender a interesses de outrem. Assim os ditos poderes, os quais lhe são outorgados, são meramente instrumentais, necessários à consecução dos fins aos quais está encarregado de atender. (BRODBEKIER, 2003, p. 143)

administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo dos seus dirigentes, a ANTAQ é o órgão regulador da atividade portuária e dos transportes aquaviários no Brasil. Atualmente, está vinculada ao Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil.¹⁸

De acordo com Marques Neto e Fernandes (2011), a ANTAQ foi constituída sob um regime jurídico que lhe outorga ampla autonomia e independência, seja ela financeira quanto funcional. A Agência é dirigida por três diretores, pelo mandato de quatro anos, sendo possível uma única recondução. Dentre os três dirigentes que formam a Diretoria Colegiada, um deles é nomeado Diretor-Geral pelo Presidente da República. A autonomia da agência resta resguardada na previsão de que o Diretor somente perde o mandato mediante renúncia, condenação judicial transitada em julgado, decisão definitiva em processo disciplinar e descumprimento manifesto de suas atribuições demonstrada em um processo administrativo.

Nos termos do art. 20 da Lei nº 10.233/2001, a agência foi criada com o objetivo de regular e supervisionar as atividades de prestação de serviços exercidas por terceiros de exploração da infraestrutura aquaviária, garantindo que os serviços sejam prestados com qualidade, modicidade de tarifas e em harmonia com os variados interesses envolvidos no setor, seja arbitrando conflitos, seja impedindo a competição imperfeita ou infração à ordem econômica. Nesse mesmo sentido, o art. 28, I, da mencionada lei preceitua que a agência deverá garantir que:

(...) a exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas (BRASIL, 2001).

Por sua vez, o art. 23 da Lei nº 10.233/2001 fixa a esfera de atuação da ANTAQ como:

I – a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso;
II - os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas;
(Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

¹⁸ Quando ANTAQ foi criada pela Lei 10.233, ela era vinculada ao Ministério dos Transportes. Com o advento da Medida Provisória nº 369 de maio de 2007, convertida na Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007, criou-se a Secretaria de Portos da Presidência da República com a competência de tratar dos portos marítimos, exercida pelo Ministério dos Transportes. A SEP detinha como área de atuação a formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura dos portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres. Com o advento da Medida Provisória nº 726 de 12 de Maio de 2016, convertida na Lei nº 13.341 de 29 de setembro de 2016, que extinguiu a Secretaria de Portos, o Poder Concedente passou a ser atualmente exercido pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

III - as instalações portuárias de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória no 595, de 6 de dezembro de 2012; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

IV – o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas.

V - a exploração da infra-estrutura aquaviária federal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001) (BRASIL, 2001)

Ademais, diante de seu dever de impedir a competição imperfeita e a infração à ordem econômica, o art. 31 da Lei nº 10.233 determina ainda que a ANTAQ, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração à ordem econômica, tem a incumbência de comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.

No que diz respeito aos recursos que sustentam seu funcionamento, a ANTAQ possui como fonte de receitas o setor por ela regulado. De acordo com o art. 77 da Lei 10.233/2013, os recursos são provenientes dos instrumentos de outorga e arrendamentos, produtos das fiscalizações da prestação de serviços e de exploração da infraestrutura atribuídas e produtos das arrecadações decorrentes da cobrança de penalidades pecuniárias (MARQUES NETO; FERNANDES, 2011).

As atribuições da ANTAQ incidem tanto sobre o serviço público, quanto sobre atividades econômicas privadas, tendo em vista que é responsável pela análise e fiscalização dos instrumentos de outorga de autorização, assim como de elaboração dos editais de licitação e fiscalização das atividades exercidas pelas autoridades portuárias (ARAGÃO, 2013). Seu amplo escopo de atuação é definido no rol do art. 27 da Lei nº 10.233/2001, destacando-se as seguintes atividades:

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

(...)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.

(...)

XIV - estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários, nos termos da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória no 595, de 6 de dezembro de 2012; (Redação dada pela Lei no 12.815, de 2013) (BRASIL, 2001) (Grifos nossos).

Cumpra-se apontar que a Medida Provisória 595, de 6 de dezembro 2012, convertida pelo Congresso Nacional na Nova Lei dos Portos nº 12.815, de 5 de junho de 2013, trouxe mudanças significativas para o setor portuário. Sucintamente, a Lei 12.815/2013 alterou: (i) a forma de exploração das instalações portuárias, introduzindo o Terminal de Uso Privado, em substituição ao Terminal de Uso Privativo; (ii) o conceito de poligonal do Porto Organizado; e (iii) no que interessa ao presente trabalho, alterou as competências dos entes envolvidos na atividade, dentre eles a ANTAQ (HEEREN, 2015).

No regime jurídico preceituado pela Lei nº 8.630/1993, a regulamentação era compartilhada entre os entes e havia uma certa independência das autoridades portuárias no que toca à exploração da infraestrutura dos Portos Organizados. Eram as autoridades portuárias que definiam a necessidade de licitar determinadas áreas e, com a aprovação dos órgãos competentes, realizavam o procedimento licitatório e fiscalizavam o cumprimento dos contratos. Nos contratos de arrendamento anteriores à Lei nº 12.815/2013, a ANTAQ figurava como interveniente e a administração portuária como titular do contrato. Com a promulgação do novo marco regulatório ocorreu uma concentração tanto do poder decisório, quanto do dever procedimental no poder central – ANTAQ e SEP –, e a agência passou a acumular a competência de realizar a licitação e fiscalizar os arrendamentos portuários, com as competências pré-existentes de realizar as licitações para a concessão dos Portos Organizados e conceder as autorizações para a construção e exploração de instalações portuárias privadas (HEEREN, 2015)¹⁹.

Por outro lado, com as alterações trazidas pela Lei nº 12.815, a ANTAQ deixou de ser competente para efetivamente celebrar os contratos concessão, arrendamento e adesão, já que

¹⁹ Ainda que não seja o objeto do presente trabalho, é importante sucintamente esclarecer que hoje no Brasil existem dois regimes diferentes de exploração portuária. Um público e um privado. O privado se dá através das outorgas de autorização, definida pela Lei nº 12.815 como: “outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão”; qualquer interessado poderá requer ao Poder Concedente autorização para construção e exploração de uma instalação portuária localizada em área de sua titularidade, fora da área do Porto Organizado, com investimentos por sua conta e risco. Podem ser autorizados: Terminais de Uso Privado, Estações de Transbordo de Cargas, Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte e Instalação Portuária de Turismo. O regime público por sua vez se dá relativamente à exploração de área localizadas do ou inseridas no Porto Organizado. As modalidades definidas em lei são: Concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado, nesse caso é concedida a infraestrutura e a administração de um determinado porto; Delegação: transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996; semelhante à concessão, porém com o objetivo de transferir o porto para um ente federado; e Arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado, tratado no presente trabalho.

essa competência foi transferida à época para SEP²⁰. Todavia, com a recente extinção desse órgão, tal competência passou hoje a ser exercida pelo Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil (MTPA), nos termos da Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016.

Além das alterações nas competências, a Lei 12.815 ainda trouxe um importante esclarecimento ao art. 27 da Lei 10.233/1993, qual seja: previu em seu art. 7º que a “Antaq poderá disciplinar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou exploradas pela concessionária, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato”.

Assim, especialmente no que toca ao objeto do presente trabalho, verifica-se que, entre as competências normativas atribuídas à ANTAQ, está incluída a regulamentação relativa à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, editando normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, arrendatários e autorizatários. Independentemente da vertente doutrinária adotada, portanto, a ANTAQ detém poder normativo/regulamentar para editar normas infralegais que regulam o setor portuário. Em especial, visto que expressamente previsto na Lei nº 12.815, a ANTAQ detém a competência para regulamentar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias.

Ademais, a edição de resoluções para cumprir seus objetivos é indispensável à consecução da atividade regulatória da agência. Nesse sentido, Carvalho Filho aponta:

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização (CARVALHO FILHO, 2012, p. 435).

Inclusive, a competência da ANTAQ para a elaboração de normas reguladoras já foi reconhecida pela jurisprudência pátria. A ementa de julgamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região demonstra tal posicionamento:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANTAQ. **COMPETÊNCIA PARA ELABORAR NORMAS REGULADORAS.** RESOLUÇÃO 52-ANTAQ. **LEGALIDADE.** AUTORIZAÇÃO NEGADA POR FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. INEXISTENCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

²⁰ Conforme explicitado, com a extinção da SEP, o Poder Concedente é atualmente exercido pelo Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil (MTPA).

1. A partir da Lei 10.233, de 05.06.2001, o setor de transportes aquaviários passou a ser controlado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, a quem incumbe, entre outras atribuições, elaboração e edição de normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, nos termos do artigo 27, IV, da referida Lei.
2. A Resolução 52 ANTAQ foi expedida com base no poder regulamentar conferido pela Lei 10.233/2001 e nela embasado, o que a torna legítima, não se verificando a alegada inovação, já que apenas estabelece os requisitos para obtenção de autorização para operar como empresa brasileira de navegação, o que lhe foi devidamente outorgado pelo legislador ordinário.
3. É legal a negativa de concessão de autorização de afretamento por falta de preenchimento dos requisitos estabelecidos na Resolução 52 da ANTAQ.
4. Não há que se falar em direito adquirido, tendo o STJ decidido que, com a criação da ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários 'ficaram as empresas de navegação de cabotagem obrigadas a submeterem-se às exigências da nova legislação, não sendo possível falar em direito à manutenção do status quo ante.' (STJ, REsp 543688)
5. Nega-se provimento ao recurso de apelação. (AMS 200434000213398, JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, TRF1 - 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA: 23/05/2012 PÁGINA: 308, grifou-se).

Outrossim, na edição dos normativos, a ANTAQ se sujeita à obrigação de realizar audiências públicas prévias às iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para a resolução de pendências que afetam os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte, conforme preceitua o art. 68 da Lei nº 10.233/2001. Ou seja, na edição dos atos normativos, há espaço para participação dos regulados no processo normativo.

De acordo com Marques Neto e Fernandes (2011), aliás, tal obrigação de transparência constitui-se em uma das garantias essenciais ao administrado, a fim de que bem sejam exercidas as competências outorgadas aos órgãos reguladores. A publicidade dos atos e a participação da população por meio da audiência pública suprem a alegada deficiência de representatividade democrática das agências. Além disso, ao tornarem público os seus atos, as agências ficam sob vigilância e tendem a se manter neutras também em relação aos regulados, evitando a captura²¹.

Importante salientar que, desde a sua criação, a ANTAQ tem como prerrogativa a regulação técnica, ligada aos padrões comportamentais dos agentes quanto à regularidade, à continuidade e à segurança da atividade e da infraestrutura portuária. Certamente, ela obteve

²¹ A captura ocorre quando se verifica que determinados atos da agência reguladora se dão com o propósito de atender a interesses específicos de determinados grupos, em detrimento do interesse público que justificou a sua criação. De acordo com Nusdeo (1995), há uma tendência de identificação entre reguladores e regulados, tendo em vista a proximidade dos interesses, sendo a a captura um risco comum na atividade exercida pelas agências reguladoras.

sucesso nesse foco e vem sendo reconhecida pelo setor pela sua atuação relevante para alcançar esses propósitos.

Nesse contexto, exercendo seu poder normativo, a ANTAQ editou a Resolução nº 2.240, que estabeleceu regras específicas para a exploração de áreas dos Portos Organizados que se encontram sob a gestão das administrações portuárias, incluindo a exploração mediante o Contrato de Uso Temporário.

5. O SURGIMENTO DO CONTRATO DE USO TEMPORÁRIO

Antes de tratar do instrumento contratual propriamente dito, avaliar o contexto em que foi criada a figura do Contrato de Uso Temporário é relevante para a compreensão do assunto abordado neste artigo. Em 25 de fevereiro de 1993, foi publicada a Lei nº 8.630²², conhecida como Lei dos Portos ou Lei de Modernização dos Portos, que dispôs à época sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e teve por finalidade principal modernizar a atividade portuária no país e transferir a operação portuária, antes exercida exclusivamente pelas administrações portuárias, para a iniciativa privada (BESERRA, 2005).

No que toca à exploração das áreas do Porto Organizado, o art. 4º da Lei nº 8.630/1993 passou a exigir a realização de prévia licitação para fins de cessão de exploração de área dentro dos portos organizados. Dita previsão contempla a realização de certame licitatório para o arrendamento portuário, modalidade contratual existente desde a edição do Decreto-Lei nº 5/1966, que possibilita a exploração da infraestrutura portuária na área do Porto Organizado.

Em voto proferido no Acórdão nº 2.896/2009-TCU-Plenário, o Ministro Relator Walton Alencar esclarece a figura do arrendamento, deixando clara a relação existente entre exploração de bem público por particular, que, em contrapartida, nele realiza investimentos:

Como mencionado anteriormente (parágrafo 18), o arrendamento portuário é a modalidade de desestatização prevista na Lei nº 8.630/1993 para viabilizar a operação portuária pela iniciativa privada. Não obstante todas as demais inovações trazidas pela Lei dos Portos, o setor já se utilizava do arrendamento de áreas e instalações desde a edição do Decreto-Lei nº 5/1966. Essa figura jurídica sempre esteve associada à exploração de bem público pelo particular que, em contrapartida, realiza investimentos. Dessa forma, como a prestação de serviço público está condicionada à transferência do bem público para o particular, não há como dissociar todo esse processo do preceito de prévia licitação, estabelecido no art. 4º, I, da Lei nº 8.630/199 (BRASIL, 2009).

²² Revogada pela Nova Lei dos Portos nº 12.815 de 5 de junho de 2013.

Ocorre que o arrendamento portuário previsto em lei era insuficiente para atender a todos os objetivos e finalidades existentes para a ocupação das áreas portuárias.

Importante frisar que o art. 4º da Lei 8.630/1993 se referia à exploração exclusiva da infraestrutura das instalações portuárias, mas não dos serviços portuários operacionais, mesmo porque tal diploma legal transferiu os serviços portuários de movimentação e guarda de mercadorias nos portos organizados aos operadores portuários privados, que somente se habilitavam para realizar uma atividade que é econômica²³. Portanto, o arrendamento portuário não concedia à iniciativa privada um serviço público, transferia a exploração do bem público, com a infraestrutura existente no Porto Organizado e atividade à ela inerente (BESERRA, 2012).

O contrato operacional tinha por objeto permitir o exercício de determinadas operações portuárias, constituindo uma modalidade contratual específica, com objetivo próprio, diferenciando-se assim do contrato de arrendamento. Assim, o contrato operacional regia o exercício dos serviços portuários realizados por operadores que não possuíam arrendamento portuário, que necessitavam de instalações portuárias terrestres não exclusivas, para a armazenagem das cargas movimentadas por eles. Beserra aponta que:

Evidentemente, durante as operações de armazenagem, o período de depósito da carga atribui uma aparência de exclusividade, em face da permanência das mercadorias na praça de estocagem. Assim são todos os serviços de armazenagem, sem exceção. Nada a estranhar.

Os serviços portuários de movimentação e guarda de mercadorias nos portos organizados foram transferidos aos operadores portuários, os quais, desde as entidades estivadoras, estão protegidos para poderem oferecer armazenagem para as cargas que movimentam.

Caso contrário, sem área de estocagem, estariam eles [operadores portuários] excluídos das operações portuárias por não terem onde depositar a carga. Por esse motivo, sempre que uma lei era revogada, outra, sem solução de continuidade, mantinha ou restabelecia o contrato operacional (BESERRA, 2012, p. 107).

O contrato operacional sempre desfrutou de amparo legal decorrente do Decreto-Lei nº 1.016, de 21 de outubro de 1969, que, em seu art. 1º, inciso III, previa a assinatura de contrato operacional como uma das modalidades de requisição de serviços portuários. Por sua vez, a própria Lei nº 8.630/1993, em seu art. 12, previa que os operadores portuários sem contrato de

²³ Para melhor compreensão do assunto, transcreve-se o conceito de operador portuário trazido pela Lei 12.815/2013 em seu art. 2º, XIII - operador portuário: pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado.

arrendamento também detinham o direito a utilizar as instalações portuárias, inclusive recebendo o alfundegamento²⁴ direto da autoridade aduaneira (BESERRA, 2012).

Em auditoria realizada com a finalidade de analisar as condições para a modernização e expansão da infraestrutura portuária, ao observar os contratos operacionais à luz da Lei nº 8.630/1993, o Tribunal de Contas da União (TCU) concluiu que a previsão legal que subsidiava o contrato operacional havia sido revogada. A seguir transcreve-se o entendimento do TCU:

21. O art. 28 do Decreto-Lei nº 5/1966 previa, ainda, que a movimentação de mercadorias e a armazenagem das mesmas, dentro dos limites do porto, poderiam ser feitas por ‘terceiros’ desde que observados os princípios definidos no parágrafo único. Merece destaque a exigência de que fosse firmado contrato para a utilização, total ou parcial, de instalações portuárias. Esse contrato poderia ser a prazo ou para operação de carga e descarga de navio. Depreende-se ser essa a origem dos contratos operacionais utilizados, ainda hoje, pelas autoridades portuárias para abreviar a contratação de operadores portuários.

22. É importante frisar, contudo, que essa previsão foi revogada quando da edição da Lei dos Portos. A partir da definição contida no parágrafo 18, constata-se que somente o arrendamento é aplicável à exploração das áreas e instalações portuárias, de propriedade da União e localizadas nos limites do porto organizado (BRASIL, 2009).

Contudo, o TCU reconheceu as dificuldades sofridas pelas autoridades portuárias para desenvolver os processos de arrendamento e, quando efetivados, para gerenciá-los durante a vigência do contrato. Também reconheceu a morosidade do processo licitatório frente ao dinamismo inerente ao setor portuário. Nesse sentido, pontuou o TCU que, a depender do tipo de carga movimentada, principalmente em se tratando de cargas com mercado ainda não consolidado no Porto, os procedimentos previstos para repasse da operação ao particular se mostraram de difícil implementação, principalmente em virtude da necessidade de elaboração dos estudos de viabilidade, ao processo de licitação, ao contrato de arrendamento e às alterações contratuais (BRASIL, 2009²⁵).

²⁴ De acordo com o Art. 2º da Portaria RFB Nº 3518, de 30 de setembro de 2011: Entende-se por alfundegamento a autorização, por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), para estacionamento ou trânsito de veículos procedentes do exterior ou a ele destinados, embarque, desembarque ou trânsito de viajantes procedentes do exterior ou a ele destinados, movimentação, armazenagem e submissão a despacho aduaneiro de mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial, bens de viajantes procedentes do exterior, ou a ele destinados e remessas postais internacionais, nos locais e recintos onde tais atividades ocorram sob controle aduaneiro.

²⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão Nº 2.896/2009. Relator: RODRIGUES, Walton Alencar. Sessão de 2 de dez de 2009. Ata nº 51/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 02 de jan de 2017.

Para a operacionalização de cargas em consolidação, resultantes de novos negócios e/ou de negócios passageiros, o tempo despendido durante o procedimento licitatório para arrendamento de área é incompatível com a dinâmica e as incertezas inerentes a esse tipo de operação. Por essa razão, o TCU recomendou à ANTAQ e à Secretaria Especial de Portos para, no âmbito de suas competências, avaliar a pertinência de desenvolver novas metodologias e procedimentos para viabilizar a operacionalização das cargas em consolidação, resultantes de novo negócio e demandas temporárias no âmbito dos portos marítimos (BRASIL, 2009²⁶).

Nesse sentido, a Resolução 2.240 – ANTAQ foi normatizada, com a finalidade de aperfeiçoar os espaços ociosos dos portos brasileiros por meio da regulação da exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados. Tratava-se de uma resposta da agência reguladora para regularizar tal exploração e dar mais dinamismo à gestão das administrações portuárias e preencher um espaço normativo deixado pela Lei dos Portos nº 8.630/2013.

6. A VALIDADE DO CONTRATO DE USO TEMPORÁRIO

A Resolução nº 2.240 – ANTAQ, de 4 de outubro de 2011, teve por objetivo:

disciplinar e regular a exploração de áreas e instalações portuárias operacionais e não operacionais integrantes da poligonal do porto organizado e sob gestão das Administrações dos Portos Organizados, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, do Decreto nº 4.391, de 26 de setembro de 2002, e do Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008.(art. 1º da Resolução nº 2.240 – ANTAQ)

Dentre os instrumentos normatizados pela Resolução nº 2.240 – ANTAQ²⁷, está o Contrato de Uso Temporário (CUT), criado pela ANTAQ com a finalidade de fomentar a

²⁶ Nesse sentido, transcreve-se trecho do acórdão mencionado: 107. Não obstante a agilidade trazida pela inversão das fases ao processo licitatório, permanece latente a necessidade trazida pelas autoridades portuárias de procedimentos que viabilizem a operacionalização de cargas em consolidação, resultantes de novo negócio e demandas temporárias. Segundo arguem, o tempo despendido durante o procedimento licitatório para arrendamento de área é incompatível com a dinâmica e as incertezas inerentes à operação de tais cargas. Por essa razão, deve-se recomendar à Antaq e à SEP que, no âmbito de suas competências, avaliem a pertinência de desenvolver novas metodologias e procedimentos para viabilizar a operacionalização das cargas em consolidação, resultantes de novo negócio e demandas temporárias no âmbito dos portos marítimos. BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão Nº 2.896/2009. Relator: RODRIGUES, Walton Alencar. Sessão de 2 de dez de 2009. Ata nº 51/2009. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHigh Light](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight)> . Acesso em 02 de jan de 2017.

²⁷ Além de normatizar o Contrato de Uso Temporário e regulamentar o Contrato de Arrendamento, a Resolução 2.240 – ANTAQ também tratou dos seguintes instrumentos: passagem, cessão de uso não onerosa, cessão de uso onerosa e autorização de uso. De acordo com Beserra (2012, p. 111) os instrumentos podem ser descritos da seguinte forma: **Contrato de cessão de uso onerosa**, mediante prévio procedimento licitatório, visando à execução

utilização de área ociosas, atrair cargas com mercado não consolidado²⁸ e possibilitar o apoio temporário para atividades *offshore* no Porto Público.

Beserra (2012) aponta que o Contrato de Uso Temporário cobre praticamente todas as necessidades operacionais dos usuários do porto, ajustando formalmente a utilização de facilidades portuárias que dispensem certame licitatório, muito se assemelhando ao antigo contrato operacional.

O referido instrumento possibilita a exploração, em caráter excepcional, sem exclusividade, de uma determinada área portuária, inserida na área da poligonal de um Porto Organizado²⁹, por um prazo de até trinta e seis meses, quando se tratar de cargas novas, ou até sessenta meses, quando se tratar de atividade de apoio *offshore*, mediante o pagamento das tarifas portuárias pertinentes, inclusive aquela relativa à área disponibilizada.

Conforme anteriormente abordado, a Resolução nº 2.240 - ANTAQ, de 04 de outubro de 2011, foi editada para preencher uma necessidade do setor deixada pelos contratos operacionais que, com o advento da Lei nº 8.630/1993, foram considerados ilegais pelo TCU. Além da complexidade inerente à sua formalização, o objetivo do contrato de arrendamento não se adequava integralmente à determinadas demandas existentes nos Porto Organizados. Assim, a normativa trazida pela Resolução nº 2.240 – ANTAQ preencheu esse espaço e possibilitou a exploração de áreas e instalações portuárias mediante outros instrumentos, sendo esse o caso do Contrato de Uso Temporário.

O normativo previsto pela Resolução nº 2.240 – ANTAQ, de 4 de outubro de 2011, ainda assim, teve que ser atualizado em virtude das alterações na legislação de regência do setor portuário. A Lei nº 12.815/2013 e seu Decreto regulamentador nº 8.033/2013 estabeleceram o novo marco regulatório para o setor portuário. Da mesma forma que a Lei nº 8.630/1993 e seu Decreto nº 6.620, os novos diplomas legais previram que a exploração de áreas e instalações

de empreendimento de cunho econômico e que tenha por finalidade apoiar e prestar serviços de interesse aos agentes e usuários que atuam no Porto; **Contrato de cessão de uso não onerosa:** a entidades da Administração Pública e seus órgãos, com vistas ao exercício de suas competências vinculadas às atividades portuárias; **Contrato de passagem:** visando ao transporte interno sobre área de uso comum ou área já ocupada por terceiros, pactuada mediante instrumento contratual oneroso junto ao interessado que desenvolva atividades de movimentação e armazenagem de cargas destinadas ou provenientes de transporte aquaviário; **Autorização de uso:** visando à utilização, a título precário, de áreas portuárias sob gestão da Administração do Porto, localizadas dentro da poligonal do Porto Organizado, visando à realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional.

²⁸ O art. 2º da Resolução Normativa nº 7 - ANTAQ, de 30 de maio de 2016, conceitua Carga com Mercado não consolidado como: VIII - carga com mercado não consolidado: mercadoria não movimentada regularmente no porto nos últimos 5 (cinco) anos, tendo demandado, em média, menos de uma atracação mensal no mesmo período.

²⁹ Porto Organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição da Administração do Porto.

portuárias localizadas no porto organizado somente ocorreria mediante: (a) concessão e arrendamento, em áreas e instalações portuárias localizadas dentro do porto organizado; e (b) por meio de autorização, para instalações portuárias fora do porto organizado, sendo que não trataram dos instrumentos previstos na Resolução nº 2.240-ANTAQ.

Com o novo marco regulatório, então, verificou-se que a Resolução nº 2.240 - ANTAQ não se encontrava integralmente em harmonia com o que a Lei nº 12.815/2013 e o Decreto nº 8.033/2013 estabeleceram. Por exemplo, a celebração dos contratos de concessão e arrendamento no marco anterior era uma obrigação da autoridade portuária, assim como o de realizar o procedimento licitatório. A alteração legislativa concentrou tal atribuição nas mãos do Poder Concedente, exercido atualmente pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, e o procedimento licitatório, que anteriormente cabia à administração do porto, passou a ser uma atribuição da ANTAQ. Desta forma, fez-se necessário adequar a Resolução nº 2.240 - ANTAQ ao novo marco vigente.

Foi, assim, editada a Resolução Normativa nº 7 de 30 de maio de 2016, que possui o seguinte objeto:

Art. 1º Esta Norma tem por objeto disciplinar e regular a exploração de áreas e instalações portuárias delimitadas pela poligonal do porto organizado, nos termos da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, excetuadas aquelas nas modalidades de terminal de uso privado (TUP), estação de transbordo de cargas (ETC), instalação portuária pública de pequeno porte (IP4) e instalação portuária de turismo (IPTur).

No que tange ao uso temporário e ao objeto do presente trabalho, o art. 2º da Resolução Normativa nº 7 traz as seguintes definições:

VIII - carga com mercado não consolidado: mercadoria não movimentada regularmente no porto nos últimos 5 (cinco) anos, tendo demandado, em média, menos de uma atracação mensal no mesmo período;
(...)

XXVII - uso temporário: utilização de áreas e instalações portuárias operacionais sob gestão da administração portuária, contidas na poligonal do porto organizado, pelo interessado na movimentação e armazenagem de cargas com mercado não consolidado no porto, ou por detentor de contrato de prestação de serviços destinados às plataformas offshore, mediante o pagamento das tarifas portuárias pertinentes;

O Contrato de Uso Temporário é regulamentado do art. 25 ao art. 35 da referida Resolução Normativa nº 7 - ANTAQ. Como já previa a Resolução 2.240 – ANTAQ, a

administração do porto poderá pactuar com o interessado na movimentação e armazenagem de cargas com mercado não consolidado no porto, ou com o detentor de titularidade de contrato para atendimento de plataformas *offshore*, o uso temporário de áreas e instalações portuárias disponíveis, contidas na poligonal do porto organizado, mediante o pagamento das tarifas portuárias pertinentes, inclusive aquela relativa à área disponibilizada.

Também está previsto no art. 25, §2º, do referido diploma legal que, na hipótese de existir mais de um interessado na utilização de áreas e instalações portuárias e inexistindo disponibilidade física para alocá-los concomitantemente, a administração do porto deverá promover um processo de seleção simplificada, para que seja assegurada a isonomia e a impessoalidade na utilização das áreas e para que seja escolhido o projeto que melhor atenda o interesse público e do porto.

Neste ponto, importante observar que não se trata de um processo seletivo alternativo ao procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/1993. Trata-se de um instrumento contratual que prescinde de licitação, em virtude de sua natureza jurídica. Conforme abordado no item anterior, a morosidade do procedimento licitatório está entre os motivos pelos quais o contrato de arrendamento portuário é insuficiente para atender a todos os objetivos e finalidades existentes para a ocupação das áreas portuárias³⁰. Ademais, o instrumento trabalhado é precário e não assegura nenhum tipo de garantia ou contrapartida ao interessado pelos investimentos realizados. Entretanto, caso haja mais de um interessado em utilizar de forma temporária determinada área ociosa e a administração não possa alocá-los de forma concomitante, para que seja assegurada a isonomia e a impessoalidade, a norma prevê um processo de seleção simplificada.

O §1º do art. 25 do preceito normativo inovou em relação à resolução anterior, prevendo que a administração deverá previamente divulgar a relação de áreas e instalações portuárias ociosas, disponíveis para uso temporário, tanto o processo de seleção simplificada quanto a divulgação prévia das áreas ociosas tem por objeto garantir e respeitar a publicidade e impessoalidade nos atos das administrações portuárias. Ainda, a norma manteve no art. 26, a necessária submissão para a aprovação da ANTAQ do requerimento para a celebração do

³⁰ O foco do presente trabalho se restringiu à análise da competência normativa da agência e não objetivou abordar a fundo a natureza jurídica do contrato de uso temporário. Entretanto, considerando as características do instrumento observa-se que, em virtude de sua precariedade, de sua transitoriedade e do fato de que ele se limita a conceder a utilização de uma área e não o exercício ou exploração de uma atividade, considera-se que o contrato de uso temporário se assemelha a uma autorização de uso privativo de bem público, que de acordo com Di Pietro é precária, por que pode ser revogada a qualquer momento e discricionária, sua expedição é facultativa e depende de um juízo de conveniência e oportunidade. Além de prescindir de licitação. DI PIETRO apud MARRARA e FERRAZ (2014).

Contrato de Uso Temporário, que após a aprovação ou negativa da autoridade portuária, caberá à agência atestar o cumprimento dos requisitos e realizar o juízo de conveniência e oportunidade da contratação.

Quanto aos prazos, no art. 27, a norma preservou o prazo de até 18 (dezoito) meses, podendo ser prorrogado uma única vez, no máximo por igual período, para as cargas que não possuem mercado consolidado no Porto. Excepcionalmente, quando comprovada a celebração prévia de contrato de prestação de serviço para atendimento de plataforma *offshore*, que justifique a ocupação de áreas e instalações portuárias em prazo superior a 18 (dezoito) meses, a administração do porto poderá, observado o interesse público, celebrar Contrato de Uso Temporário com prazo de vigência máximo, improrrogável, de até 60 (sessenta) meses.

No que toca à utilização da área - ponto crucial nas discussões quanto à validade do Contrato de Uso Temporário - o art. 30 dispôs que a administração do porto designará, no âmbito do instrumento contratual de uso temporário, as áreas e instalações portuárias disponibilizadas ou passíveis de disponibilização ao contratado. Ademais, o parágrafo único do referido artigo prevê que a administração do porto poderá, a qualquer tempo e no interesse público, reaver a área ou instalação objeto do instrumento pactuado, designando nova área ao contratado, observados os prazos previstos no art. 27, o que demonstra a precariedade do instrumento e a ausência de exclusividade sobre a área utilizada.

Outro dispositivo importante é o art. 32, que prevê que o interessado deverá dispor de equipamentos e instalações de fácil desmobilização de modo a preservar as condições iniciais do local e possibilitar a sua imediata desocupação, ao término do contrato ou quando assim determinado pela administração do porto. Esse dispositivo ainda estabelece que os investimentos vinculados ao instrumento deverão ocorrer exclusivamente às expensas do interessado, mediante anuência da administração do porto, sem direito a indenização de qualquer natureza, ou seja, os investimentos ocorrerão por conta e risco do interessado, não ensejando nenhuma forma de contrapartida da administração pública.

Conforme apontado previamente, e de acordo com Beserra (2012), a atividade de movimentação e armazenagem de mercadorias de ou para navio (operação portuária) é uma atividade econômica, e não, um serviço público. Portanto, a atividade objeto do Contrato de Uso Temporário dada sua natureza distinta do arrendamento (o uso temporário caracteriza-se pela exploração de área por empresa e para as suas específicas atividades empresariais), trata-se de atividade econômica e não de serviço público. Dessa forma, a regulação da atividade

portuária deve observar todos os preceitos pertinentes, em especial o disposto no Capítulo I do Título VII da Constituição Federal, intitulado Dos Princípios Gerais da Ordem Econômica.

De todo modo, independentemente da caracterização da natureza da atividade, ao normatizar o Contrato de Uso Temporário, a ANTAQ utilizou-se do exercício da legítima discricionariedade reservada às agências reguladoras, para permitir flexibilidade ao modelo de economia regulada, dentro dos espaços legais deixados pelo legislador.

Resta amplamente evidenciado que os artigos do uso temporário tanto na Resolução nº 2.240/2011 - ANTAQ quanto na Resolução Normativa nº 7 estão em consonância com as Leis nº 8.630/1993 (antiga Lei dos Portos – revogada), 10.233/2001 e 12.815/2013 (nova Lei dos Portos) e com a Constituição Federal em seu art. 174.

Como já tratado, a ANTAQ foi criada pela Lei nº 10.233/2001 e seu art. 23 fixa como atribuições da os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas - e a exploração da infraestrutura aquaviária federal. Da mesma forma, o art. 27, V, da mesma lei, determina que cabe à ANTAQ elaborar e editar normas relativas à exploração da infraestrutura aquaviária, garantindo isonomia no seu acesso e uso e assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.

Ademais, conforme tratado no item relativo às competências da ANTAQ, o art. 7º da Lei nº 12.815/2013 trouxe à lume a competência já prevista no IV do art. 27 da Lei nº 10.233/2001, que permite à agência disciplinar a utilização de instalações portuárias por qualquer interessado, em caráter excepcional. A referida previsão normativa não é uma autorização legislativa em branco, que concede poderes ilimitados à ANTAQ; os *standards* e as balizas à atuação da agência para esse caso estão dispostos no artigo 3º da Lei nº 12.815/2013, segundo o qual:

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

I – expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias;

(...)

III – estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas;

(...)

V – estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

Assim, verifica-se que o instrumento contratual para uso temporário de instalações portuárias normatizado pela ANTAQ, inicialmente pela Resolução nº 2.240 e atualmente pela Resolução Normativa nº 7, não inova no ordenamento jurídico ou contraria norma legal vigente, ao contrário do apontado pelo MPF na ação civil pública, em trâmite na 4ª Vara Federal Cível, da Seção Judiciária do Espírito Santo (BRASIL, 2014). Na verdade, o CUT apenas disciplina o uso provisório, de caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou concedidas, tendo por alicerce a competência normativa da ANTAQ. Ainda, o ato normativo editado teve um objeto definido e destinatários determinados, para situações específicas, inseridas na esfera de atuação da ANTAQ.

Verifica-se, então, que, independentemente da vertente doutrinária adotada, a ANTAQ detém poder normativo/regulamentar para editar normas infralegais que regulam o setor portuário. Em especial, visto que, conforme expressamente previsto na Lei nº 12.815, a ANTAQ detém a competência para regulamentar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias.

De todo modo, alinha-se aqui ao entendimento exposto por Serra (2015) e Aragão (2013), no qual compreende-se que as lacunas objeto de regulação são espaço de legítima discricionariedade reservado às agências. A capacidade normativa delas, portanto, preenche um espaço deixado pelo legislador, para que seja possível se adequar às necessidades do setor regulado, sempre observando os princípios e diretrizes constantes na Lei de criação e de regência da respectiva entidade. Mesmo que não se adote a vertente da deslegalização, é mister compreender que o preenchimento desses espaços pouco densificados se coaduna com a decisão política de regulação da economia por intermédio de agências reguladoras independentes, onde deve existir espaço para decisões eminentemente técnicas. Exigir-se a reserva absoluta de lei para a edição de instrumentos contratuais para exploração de infraestrutura portuária não se compatibiliza com os fundamentos legitimadores das próprias agências reguladoras.

Conclui-se que ao criar o instrumento contratual denominado Contrato de Uso Temporário, a ANTAQ transitou no espaço de discricionariedade reservado às agências reguladoras no uso das suas competências institucionais, um espaço intencionalmente com baixa densidade normativa positivada em leis, dando margem ao preenchimento pelas respectivas áreas técnicas competentes para tanto, onde há, nas palavras de Barroso (2003), uma “relativa” reserva legal.

Ademais, observou-se que o Contrato de Uso Temporário detém nítida submissão ao interesse econômico em virtude da contrapartida pecuniária que esse tipo de contratação trouxe

aos Portos que dele se utilizaram. Em diversos casos, o contrato aumentou a arrecadação e trouxe investimentos que, em virtude do tipo de atividade desempenhada, não seriam possíveis por meio do contrato de arrendamento portuário. Contudo, é de fundamental importância esclarecer que o objetivo do instrumento não é meramente arrecadatório, mas de efetivamente de utilizar o bem público para incentivar determinada atividade, cumprindo com os princípios constitucionais de incentivo e planejamento da ordem econômica previstos no art. 174 da Constituição Federal.

Por fim, resta evidente que diante de uma necessidade do setor, a ANTAQ estabeleceu um instrumento válido, nos limites da própria lei que a criou e na lei que hoje regulamenta os portos no Brasil, compatível com os princípios e objetivos da regulação da atividade portuária, dando uso, destinação à áreas ociosas, mediante pagamento de tarifas, sem exclusividade e em caráter precário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Contrato de Uso Temporário é um interessante instrumento utilizado pelas administrações portuárias na atração de cargas e investimentos ao porto organizado. Tal forma contratual foi disciplinada a partir de uma norma infralegal editada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários e, apesar de seus reconhecidos benefícios econômicos, teve sua validade questionada por órgãos de controle.

Diante da situação posta, o presente trabalho teve por objetivo analisar se, ao criar a modalidade contratual do uso temporário, teria a ANTAQ desbordado os limites de sua competência normativa, editando ato normativo que não decorreria diretamente de previsão legal, ou se tal ato seria o efetivo exercício do poder regulamentar a ela reconhecido, amparado pela sua competência técnica decorrente do fenômeno da deslegalização e por seu dever de incentivar o setor regulado.

Assim, cuidou-se de registrar que o surgimento das agências reguladoras no Brasil decorreu de uma decisão política destinada a enxugar a máquina pública, por meio do programa de desestatização econômica e da mudança de papel do Estado empreendedor para regulador. Tal decisão gerou a necessidade de criação de entes reguladores para a manutenção da qualidade do serviço que deixou de ser prestado pelo Estado e passou a ser exercido pela iniciativa privada.

Também abordou-se que a regulação somente é possível se esses novos entes reguladores detiverem autonomia e independência, para não funcionarem como órgãos de governo sujeitos à políticas partidárias, e sim, como agentes de Estado, aliados a busca de um fim social e ao interesse público.

Ponto crucial do presente trabalho foi o de identificar, no que toca ao poder normativo das agências reguladoras no Direito Pátrio, as diferentes vertentes e desdobramentos relativos à amplitude da competência normativa, assim como as características e competências da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). O mesmo ocorreu quanto ao contexto em que foi criado o Contrato de Uso Temporário, as suas características e, por fim, os limites do exercício da competência normativa da ANTAQ, ao tratar da sua criação.

Verificou-se, nesse contexto, que o Contrato de Uso Temporário surgiu de uma necessidade do próprio setor, e de uma lacuna deixada pelo contrato operacional anteriormente considerado inválido pelo Tribunal de Contas da União (a qual também não era integralmente suprida pelo contrato de arrendamento).

Do ponto de vista do interessado, é possível realizar uma crítica quanto à ausência de segurança jurídica do instrumento para os investimentos realizados, pois se trata de um instrumento precário, cuja área pode ser retomada ou relocada a qualquer tempo. Nesse ponto, é preciso ressaltar que, desde o início, o interessado na utilização da área acorda com expressa previsão de que caso a administração do porto necessite da área, o empreendimento será realocado. Ademais, não se pode esquecer que a administração do porto é administração pública, cabendo a motivação do seus atos. Portanto, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, a retomada da área ou realocação do empreendimento não pode ocorrer por mera liberalidade. Somente poderá ocorrer em caso de inequívoco interesse público. Caso contrário, tal medida ensejará demanda judicial para assegurar ao interessado a devida reparação pelas perdas e danos decorrentes do ato.

Observou-se também que entre as competências normativas atribuídas à ANTAQ, está incluída a regulamentação relativa à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, editando normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, arrendatários e autorizatários.

Ainda, argumentou-se que a edição do normativo que previu o uso temporário constitui o preenchimento do espaço de legítima discricionariedade reservado pelos legisladores às agências reguladoras, para que seja possível adequar as necessidades do setor regulado, sempre observando os princípios e diretrizes constantes na Lei de criação e de regência. O

preenchimento desses espaços se coaduna com a decisão política de regulação da economia por intermédio de agências reguladoras independentes, sendo portanto necessário esse espaço para decisões eminentemente técnicas.

Ademais, verificou-se que no art. 7º da Lei 12.815/2013 está igualmente consignada a competência da agência para disciplinar o uso e exploração das instalações portuárias. Essa expressa previsão legislativa induz à conclusão de que, independentemente da vertente doutrinária adotada, a ANTAQ detém, sim, poder normativo/regulamentar para editar normas infralegais que regulam o setor portuário e, em especial, detém a competência para regulamentar a utilização, em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias.

Ao final, ficou demonstrado que, diante de uma necessidade fática do próprio setor, a agência estabeleceu um instrumento juridicamente válido, inserido nos estritos limites da lei (dos portos e de criação da ANTAQ), compatível com os princípios e com objetivos da regulação da atividade portuária, que, sob o contexto do fomento às atividades no porto organizado, permite a destinação de áreas ociosas, mediante pagamento de tarifas, sem exclusividade e em caráter precário, em linha com o exercício válido e sem desbordar de sua competência normativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. **O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11293&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. Ver e atual - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 109-130, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47568/44782>>. Acesso em: 31 Jan. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 174-188.

_____. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445/45191>>. Acesso em: 22 Jan. 2017.

_____. Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira. RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B.; FREITAS, R. V. **A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos– Aeroportos– Ferrovias– Rodovias.** p. 21-30. 2015.

BESERRA, Benjamin Gallotti. **Ensaio para um Compêndio Básico de Direito Portuário.** O Porto Organizado e os Regimes de Exploração Portuária. Brasília: Gráfica Alpha, 2005, vol. 1. 1a ed.

_____. O Contrato Operacional. **Revista Direito Aduaneiro**, Marítimo e Portuário, São Paulo, Vol. 2, n. 8, p. 95 - 114, maio/jun, 2012.

BRODBEKIER, Bruno. Poder regulamentar da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, p. 141-178, jul./set. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45446/44997>>. Acesso em: 27 Jan. 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P.. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização. **Direito da Regulação e Políticas Públicas** (Org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosillo). 1ª ed., São Paulo, ed. Malheiros, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 nov.2016.

_____. **Manual de Direito Administrativo**, Lumen Juris, 16ª ed., 2006.

_____. **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

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999

_____. **Direito Administrativo.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUTRA, Pedro. O poder regulamentar dos órgãos reguladores. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 239-256, jul/set 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47590/45183>>. Acesso em: 31 Jan. 2017.

GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. **Da adequação do contrato de uso temporário ao regime jurídico dos portos públicos**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42207>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

GONZAGA, Yara de Melo Miranda. **Função normativa da administração: uma análise acerca do fenômeno da deslegalização**. 12 de dez de 2014. 114 fls. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte. 2014. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XRFQJ/fun_o_normativa_da_administra_o_uma_an_lise_acerca_do_fen_meno_da_desl_egaliza_o.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 de jan. 2017.

GUERRA, Sérgio. Técnica e regulação estatal no setor de infraestrutura. In: RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B.; FREITAS, R. V (ORG). **A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos– Aeroportos– Ferrovias– Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum. p. 33 – 47. 2015.

HEEREN, Márcia Lopes Gomes. Mudança de Competências e Novas Formas de Exploração Portuária. In: RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B.; FREITAS, R. V. **A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos– Aeroportos– Ferrovias– Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum. p. 137 – 156. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica**. Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 9, nº 100, jun de 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes, As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. In: CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1082- 1134.

MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. **Tratado de direito administrativo**, v. III - direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. 550p

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PAVANI, Daniela Elia. **Regulação e Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/13836047>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Arrendamento portuário para fins não públicos**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 37-46, jan./mar. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo Ordenador**. 1ª ed. 3ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031impressao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htmimpressao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Decreto no 6.620, de 29 de outubro de 2008. Dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htmimpressao.htm>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/mpv/595impressao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Brasília: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Decreto no 8.033, de 27 de junho de 2013. Regulamenta o disposto na Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos

organizados e de instalações portuárias. Brasília: Presidente da República, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm#art48 >. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016. Altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória no 717, de 16 de março de 2016. Brasília: Presidente da República, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13341.>. Acesso em: 26 jan. 2017.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Resolução nº 2.240-ANTAQ, de 4 de outubro de 2011, publicada no Diário Oficial da União, de 07/10/2011, seção I.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Resolução Normativa nº 7 - ANTAQ, de 30 de maio de 2016, Publicada no DOU de 02/06/2016, Seção I, RETIFICADA PELA RESOLUÇÃO Nº 4843-ANTAQ, DE 6 DE JUNHO DE 2016.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão Nº 2.896/2009. Relator: RODRIGUES, Walton Alencar. Sessão de 2 de dez de 2009. Ata nº 51/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 02 de jan. de 2017.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão Nº 1.514/2013. Relator: CEDRAZ, Aroldo. Sessão de 19 de jun de 2013. Ata nº22/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=476981>>. Acesso em 02 de jan. de 2017.

_____. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO. 4ª Vara Federal Cível. AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0006647-60.2014.4.02.5001, Autor: Ministério Público Federal, Réu: Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Autuado em 02 de Out. de 2014.

**CRÍTICA À SISTEMÁTICA DO NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO
PREVIDENCIÁRIO – NTEP E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO**

**SYSTEMATIC CRITICISM OF THE TECHNICAL EPIDEMIOLOGICAL NEXUS
FOR SOCIAL SECURITY PURPOSES – NTEP (ACRONYM IN PORTUGUESE)
AND AND ITS APPLICATION IN THE LAW OF WORK**

Anderson Rodrigues Pessoa Junior

RESUMO

Até pouco tempo, para a caracterização do acidente de trabalho ou doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho era necessária a emissão da Comunicação do Acidente de Trabalho (CAT) por parte do empregador, ficando a cargo do empregado, nos casos de omissão da CAT, provar que o infortúnio tinha relação com atividade desempenhada na empresa. A Administração Pública, ciente do problema, empreendeu esforços no sentido de desenvolver um método que fosse capaz de prescindir da notificação do acidente, e ainda, que tivesse operacionalização automática, e que, por fim, fosse capaz de beneficiar as empresas diligentes e onerar as negligentes no que diz respeito à contribuição previdenciária relacionada como o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador. Nesse contexto, surge o estudo de correlação matemática que teve a função de cruzar a atividade empresarial, utilizando a Classificação Nacional da Atividade Econômica (CNAE) com os acidentes de trabalho típicos e as doenças ocupacionais acidentárias, através da Classificação Internacional de Doença (CID), visando estabelecer relação onde se pudesse afirmar, com precisão, que o infortúnio em questão teria ou não caráter acidentário ligado à atividade empresarial. O citado trabalho serviu de base para a inclusão do art. 21-A na Lei 8.213/1991, positivando o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP), que além de correlacionar a CNAE com a CID, favoreceu a inversão do ônus da prova para, agora, estabelecer obrigação ao empregador de provar que o infortúnio não possui relação com a atividade desempenhada pelo empregado no âmbito da sua empresa. O trabalho em tela é propositivo, tendo como principal objetivo fazer, inicialmente, uma análise crítica sobre a utilização do NTEP na caracterização do acidente de trabalho, visto que, a priori, o método desenvolvido carece de ajustes estatísticos e legais, já que sofre com fundamentada desconfiança quanto a sua eficácia. Nesse sentido, através de revisões bibliográficas e de testes comparativos, pretende-se demonstrar, com claras evidências, que o método padece de validação, motivo pelo qual deve ser integralmente revisto, pois onera demasiadamente o empregador. Portanto, pretende-se ao final fomentar a discussão sobre o tema de forma a estabelecer parâmetros para uma sensível reavaliação da aplicação do NTEP no âmbito do direito trabalhista e previdenciário.

PALAVRAS-CHAVE: Acidente de Trabalho; Risco Ambiental do Trabalho; Fator Acidentário de Prevenção; Classificação Nacional da Atividade Empresarial; Classificação Internacional de Doenças; Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário.

ABSTRACT

Until recently, to be characterized as a job-related injury, or an occupational disease with the same status of a job-related injury, the employer had to issue a notice of job-related injury (CAT, acronym in Portuguese). In cases where the CAT was not issued the employee had the burden of proving that the casualty was related to his/her duties performed at the company. The Public Administration, aware of this problem, has put effort into developing a method that could be able to automatically dismiss the issue of the notice of injury and eventually benefit diligent companies and punish negligent ones in what concern social security contribution related to workplace environment and workers' health. It is under this context that appears a statistical correlational study that has the purpose of relating a company's activity — by means of the national economic activity classification (CNAE, acronym in Portuguese) — with typical job-related accidents and occupational diseases — through the International Classification of Diseases (ICD) —, aiming at establishing a relation that enables one to claim, with precision, that a given casualty has or has not an accidental characteristic linked to the business activity. The mentioned study served as the basis for the inclusion of art. 21-A into the Law 8213/1991. The new article created the technical epidemiological nexus for social security purposes (NTEP, acronym in Portuguese) that besides correlating a CNAE with an ICD, promotes the inversion of the burden of proof so that from that moment on it imposes an obligation on the employer of proving that the casualty has no relation to the activity undertaken by the employee within the company. The present work is propositional in its essence and intents in a first moment to draw a critical analysis over the use of NTEP to the characterization of job-related injuries, considering that, a priori, the method in question lacks statistical and legal adjustments as it experiences substantiated suspicions regarding its efficacy. In this way, using bibliographic reviews and comparative tests, we propose demonstrating with clear evidences that NTEP methodology lacks validation and requires a complete review, since it imposes an excessive surcharge over the employer. Thus, at the end we seek to arise the discussion about this theme such that we can establish parameters for a sensible reassessment about the use of NTEP under the labor and social security laws.

KEYWORDS: job-related injury; occupational hazard; workplace environment risk; national business activity classification; business activity code; international classification of diseases; technical epidemiological nexus for social security purposes.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de realizar cuidadosa análise crítica do mecanismo de criação e utilização do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP), desenvolvido por ferramentas estatísticas e inserido no ordenamento jurídico nacional através da Lei n.º 11.430/2006, que incluiu na Lei n.º 8.213/1991 o art. 21-A.

O citado mecanismo estabeleceu correlação estatística entre o trabalho e o agravo, através de cruzamento da Classificação Nacional da Atividade Econômica (CNAE) com a Classificação Internacional de Doenças (CID). Desse cruzamento, concluiu-se que determinados acidentes de trabalho ou adoecimentos, decorrente da atividade empresarial,

havia o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP) caracterizador da natureza acidentária da incapacidade.

Muito embora se tenha a convicção que o tratamento estatístico dos dados que serviram de base para o estudo necessite passar por acurada reavaliação, não se pretende, nesse trabalho, adentrar com profundidade no processamento estatístico da gênese do NTEP e do FAP (Fator Acidentário de Prevenção), pois foge à discussão da matéria na seara do direito.

Inicialmente, o trabalho se ocupará, através de um breve histórico, em sedimentar importantes aspectos que motivaram o desenvolvimento de uma legislação com grande característica de proteção ao trabalhador, bem como a evolução do conceito de acidente de trabalho.

Passo seguinte é conceituar importantes variáveis que influenciam diretamente na apuração dos tributos ligados à atividade empresarial no que diz respeito à segurança do trabalho e a saúde do trabalhador.

Pela análise e testes da sistemática desenvolvida para a apuração do nexo técnico epidemiológico, ficará demonstrado que há falhas de cunho técnico estatístico, com consequentes inconsistências na comparação estabelecida entre a CNAE e a CID, pois inadmissível aceitar que atividades tão próximas ou tão distintas apresentem correlações com disparidades substanciais.

É, portanto, um estudo propositivo onde se pretende despertar nos operadores do direito que militam na seara trabalhista e previdenciária a necessidade de reavaliação do mecanismo de correlação da atividade empresarial com os afastamentos do trabalho, utilizada discriminadamente, inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Inegável que a gênese do NTEP trouxe avanços para a seara trabalhista e previdenciária, pois através dele, se avançou para uma melhor e mais segura caracterização do nexo causal dos acidentes e doenças relacionadas ao trabalho. Entretanto, como será comprovada, há graves distorções geradas, tanto na aferição do nexo, quanto no cálculo da Contribuição do Risco Ambiental do Trabalho, pois existem equívocos nas premissas legais e técnicas de estatística que desvirtuam a função do modelo criado pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

1 HISTÓRICO

Por se tratar de tema de grande relevância onde conceitos e aplicações sofreram modificações com o tempo, faz-se necessário estabelecer uma necessária cronologia, a qual, no presente trabalho, apresenta-se na forma do presente histórico.

Em 1850 instituiu-se o Código Comercial Brasileiro (Lei n.º 556/1850), donde se tem notícia dos primeiros normativos legais no Brasil a versarem sobre acidente de trabalho, conforme artigos 79 e 560 abaixo transcritos:

Art. 79. Os acidentes imprevistos e inculcados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda a 3 (três) meses contínuos.(grifei)

Art. 560. Não deixará de vencer a soldada³¹ ajustada qualquer indivíduo da tripulação que adoecer durante a viagem em serviço do navio, e o curativo será por conta deste; se, porém, a doença for adquirida fora do serviço do navio, cessará o vencimento da soldada enquanto ela durar, e a despesa do curativo será por conta das soldadas vencidas; e se estas não chegarem, por seus bens ou pelas soldadas que possam vir a vencer.

Somente no século XIX é que o Brasil, por meio do Decreto n.º 3.724 de 15 de janeiro de 1919, passa a regular as obrigações resultantes especificamente dos acidentes de trabalho. Do texto da citada norma legal que se extrai o conceito e a abrangência do acidente de trabalho, o qual aborda não somente os acidentes típicos, ocorridos no exercício do trabalho por causa súbita e involuntária, mas também as doenças profissionais, contraídas exclusivamente pelo exercício do trabalho.

Nestes termos eram os artigos 1º e 2º do Decreto n.º 3.724/1919:

Art. 1º Consideram-se acidentes no trabalho, para os fins da presente lei:

a) o produzido por uma causa súbita, violenta, externa e involuntária no exercício do trabalho, determinado lesões corporais ou perturbações funcionais, que constituam a causa única da morte ou perda total, ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho;

b) a moléstia contraída exclusivamente pelo exercício do trabalho, quando este for de natureza a só por si causa-la, e desde que determine a morte do operário, ou perda total, ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Art. 2º O acidente, nas condições do artigo anterior, quando ocorrido pelo fato do trabalho ou durante este, obriga o patrão a pagar uma

³¹ Soldada – Quantia com que é pago o trabalho de criados, operários. Soldo de tripulante de navio mercante.

indenização ao operário ou á sua família, excetuados apenas os casos de força maior ou dolo da própria vítima ou de estranhos.

Nos termos do art. 5º do referido decreto o empregador estava obrigado a indenizar o operário pela gravidade do acidente, a qual, além do valor em pecúnia, obrigava-se também à prestação de socorro médico, farmacêutico e hospitalar.

Art. 5º A indenização será calculada segundo a gravidade das consequências do acidente, as quais podem ser:

- a) morte;*
- b) incapacidade total e permanente para o trabalho;*
- c) incapacidade total e temporária;*
- d) incapacidade parcial e permanente;*
- e) incapacidade parcial e temporária.*

Art. 13. Em todos os casos o patrão é obrigado à prestação de socorros médicos e farmacêuticos, ou sendo necessários, hospitalares, desde o momento do acidente.

Peculiar situação era a obrigatoriedade de notificação por parte do empregador, do próprio operário ou de qualquer outra pessoa sobre o acidente de trabalho à autoridade policial do lugar, a qual lavrava auto com as circunstâncias em que se deu a natureza dos ferimentos e os beneficiários da vítima. A perícia, consequentemente, surge para averiguação da capacidade laborativa do empregado.

Art. 19. Todo o acidente de trabalho que obrigue o operário a suspender o serviço ou se ausentar, deverá ser imediatamente comunicado á autoridade policial do lugar, pelo patrão, pelo próprio operário, ou qualquer outro. A autoridade policial comparecerá sem demora ao lugar do acidente e ao em que se encontrar a vítima, tomando as declarações desta, do patrão e das testemunhas, para lavrar o respectivo auto, indicando o nome, a qualidade, a residência do patrão, o nome, a qualidade, a residência e o salário da vítima, o lugar preciso, a hora e a natureza do acidente, as circunstâncias em que se deu e a natureza dos ferimentos, os nomes e as residências das testemunhas e dos beneficiários da vítima.

Art. 20. Durante o tratamento, é permitido, quer ao patrão, quer ao operário, requerer a verificação do estado de saúde deste último, nomeando o juiz um médico para fazer o exame que se efetuará em presença do médico assistente. Se houver divergência entre ambos sobre o estado da vítima as suas condições de capacidade para o trabalho, o juiz nomeará outro médico para fazer o exame e no seu laudo baseará o julgamento.

Todavia, o Decreto n.º 3.724/1919 não estipulava a garantia do recebimento da indenização para o operário, visto que inexistia contribuição ou seguro capaz de garantir a obrigação.

Em uma evolução necessária, em 1934 com a edição do Decreto n.º 24.637/1934, estabeleceram-se novos moldes para as obrigações resultantes dos acidentes do trabalho passando-se a instituir garantia obrigatória para a indenização através de seguro ou de depósito. Esse mesmo regulamento legal trouxe, à época, a inovação da abrangência das doenças do trabalho relacionadas às condições do local onde o labor era desenvolvido, conforme descrevia o artigo 1º e seus parágrafos.

Muito embora tenha havido evoluções, as novas regras advindas desse regulamento de 1934 isentavam a responsabilidade dos empregadores no percurso *in itinere*, ou seja, entre a residência e o trabalho. O art. 12, por sua vez, determinava que a indenização estatuída exonerava o empregador de pagar, pelo mesmo acidente, qualquer outra indenização de direito comum; porém a vítima ou seus familiares, como também o empregador, podiam promover ação contra um terceiro civilmente responsável pelo acidente, conforme art. 13.

Art. 12 A indenização estatuída pela presente lei exonera o empregador de pagar à vítima, pelo mesmo acidente, qualquer outra indenização de direito comum.

Art. 13 A indenização devida pelo empregador não exclui o direito da vítima, seus herdeiros ou beneficiários de promover, segundo o direito comum, ação contra terceiro civilmente responsável pelo acidente.

No período em comento não havia uma Previdência Social estabelecida, porém já à época foram implementadas caixas de aposentadorias e pensões que pertenciam a determinadas empresas ou categorias profissionais, como, por exemplo, o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos, instituído pelo Decreto n.º 22.872/1933, Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados de estrada de ferro, criada pelo Decreto n.º 4.682/1923, chamado de Lei Eloy Chaves, dentre outras.

A lei do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos separou um capítulo para tratar do assunto acidente de trabalho.

CAPITULO III *DOS ACIDENTES DO TRABALHO*

Art. 29. O seguro contra acidentes do trabalho será obrigatório para as pessoas naturais ou jurídicas que explorem ou executem os serviços referidos no presente decreto e atenderá aos riscos definidos e

regulados pela legislação em vigor, salvo as modificações estabelecidas nesta lei.

Passo seguinte na evolução dos direitos trabalhistas e previdenciários, no que diz respeito ao acidente de trabalho, foi a edição do artigo 121 da Constituição Federal de 1934, que estabeleceu proteção para o trabalhador contra acidentes criando uma previdência custeada pela União, empregado e empresa, como também a aposentadoria com vencimentos integrais aos funcionários públicos que se tornaram inválidos por acidente de trabalho. Ou seja, as garantias que vinham sendo capituladas em leis esparsas ganham o status de normativo constitucional.

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 8º - Nos acidentes do trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização será feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não se admitirá recurso ex – officio.

Somente em 1944, através do Decreto-Lei n.º 7.036/1944 a legislação em análise trouxe novidade significativa. Segundo Cláudia Salles Vilela Vianna³² a novidade, em termos de conceito, foi a inclusão da concausa e os acidentes por equiparação, mas sem incluir o acidente de trajeto.

O artigo 31 do Decreto-Lei n.º 7.036/1944, por sua vez inovou o ordenamento jurídico no sentido de que seria possível acumular indenização acidentária com outra de direito comum quando o fato se desse em decorrência de dolo do empregador. Nestes termos:

Art. 31. O pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que este resulte de dolo seu ou de seus prepostos.

Na interpretação do citado dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal tabulou na Súmula 299 de 1963 que a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador ou de seus prepostos.

³² VIANNA, Claudia Salles Vilela – **Acidente do Trabalho: Abordagem Completa e Atualizada**. Editora LTR, 2015.

Segundo Maurício Schmidt Bastos³³, a Súmula 299 pacificou o entendimento de que a culpa grave do empregador equivalia ao dolo e, assim, nos termos do art. 31 da Lei dos Acidentes de 1944, não impedia o recebimento da indenização de direito comum cumulativamente com a indenização acidentária.

Alterações significativas voltaram a ocorrer com a edição da Lei n.º 5.316/1967, a qual integrou o seguro de acidentes do trabalho exclusivamente à Previdência Social. A Lei trouxe novo conceito do que seria acidente de trabalho estabelecendo que é o infortúnio que ocorre pelo exercício do trabalho, a serviço da empresa, provocando lesão corporal, perturbação funcional ou doença que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Essa mesma lei, pela primeira vez, trouxe para o ordenamento jurídico alíquotas e condições de contribuição a cargo do empregador correlacionadas com a natureza da atividade da empresa. Ficou estabelecido, portanto, contribuição de 0,4% (quatro décimos por cento) ou de 0,8% (oito décimos por cento) da folha de salários, conforme a natureza da atividade empresarial.

A Lei n.º 6.367 publicada no Diário Oficial da União em 21 de outubro de 1976 deu maior abrangência ao conceito de acidente de trabalho trazendo várias possibilidades de equiparação, dentre elas o acidente sofrido pelo empregado fora do local, horário de trabalho e no percurso da residência para o trabalho e de volta para a residência.

Trouxe ainda, a possibilidade de majoração do custeio da contribuição previdenciária tripartite, positivada no art. 165, XVI da CF/1967, exclusivamente para a empresa, a qual foi balizada pela classificação do risco da atividade, sendo a contribuição majorada em 0,4% para a empresa que desenvolvesse atividade classificada com grau de risco leve, 1,2% para atividade classificada com grau de risco médio e 2,5% para a empresa em cuja atividade esse risco fosse considerado grave.

Com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, ficou garantido o direito ao seguro contra acidentes de trabalho para os trabalhadores, cumulativamente à indenização quando da ocorrência de dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII), direito à aposentadoria integral dos servidores

³³ BASTOS, Maurício Schimidt. Atualidade da Súmula 229 do E. Supremo Tribunal Federal. Consultado em 29 de setembro de 2016 no site - www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/3255/15dejulho.pdf

públicos vítimas de acidente de trabalho (art. 40, I), bem como a exclusão de competência da Justiça Federal para as causas relacionadas com matérias acidentárias (art. 109, I).

Foi a Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1989, em seu art. 4º que estabeleceu que a empresa, cujo índice de acidente de trabalho fosse superior à média do respectivo setor, sujeitar-se-ia a uma contribuição adicional de 0,9% a 1,8% para financiamento do respectivo seguro. Todavia, não existiam bases de dados sólidas capazes de fomentar, com precisão, a realidade do meio ambiente de trabalho das empresas.

Em 1991, com a edição da Lei nº 8.212, que organizou e instituiu o Plano de Custeio da Seguridade Social, novas alíquotas de contribuições destinadas a custear o seguro de acidentes de trabalho ficaram ajustadas (art. 22, inciso II, alíneas a, b e c), passando para 1%, 2% e 3%, as quais vigem até hoje.

Já a Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social, consolidou o conceito de acidente de trabalho (art. 19), determinou a obrigatoriedade da notificação, enumerou os benefícios existentes ao trabalhador acidentado, criou a estabilidade provisória, bem como a possibilidade de se mover ação regressiva por parte da Previdência Social quando comprovada a inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho (art. 120).

Importante relatar, por oportuno, o disposto no art. 10 da Lei n.º 10.666/2003 que prevê redução de até 50% ou, ainda, majoração de até 100% do Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT), hoje chamado de contribuição sobre os Riscos Ambientais do Trabalho (RAT), em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurada em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, constante na Resolução CNPS n.º 1308 de 27 de maio de 2009.

Por fim, a grande novidade, e alvo do presente estudo, foi trazida pela Lei n.º 11.430/2006, que acrescentou à Lei n.º 8.213/91 o art. 21-A, que caracterizou o acidente de trabalho de forma indireta através do Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP). Para a lei a perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pode considerar caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação

Internacional de Doenças (CID). Ou seja, o nexo de causalidade entre a patologia ocupacional e a atividade exercida pode ser caracterizado de forma presumida tão somente com base em dados estatísticos de correlação.

2 ACIDENTE DE TRABALHO

2.1. Conceito

Pode-se afirmar que no decorrer do tempo não houve grande evolução do conceito de acidente de trabalho, salvo por algumas contribuições, nada substanciais, ao longo dos anos, conforme já relatado no histórico do presente trabalho.

No atual cenário é o art. 19 da Lei n.º 8.213/1991, em vigor, que define acidente de trabalho como sendo aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 da lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

O conceito do art. 19 da Lei n.º 8.213/1991 ocupa-se em qualificar o acidente de trabalho típico, entretanto, as doenças profissionais e/ou ocupacionais equiparam-se a acidentes de trabalho, conforme dispõe o art. 20, o qual reza que doença profissional é aquela a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social e doença do trabalho aquela adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente.

A lei ainda amplia o escopo das doenças profissionais e/ou ocupacionais que se equiparam ao acidente de trabalho ao estabelecer no § 2º do art. 20 da Lei 8.213/1991 que, *“em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II do deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-lo acidente de trabalho”*.

Há ainda, para efeitos da lei previdenciária, a equiparação a acidente do trabalho, outros diversos eventos, como por exemplo:

- a) Acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;
- b) Acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
- c) Ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
- d) Ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
- e) Ato de pessoa privada do uso da razão;
- f) Desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

Foram equiparadas ainda as doenças provenientes de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade e os acidentes sofridos pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa, na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito, em viagem a serviço da empresa e por fim, no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

Por outro lado, o § 1º do art. 20 da Lei 8.213/91, traz expressamente situações de exceções, onde doenças degenerativas, doenças inerentes ao grupo etário, àquela que não produz incapacidade laborativa ou ainda doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultado de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho, não se considera doença do trabalho equiparada a acidente do trabalho.

Em se tratando de doenças degenerativas, entretanto, deve-se alertar que, nos casos em que as condições de trabalho contribuírem para o agravamento da doença (concausa), tem-se por caracterizado o acidente de trabalho, conforme entendimento pacificado do TST.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.
APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014.
DOENÇA OCUPACIONAL. ORIGEM DEGENERATIVA.
ATIVIDADE LABORAL. CONCAUSA. DANOS MATERIAIS E

MORAIS. Consignada no acórdão recorrido a premissa fática de que as condições de trabalho atuaram como concausa e contribuíram para o agravamento da doença que acometeu o Reclamante, tem-se por caracterizado o acidente de trabalho, nos termos do art. 21, I, da Lei n.º 8.213/91. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. Processo: AIRR - 648-51.2013.5.12.0038. Data de Julgamento: 05/10/2016, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2016.

Importante observar, todavia, que o legislador, ao explicitar que o acidente de trabalho é o que ocorre *pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou empregador doméstico*, quis deixar claro que, muito embora o ambiente seja importante, ele deve ficar caracterizado como acidente do trabalho e não de um acidente no trabalho, que foge da natureza acidentária, visto que esse pode estar associado à culpa exclusiva da vítima ou a evento não relacionado com o trabalho. Ou seja, é necessário comprovar que o acidente se deu em função do trabalho e que a atividade contribuiu de alguma forma, para o sinistro.

A caracterização do sinistro acidentário é de extrema importância no âmbito do direito do trabalho e previdenciário, visto que os acidentes do trabalho promovem diversas consequências para o empregado, empregador e para o Estado.

Para o Estado o acidente do trabalho gera elevado custo, pois além de aumentar os gastos no Sistema Público de Saúde com a recuperação do trabalhador o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) será obrigado a custear as prestações dos benefícios de auxílio-doença acidentário, quando o afastamento for superior a quinze dias, e ainda, do auxílio-acidente, habilitação e reabilitação profissional e pessoal, aposentadoria por invalidez e pensão por morte.

Há consideráveis custos também para o Empregador. Nos acidentes menos graves, por exemplo, onde o empregado se ausenta por período inferior a quinze dias, a maior consequência recai sobre o empregador que, além de deixar de contar com a mão de obra do empregado, tem que arcar com os custos normais da relação de emprego. Nos casos de afastamentos superiores a 15 dias o empregador, além de não contar com a mão de obra do empregado, vê-se obrigado a realizar, compulsoriamente, os depósitos da verba fundiária durante todo o período de afastamento.

No mesmo sentido a estabilidade, a qual, nos termos do art. 118 da Lei 8.213/1991, o segurado que sofre acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Por fim, ainda como custo para o empregador, a majoração da Contribuição dos Riscos Ambientais do Trabalho, que pode ser aumentada em até 100% (cem por cento), visto que esta será impactada pela aplicação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) da empresa, o qual afere o seu desempenho dentro da respectiva atividade econômica, relativamente aos acidentes de trabalho ocorrido em um determinado período, conforme disciplinado no art. 10 da Lei n.º 10.666/2003, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS).

Essencial, portanto, estabelecer mecanismo que seja capaz de caracterizar o infortúnio, visto que como demonstrado anteriormente, várias implicações legais decorrem do sinistro trabalhista.

Em síntese, para que fique caracterizado o acidente de trabalho, além da incapacidade laborativa, faz-se necessária a comprovação do nexo causal do infortúnio com a atividade. Nesse sentido, a lei dos benefícios previdenciários, ocupou-se em prever as diferentes formas possíveis de nexo causal caracterizador do acidente de trabalho, São elas: causalidade direta, causalidade indireta e a concausalidade.

Na causalidade direta, o nexo fica caracterizado nos casos em que o infortúnio ocorre pelo exercício do trabalho, a serviço do empregador, havendo vínculo direto e imediato entre a atividade e o acidente ou adoecimento.

Por outro lado, na causalidade indireta não há uma vinculação imediata entre o acidente e a execução do labor, ou seja, o fato gerador do infortúnio não está ligado, em sentido estrito à execução da atividade. Entretanto, por disposição legal, visando proporcionar maior proteção ao trabalhador, estendeu-se a cobertura do seguro aos casos em que a ligação se dá de forma oblíqua com o trabalho.

Por fim, a concausalidade, em que tanto o acidente como o adoecimento decorrente da atividade laborativa estão ligados ao trabalho por múltiplos fatos possíveis de correlacionar causas ligadas à atividade com outras causas externa extralaborais, ou seja, basta que o trabalho tenha contribuído diretamente para o acidente ou doença, agravando o quadro do trabalhador para que reste constatado o nexo causal.

3 COMUNICAÇÃO DO ACIDENTE DE TRABALHO – CAT

Até a edição da Medida Provisória n.º 316/2016, que culminou na publicação da Lei n.º 8.213/1991 e do art. 21-A, a caracterização de um determinado benefício como acidentário dependia da emissão da Comunicação de Acidentes do Trabalho (CAT), por parte do empregador, cabendo ao empregado a responsabilidade de provar o infortúnio estabelecendo o nexo causal com suas atividades desempenhadas no labor diário.

Provado o nexo causal e sendo o beneficiário afastado por mais de 15 dias, o benefício era deferido como acidentário, por outro lado, não sendo emitida a CAT, mas havendo o afastamento necessário, o benefício era deferido como previdenciário.

Para Sebastião Geraldo de Oliveira³⁴, a empresa nem sempre se empenha para emitir a CAT, porque o enquadramento do evento como acidente de trabalho, além de gerar a estabilidade provisória no emprego, após o término do benefício, quando superior a 15 dias o afastamento, acarreta obrigação de depositar o FGTS no período do afastamento, majoração da alíquota da RAT, multas aplicadas pela Inspeção do Ministério do Trabalho e ainda a probabilidade de responder por: efeitos criminais decorrentes do infortúnio, ação regressiva para restituir os custos previdenciários e ainda, indenizações por responsabilidade civil.

Todavia, havendo omissão da comunicação do acidente de trabalho, o art. 22 da Lei 8.213/1991 confere poderes à própria vítima do infortúnio para emití-la, por força do mesmo regramento, também pode emitir a CAT o médico que prestou o primeiro socorro, o sindicato da categoria profissional ou qualquer autoridade pública, sendo válido qualquer que seja o emitente autorizado.

Necessário alertar que o fato de não haver afastamento, ou de ser este inferior aos 15 (quinze) dias, não desobriga o empregador em cumprir a legislação trabalhista e emitir a CAT, ou seja, ocorrendo o acidente de trabalho, independentemente de afastamento ou não, é obrigatória a emissão da CAT por parte do empregador, pois esta, além de ter fins estatísticos e epidemiológicos, visa principalmente, a garantia de assistência acidentária junto ao INSS.

4 RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO (RAT)

³⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional**. 9º Ed. Ver., ampl e atual – São Paulo: LTr, 2016. P. 68 e 77.

A contribuição relativa ao Risco Ambiental do Trabalho (RAT) está prevista no inciso II do art. 22 da Lei n.º 8.212/1991, a qual consiste em uma contribuição percentual da empresa relacionado com o risco da atividade econômica, com base na qual é cobrada a Contribuição do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho para financiar os benefícios previdenciários decorrentes do grau de incidência de incapacidade laborativa (GIIL – RAT)

Nos termos do art. 10 da Lei n.º 10.666/2003, a alíquota de contribuição para os Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) será de 1% para atividade de risco mínimo, 2% para riscos médios e 3% para atividades de riscos graves, o qual incide sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos.

A partir da edição da referida lei a RAT passou a ser calculado com um fator de multiplicação chamado Fator Acidentário de Prevenção (FAP), o qual, em tese, é possível reduzir em até 50% a contribuição destinada ao financiamento dos benefícios previdenciários concedidos em razão do grau de incidência das incapacidades laborativas, relacionadas com os riscos ambientais do trabalho, ou, por outro lado, majorar em até 100% o valor da contribuição quando restar configurado a maior incidência de acidentes na atividade empresarial.

Tem-se a impressão que essa sistemática, a priori, premia as empresas preocupadas em promover um meio ambiente de trabalho seguro e pune as empresas que negligenciam a segurança e a saúde do trabalhador.

5 FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO (FAP)

Nos termos do art. 202-A do Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999, o Fator Acidentário de Prevenção (FAP) consiste num multiplicador variável que opera em um intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,000), aplicados com quatro casas decimais sobre a alíquota de contribuição da empresa chamada de Riscos Ambientais do Trabalho (RAT).

O FAP é, portanto, um sistema *bonus x malus* que beneficia ou pune o empregador em função do seu desempenho na atividade econômica relativamente aos acidentes de trabalho ocorridos num período considerando os índices de frequência, gravidade e custo calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, nos termos da

Resolução CNPS n.º 1.316/2010 e os artigos 202-A e 202-B do Regulamento da Previdência Social, com as alterações trazidas pelos Decretos n.º 6.042/2007, 6.957/2009 e 7.126/2010.

Ou seja, é o FAP, como fator de multiplicação, que pode proporcionar a redução de até 50% ou a majoração em até 100% sobre a contribuição dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT). Todavia, a apuração do FAP não tem cumprido com o objetivo principal para o qual foi criado, ou seja, estimular o empregador a investir em segurança e saúde do trabalhador para ter, em contra partida, redução na contribuição dos Riscos Ambientais do Trabalho.

Nesse sentido é a discussão da exclusão do acidente de trajeto³⁵ da base de cálculo do FAP, pois, este não estando relacionado direta ou indiretamente com o ambiente de trabalho não pode impactar na apuração do fator de multiplicação em questão, vez que a empresa pode não possuir qualquer ingerência em termos de prevenção quanto a esse infortúnio.

Para Vilma Sousa Santana³⁶ o FAP é um fator global de carga epidemiológica estimada para cada ramo de atividade econômica, cujas bases conceituais e metodologias adotadas assentam-se, preponderantemente, em modelos estatísticos de análise. Dessa forma, segundo Santana, a escolha do modelo estatístico de análise de dados para os casos de acidente de trabalho merecem maiores detalhamentos e especificações, pois não se sustentam nos fundamentos teóricos, sejam epidemiológicos ou estatísticos, e nem no próprio contexto de aplicação do FAP³⁷.

Sugere, por fim, que não seja utilizado no cálculo do FAP, critérios baseados em inferência estatística, como feito pelo Conselho Nacional de Previdência Social na Resolução

³⁵ O Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS), em reunião plenária ocorrida em 17 de novembro de 2016, aprovou mudanças na metodologia do cálculo do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) para evitar distorções pela inclusão de ocorrências sobre as quais a empresa não possui qualquer controle não podendo assim trabalhar no campo da prevenção. Nesse sentido, aprovou-se a exclusão dos acidentes de trabalho sem concessão de benefícios, exceto acidentes que resultarem em óbito, independentemente da concessão de benefício, bem como do acidente de trajeto, visto que este não diferencia a acidentalidade ocorrida dentro e fora da empresa. Por esse motivo o CNPS deve, ainda no primeiro semestre do corrente ano, alterar os termos da Resolução do CNPS n.º 1.316/2010, que dispõe sobre a metodologia para o cálculo do FAP, para excluir o acidente de trajeto da base de cálculo de apuração do FAP, tendo aplicação somente a partir do exercício de 2018.

³⁶ SANTANA, Vilma Sousa. **Bases Epidemiológicas do Fator Acidentário Previdenciário**. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, 2005, 8(4): 440-453.

³⁷ O modelo empregado para desenvolvimento do FAP é o de razão de chances, em inglês *odds ratio*, que é definido como a razão entre a chance de um evento ocorrer em um grupo e a chance de ocorrer em outro grupo. Todavia, para esse estudo há disponibilidade de dados para toda a população, sendo o método estatístico de razão de proporções, segundo Santana, de cálculo mais simples, não se justificando o uso das *odds ratio*, que imprimem maior grau de incerteza, sendo assim desnecessário trabalhar com intervalos de confiança ou inferência estatística, uma vez que no caso em questão o conteúdo é de universo populacional e não de uma amostra.

n.º 1.236 de 28/04/2004, visto que nas bases de dados em que foi criado é possível se obter variáveis de toda a população, minimizando incertezas e imprecisões dos cálculos.

Ainda quanto ao FAP, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral (Tema 554 da Lista de Repercussão Geral) para julgar a sua constitucionalidade visto que, aparentemente, afronta integralmente o princípio da estrita legalidade tributária positivado no art. 150, I da CF/1988, que estabelece que é vedado à União, Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabelece.

A Resolução MPS/CNPS n.º 1.308 de 27 de maio de 2009, flagrantemente descumpre a regra constitucional ao estabelecer de modo indireto o aumento da alíquota contributiva previdenciária relativa ao RAT.

Segundo Portinho³⁸:

Existem casos não raros que embora a empresa não tenha tido registrado nenhum acidente do trabalho, licença saúde ou doença relacionada à atividade desenvolvida, houve fixação do FAP em 1 ponto, ou seja, restou mantida a alíquota do SAT sem nenhum benefício pelo empenho e resultado demonstrado, na prática o critério só está sendo usado para majoração da alíquota e não para benefícios das empresas diligentes.

Diante da falta de transparência quanto o cálculo individualizado do FAP, visto que os dados são restritos a cada empresa, e ainda do cenário acima delineado, em caso de justificada dúvida, só resta à empresa buscar a tutela jurisdicional do Estado para evitar a cobrança impostamente majorada.

6 RAT AJUSTADO

Segundo a Dataprev, em documento disponível em seu sítio eletrônico (<http://www2.dataprev.gov.br/fap/FaqFAP.pdf>), a expressão RAT Ajustado foi cunhada pela Receita Federal do Brasil – RFB e equivale à alíquota que as empresas terão de recolher, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos para custear as aposentadorias especiais e aqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, assim o cálculo do RAT ajustado é feito com auxílio da seguinte equação:

³⁸ PORTINHO, Alexandre Röehrs. **Problemas do Fator Acidentário de Prevenção – FAP**. 2009. Disponível em: <http://www.homrichportinho.com.br/>. Acesso em 02 de janeiro de 2017.

$$RAT_{\text{Ajustado}} = RAT \times FAP$$

7 NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO PREVIDENCIÁRIO – NTEP

7.1 Conceito

A natureza acidentária de uma enfermidade, como se sabe, deve ser precedida por uma rigorosa avaliação técnica, a qual é realizada por perito do INSS objetivando identificar o agente causador do infortúnio e o fator de risco existente no ambiente de trabalho ou na execução da tarefa laborativa, nesse sentido é o art. 337 do Decreto n.º 3.048/1999.

Art. 337. O acidente do trabalho será caracterizado tecnicamente pela perícia médica do INSS, mediante a identificação do nexo entre o trabalho e o agravo.

I - o acidente e a lesão;

II - a doença e o trabalho; e

III - a causa mortis e o acidente

Para Claudia Vianna, existem, três tipos de nexos que podem ser aplicados pela perícia do INSS:

- a) O nexo profissional ou do trabalho (NP), quando a doença e o agente de risco estiverem relacionados nas listas A e B do Anexo II do Decreto n. 3.048/99;
- b) O nexo individual (NI), quando o perito se convencer do nexo, mas sem que a doença ou o fator de risco estejam previstos no referido anexo II e;
- c) Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP), quando a enfermidade estiver associada ao CNAE, sendo este último o único que pode ser aplicado de forma presumidas. Nesses termos, é a redação do art. 3º da IN INSS n. 31/2008:

Art. 3 - O nexo técnico previdenciário poderá ser de natureza causal ou não, havendo três espécies:

I - nexo técnico profissional ou do trabalho, fundamentado nas associações entre patologias e exposições constantes das listas A e B do anexo II do Decreto n.º 3.048, de 1999;

II - nexo técnico por doença equiparada a acidente de trabalho ou nexo técnico individual, decorrente de acidentes de trabalho típicos ou de trajeto, bem como de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele relacionado diretamente, nos termos do § 2º do art. 20 da Lei n.º 8.213/91;

III - nexo técnico epidemiológico previdenciário, aplicável quando houver significância estatística da associação entre o código da

Classificação Internacional de Doenças - CID, e o da Classificação Nacional de Atividade Econômica - CNAE, na parte inserida pelo Decreto n.º 6.042/07, na lista B do anexo II do Decreto n.º 3.048, de 1999.

No presente trabalho nos interessa discorrer, exclusivamente, sobre o NTEP, o qual em linhas gerais é uma ferramenta de correlação estatística, fruto do trabalho do Engenheiro de Segurança do Trabalho Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira³⁹ em tese de doutorado apresentada na Universidade de Brasília - UnB para atender a uma necessidade da Previdência Social na elaboração do cálculo do Fator Acidentário de Prevenção (FAP).

Em linhas gerais, pelo trabalho de Albuquerque, o NTEP foi gerado da correlação de determinadas doenças com as atividades na qual a enfermidade ocorria com maior incidência. Ou seja, cruzou-se o resultado do diagnóstico médico enquadrado como agravo à saúde descrito na Classificação Internacional de Doenças (CID) com sua ocorrência estatística dentro da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) utilizando bases de dados de concessão de benefícios previdenciários deferidos pela perícia médica do INSS das espécies: B31 (Auxílio-Doença Previdenciário); B32 (Aposentadoria por Invalidez); B91 (Auxílio Doença por Acidente de Trabalho) e B92 (Aposentadoria por Invalidez de Acidente de Trabalho), no período de 2000 a 2006.

O referido trabalho de doutorado, segundo o seu autor, teve o objetivo de construir uma metodologia que possibilitasse a implementação de um mecanismo de redução ou aumento da contribuição por empresa que, ao mesmo tempo, refletisse a realidade da empresa em relação à segurança e saúde do trabalho, prescindisse da notificação, isto é, da emissão da CAT e tivesse operacionalização automática.

Em outras palavras, o objetivo principal foi estabelecer o nexos técnico epidemiológico previdenciário entre o segmento econômico (CNAE – Classe) e o agrupamento da CID-10, com o intuito de criar um indicador para o Fator Acidentário de Prevenção (FAP), que permitisse medir de forma dinâmica o desempenho de acidentabilidade das empresas para fins tributários, bem como, desenvolver metodologia de gradação tributária contínua dos riscos pela Classificação Nacional de Atividades Econômicas.

³⁹ ALBUQUERQUE, Oliveira, P.R. – **Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP e o Fator Acidentário de Prevenção – FAP: Um Novo Olhar sobre a Saúde do Trabalhador** – Brasília 2008. Tese de Doutorado – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília – UnB.

7.2 Aplicação do NTEP

O NTEP legalmente passou a existir no mundo jurídico por força da Lei n.º 11.430/2006, que inseriu o art. 21-A na Lei n.º 8.213/91, com a seguinte redação:

*Art. 21-A. A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a **atividade da empresa** ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.*

Para Silva-Junior⁴⁰, o NTEP trouxe a inversão do ônus da prova, cabendo ao empregador provar que o adoecimento não ocorreu no trabalho ou em função dele. Sendo assim, são garantidos aos trabalhadores adoecidos os direitos trabalhistas de estabilidade por doze meses após cessação do benefício, contagem do período para aposentadoria por tempo de contribuição e recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) durante o ínterim de recebimento do benefício auxílio-doença acidentário.

Acrescenta ainda, Silva Junior, que, para os peritos da Previdência Social, o advento do NTEP promoveu uma modificação no processo para a definição da espécie de benefício auxílio-doença a ser reconhecido como direito do segurado e ainda, que, com a promulgação do normativo haveria sensível diminuição dos constantes atritos com o segurado.

Portanto, após a edição das tabelas de correlação dispostas na Lista C do Anexo II do Decreto n.º 3.048/1999, a perícia do INSS encontrou guarida para classificar presumidamente como acidentária, sem necessidade de investigação prévia, a moléstia que possui correlação com a Classificação Nacional da Atividade Econômica do Empregador.

7.3 Críticas ao Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP

Muito embora haja exaltações, principalmente nos grupos de representação dos empregados, acerca da criação do NTEP, a sistemática de aplicação deste, entretanto, sofre severas críticas no que diz respeito aos procedimentos técnicos estatísticos e legais.

⁴⁰ SILVA JUNIOR. João Silvestre. **Discussão dos impactos do nexo técnico epidemiológico previdenciário.** Revista Brasileira de Medicina do Trabalho. 2012;10(2):72-9.

Um dos principais questionamentos centra-se no fato de que o trabalho em questão correlacionou a Classificação Internacional de Doenças (CID) com a Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), quando, na verdade, deveria comparar com a ocupação ou o trabalho efetivamente desempenhado pelo obreiro, o seja, a Classificação Brasileira de Ocupação (CBO). Se a intenção era criar tabelas em que fosse possível correlacionar doença com o trabalho exercido, nada mais apropriado do que relacionar CID com o CBO e nunca com a atividade econômica, pois esta é capaz de gerar grandes distorções na avaliação do caso concreto, como adiante se verá.

Outra questão alvo de crítica no estudo da gênese do NTEP perpassa pela seleção dos dados da população estatística que seria analisada no estudo, pois além daqueles relacionados aos benefícios acidentários também foram levado em consideração os benefícios não acidentários e ainda, os dados do benefício do auxílio acidente, o qual pode ser concedido a segurados que sofreram acidentes de qualquer natureza, conforme se observa no Anexo à Resolução CNPS n.º 1.269, de 15 de fevereiro de 2006.

Nesse ponto, Vianna em: *Acidente do Trabalho – Abordagem Completa e Atualizada 2015* - ressalta que o estudo epidemiológico não é adequado, pois utilizam, no tratamento estatístico, benefícios não acidentários. Diante disto, sugere, inclusive, a anulação da Lista C do Anexo II da tabela do Decreto n.º 3.048/1999, do NTEP, por entender ilegal.

Todavia, acrescenta que se faz necessário pronunciamento judicial sobre o tema, pois enquanto inexistente tal manifestação, o INSS continua autorizado a aplicar a tabela para caracterizar acidentes de trabalho em todo o Brasil com o auxílio desta técnica.

Ainda sobre questionamentos Claudia Salles Vilela⁴¹ indaga: “Ora, como utilizar no estudo benefícios não acidentários, como os de código B31 (auxílio-doença previdenciário) e B32 (aposentadoria por invalidez previdenciária)? Como utilizar 100% dos benefícios de auxílio-acidente se este pode ser concedido também a segurados que sofreram acidentes de qualquer natureza”?

Conclui Vilela que justo seria adotar nos cálculos estatísticos apenas os benefícios acidentários e, ainda, nos quais a caracterização administrativa do nexos (pelo INSS) tivesse observado os termos legais. Ou seja, as doenças legalmente caracterizadas como acidentárias

⁴¹ VIANNA, Claudia Sales Vilela. **Acidente do Trabalho: Abordagem Completa e Atualizada**. São Paulo. LTr 2015.

pela pericia do INSS é que deveriam compor o estudo, e não todos os benefícios indistintamente.

Em síntese, a conclusão que se chega é que, ao se optar pela utilização da CNAE em detrimento da CBO, e ainda juntar ao bojo de dados a serem tratados, os benefícios não acidentários, a aplicação do art. 10 da Lei n.º 10.666/2003, que prevê redução de 50% ou majoração em 100%, nas alíquotas contribuição de 1%, 2% e 3% para os Riscos Ambientais do Trabalho (RAT), fica severamente prejudicada promovendo um desserviço ao incentivo do empregador em investir em ações de melhoria das condições do ambiente de trabalho e de redução dos acidentes do trabalho, uma vez que, como resultado da análise de dados fatalmente se observará um incremento no número de acidente e, conseqüentemente, a majoração na alíquota da RAT em um flagrante intuito arrecadador.

Laboissière Junior⁴² pondera que o FAP tem como objetivo “calcular um bônus para empresas que investem em prevenção e tributar as negligentes dentro de cada subclasse econômica”. Todavia, o que se verifica no momento da emissão do extrato do FAP é que os dados constantes não são suficientemente claros ou precisos para que possa ser demonstrada a real performance da empresa perante o conjunto empresarial catalogado em sua mesma subcategoria, contrariando de forma expressa a legislação vigente, conforme estabelecido no artigo 10, da Lei 10.666/036, além de consubstanciar graves contradições acerca dos acidentes de trabalho de fato acontecidos e registrados no referido extrato.

Por último, importante trazer à baila que a Associação Brasileira de Medicina do Trabalho (ABMT), em análise conjunta com a Sociedade Brasileira de Engenharia de Segurança (SOBES), constataram que preceitos legais consagrados na medicina do trabalho, na engenharia de segurança do trabalho, as técnicas da epidemiologia e os sólidos conceitos da estatística, estavam sendo confrontados.

Diante disto a ABMT juntamente com a SOBES solicitou ao Conselho Federal de Estatística (CONFE) posicionamento a respeito do estudo que originou o NTEP. Em resposta o CONFE emitiu o PARECER TÉCNICO CONFE/Nº 001/2007 RIO DE JANEIRO 30 DE MAIO DE 2007, intitulado de VERDADE ESTATÍSTICA, o qual alertou que a metodologia

⁴²LABOISSIÈRE JUNIOR, Elifas. **Fator Acidentário de Prevenção (FAP) e o Nexo Técnico Epidemiológico: Características e Generalidades**. Especialize Revista On Line do Instituto de Pós-Graduação – IPOG. Novembro de 2010.

utilizada no estudo ora confrontado, apresenta graves impropriedades, tanto no aspecto conceitual quanto no aspecto da aplicação.

Para o CONFE o modelo utilizado é um indicador pouco rigoroso para acenar com relação causal, especialmente quando as populações expostas e não expostas são absolutamente heterogêneas em relação às variáveis relevantes, que, aliás, no caso específico não são conhecidos. Quanto à aplicação, a impropriedade se deve a não utilização do erro de estimativa no critério de decisão, o critério puro e simples de $(RC) > 1$ é inaceitável.

Finaliza o Conselho de Classe que é possível se observar no Decreto n.º 6.042/2007 que a aplicação de tal critério acarretou grande número de situações onde o nexo epidemiológico indicado pelo procedimento não condiz com a experiência médica, que já as classificou como sendo absurda, sendo que em muitos casos basta usar o bom senso para verificar que a existência do nexo não se sustenta.

Conclui o Conselho de Estatística:

Julgamos imprescindível a reformulação da metodologia estatística aplicada na Lei 11.430/2006 para a caracterização do Nexo Epidemiológico Atuarial.

Diante das constatações apresentadas pelo Conselho Federal de Estatística – CONFE, não resta dúvida que a aplicação da sistemática do NTEP nos moldes em que o INSS propõe gera significativa inconsistência capaz de comprometer a confiabilidade da técnica. Inconcebível admitir que o trabalho na confecção de roupas íntimas, por exemplo, esteja relacionado com casos de tuberculose; da mesma forma, inadmissível a conclusão de que a apendicite aguda esteja diretamente relacionada com a extração de minérios; ou ainda, que a atividade de motoboy, muito embora bastante perigosa, seja associada a diabetes e patologias degenerativas devidas ao envelhecimento, que sequer, segundo a lei, podem ser atribuídas a uma determinada ocupação.

Para o CONFE, no estudo que definiu o NTEP, há erros de premissas básicas da ciência probabilística, pois o autor faz abordagens que contraria todos os princípios da inferência estatística e, portanto, como bem apontado pelo conselho de classe, a metodologia do indicador RC (Razão de Chance) apresenta graves impropriedades, tanto no aspecto conceitual quanto no aspecto da aplicação, o que de pronto já ensejaria rigorosa revisão no estudo e consequentemente da lei.

No anexo II da Lista C do Decreto n.º 3.048/99, encontra-se a indicação dos intervalos de CID-10 em que se reconhece Nexo Técnico Epidemiológico, na forma do § 3º do art. 337, entre a entidade mórbida e as classes de CNAE indicadas, nelas incluídas todas as subclasses cujos quatro dígitos iniciais sejam comuns. Todavia, ao se realizar simples testes de lógica sobre o uso do NTEP depara-se com verdadeiros absurdos, os quais, salvo melhor juízo, põem por terra o modelo estatístico desenvolvido, senão vejamos:

CNAE	ATIVIDADE	INTERVALO CID 10	MOLÉSTIA	NATUREZA ACIDENTÁRIA		ALÍQUOTA RAT
4923	Motoboy – Serviço de Transporte de Passageiros	E10 – E14	Diabetes	Sim		3%
5320	Motoboy – Serviços de coleta, distribuição e entrega de correspondência e Volumes.				Não	3%
3600	Motorista – Caminhão pipa de transporte de água potável			Sim		2%
4924	Motorista – Ônibus de Transporte Escolar	H53 – H54	Cegueira	Sim		3%
4921	Motorista – Ônibus de Passageiro Urbano				Não	3%
6423	Trabalhador da Caixa Econômica Federal – CEF	F30 – F39	Transtorno do Humor Afetivo não Especificado	Sim		2%
8424	Segurança e Ordem Pública – Policial.					2%
1062	Fabricação de Farinha de Trigo	A15 – A19	Tuberculose		Não	3%
1091	Padaria – Fabricação Própria			Sim		3%
1099	Fabricação de Produtos Alimentícios	S50 – S59	Traumatismos no cotovelo e antebraço	Sim		3%
						1%
8011	Empresa de Segurança, Limpeza, Conservação, etc.	F20 – F29	Esquizofrenia, transtornos esquizotípicos e transtornos delirantes.	Sim		3%
3299	Fabricação de Adornos para Árvore de Natal.					3%

Tab.1 – Comparações CNAE – CID – NATUREZA ACIDENTÁRIA

Ao se observar a atividade de motoboy, por exemplo, de forma surpreendente reconhece-se o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário somente para a atividade daquele que trabalha com serviços de transporte de passageiros, ou seja, o motoboy diabético que laborou com serviços de transporte de passageiros fará jus ao benefício acidentário, por outro lado, aquele que trabalhou somente com coletas, distribuição e entrega de correspondência e volumes não merece a mesma sorte, pois não foi contemplado na tabela de correlação do CID x CNAE.

Da mesma forma o motorista de caminhão pipa (CNAE 3600) que transporta água potável, o qual, se diabético (CID 10 – E10 - E14), restará comprovado pelo nexos técnico

epidemiológico a doença profissional equiparada acidente do trabalho, nos termos do art. 20, I e II da Lei 8.213/1991.

Na mesma linha de falta de correlação, estão os trabalhadores que laboram com o transporte escolar (CNAE 4924) onde, pelo NTEP as causas de cegueira estão intimamente ligadas com essa atividade. Já para os motoristas de ônibus urbano municipal, não existe correlação de cegueira com a atividade. Em superficial análise, impossível admitir, inicialmente, que a referida atividade possa se relacionar como causa para a perda da visão. E ainda que houvesse correlação, qual seria o fator determinante a distinguir a atividade de transportar alunos para escolas e passageiros comuns para os seus destinos?

Para Floriani Neto⁴³ o NTEP acabou por extinguir qualquer investigação técnica acerca de uma possível relação entre a doença e o trabalho, de modo que o acidente passou a ser configurado de forma presumida. Acrescenta Neto, como exemplo, o empregado de um hospital que apresente transtorno afetivo bipolar e que caso um dia passe por avaliação da Previdência Social, em função do NTEP, sua doença será caracterizada como decorrente de trabalho desenvolvido, sem, contudo, considerar origens biológicas e/ou neuroquímicas, característica dessa doença.

Aparentemente, toda a sistemática em xeque possui grande viés arrecadador, pois a própria Previdência, segundo Neto, veiculou que haveria aproximadamente 3.181 ações regressivas, para ressarcimento aos cofres públicos dos gastos decorrentes da concessão de benefícios relacionados ao trabalho em função de negligência ou da configuração do NTEP, com previsão de recebimento de U\$ 250 milhões de dólares. Para a Previdência Social⁴⁴, o NTEP gerou um incremento de 148% na ordem de benefícios auxílio-doença acidentários concedidos.

7.4 Aplicação do NTEP na Justiça do Trabalho

Convém inicialmente alertar que, não obstante todas as matérias referentes a benefícios previdenciários ajuizadas contra o INSS sejam da competência da Justiça Federal, a matéria acidentária tem competência específica na Justiça Estadual, portanto, por mera disposição legal,

⁴³ FLORIANI NETO, Antônio Bazilio. **Função Tributária e Acidentes Laborativos: Uma Análise dos Custos Transacionais**. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. V. 35.2, jul./dez. 2015.

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/saude-e-seguranca-do-trabalhador/politicas-de-prevencao/nexo-tecnico-epidemiologico-previdenciario-ntep/>> Acesso em: 10/01/2017.

as ações com requerimento de benefício previdenciário acidentário ao INSS devem ser ajuizadas, processadas e julgadas na Justiça Estadual.

Nesse sentido é o art. 109 da Constituição Federal de 1988 e o art. 129 da Lei n.º 8.213/1991.

Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho.

Lei n.º 8.213/1991

Art. 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados:

I - na esfera administrativa, pelos órgãos da Previdência Social, segundo as regras e prazos aplicáveis às demais prestações, com prioridade para conclusão: e

II - na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento a Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT.

Parágrafo único. O procedimento judicial de que trata o inciso II deste artigo é isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência.

Trata-se, portanto, de matéria prevista em lei e pacífica na jurisprudência, a qual, após controvérsias, restou consolidada a competência da Justiça Estadual para o julgamento das ações previdenciárias decorrentes de acidente do trabalho, conforme se extrai do Enunciado n.º 15 do STJ e da Súmula 235 do STF que trataram sobre o tema.

Enunciado 15 do STJ: Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.

Súmula 235 do STF: É competente para ação de acidente do trabalho a Justiça Cível comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora.

A Súmula Vinculante n.º 22, por sua vez, ocupou-se em estabelecer competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, por esse motivo, a Justiça do Trabalho, vem, em reiteradas decisões se utilizando da correlação estatística de cruzamento de dados entre a atividade econômica e a doença (NTEP X CID – 10)

para, uma vez caracterizado o nexo técnico epidemiológico previdenciário, atribuir ao empregador responsabilidades civis e trabalhistas.

Importante citar, inclusive o Enunciado n.º 42 aprovado na 1.ª Jornada de Direito do Trabalho de 2007 que assim prescreve:

Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT - Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei 8.213/1991.

Nesse sentido foi a recente decisão, da 2ª Turma do TRT da 10ª região no Recurso Ordinário n.º 01081.2015.003.10.004, onde, com base no art. 479 do CPC/2015, que prescreve que o laudo técnico não vincula o magistrado, afastou as conclusões do perito judicial, que afirmou no laudo não haver elementos que permitissem firmar nexo causal ou concausal entre as patologias e o trabalho exercido pela Reclamante na Reclamada, para, fazendo uso da metodologia de associação estatística entre o CNAE e o CID-10, atribuir nexo técnico epidemiológico entre a doença desenvolvida pela demandante e a atividade por ela desenvolvida no âmbito do empregador, e, conseqüentemente declarar a enfermidade da reclamante como ocupacional, garantindo-lhe estabilidade, nulidade da dispensa, manutenção no plano de saúde e pagamento de salários do período em que ficou afastada.

1. DISTÚRBIOS OSTEOMUSCULARES. RELAÇÃO DAS DOENÇAS DA EMPREGADA COM O AMBIENTE DE TRABALHO E A FUNÇÃO EXERCIDA. EXPOSIÇÃO A FATORES DE RISCO ERGONÔMICOS. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO PREVIDENCIÁRIO. NEXO DE CAUSALIDADE. Ressai dos autos a existência de elementos aptos a evidenciar que as atividades exercidas pela reclamante para a reclamada ou as condições em que essas atividades foram exercidas influenciaram na precipitação ou no agravamento da doença desenvolvida pela reclamante e situando-se, por outra banda, que a atividade econômica exercida pelo réu é considerada pelo Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário como desencadeador de doenças ocupacionais da mesma natureza das que atingem a autora, deve-se reconhecer, uma vez estabelecido o nexo causal, que a acionante desenvolveu mesopatia (LER/DORT), equiparável a acidente de trabalho. Assim, configurada a existência de doença profissional relacionada com o exercício do labor exercido na empregadora, resta assegurada a estabilidade provisória, na forma do disposto na Súmula 378, II, do TST e Lei 8.213/91, art. 118, devendo ser declarada nula a dispensa e determinada a reintegração da autora. Data de Julgamento: 14/09/2016. 2ª Turma. Relator: Juiz Gilberto Augusto Leitão Martins

Da mesma forma, o Acórdão proferido no RO 0000608-30.2015.5.10.0111, que, por reconhecer a existência do NTEP, negou-lhe provimento, condenando a reclamada ao

pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em decorrência de doença ocupacional relacionada ao trabalho.

DOENÇA PROFISSIONAL. NEXO DE CONCAUSALIDADE. DECRETO Nº 6.957/2009. DANO MORAL. Segundo dispõe o artigo 21, I, da Lei nº 8.213/1991, equipara-se ao acidente do trabalho aquele evento ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a perda ou a redução da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação. Ressaindo dos autos que a patologia de que padece o reclamante foi agravada pelo trabalho desenvolvido na reclamada, impõe-se reconhecer o nexo de concausalidade entre o dano e o labor desenvolvido em prol da reclamada. Mais se avulta esse entendimento quando se constata que a doença adquirida está relacionada com o trabalho, conforme agente etiológico ou fator de risco de natureza ocupacional. Nessa senda, concebe-se que a função desempenhada pelo obreiro é propícia ao desenvolvimento da doença da qual ele é portador. Restando, ainda, evidenciado o desrespeito patronal ao dever geral de cautela e de adotar todos os cuidados em relação à segurança de seus empregados, obrigação advinda do dever de proteção ao meio ambiente do trabalho, nos termos dos arts. 200, inc. VIII, e 225 da CRFB, é devido o pagamento de indenização por dano moral pela demandada. 0000608-30.2015.5.10.0111 - RO. Data do Julgamento 14/09/2016. 1ª TURMA/2016. Relator: Grijalbo Fernandes Coutinho.

Diante da dificuldade significativa de delimitação tanto do nexo etiológico (origem ou evento desencadeador do infortúnio laboral), como do nexo causal, que segundo Antônio Lopes Monteiro⁴⁵, constitui a relação de causa e efeito entre o evento e o resultado, para fins de estabelecimento de efetiva ocorrência acidentária, tem sido cada vez mais comum na Justiça do Trabalho, a aplicação da sistemática do nexo técnico epidemiológico previdenciário, previsto no art. 21-A da Lei 8.213/91, como fundamento para reforçar a existência do nexo.

Todavia, não se deve perder de vista que o nexo técnico epidemiológico previdenciário (NTEP) gera **presunção relativa** de nexo para fins previdenciário entre o trabalho e o agravo, ou seja, pode ser afastada por prova em contrário. Por esse motivo, a prova pericial realizada por médico do INSS não pode ser integralmente afastada, conforme estabelece o art. 337 do Decreto 3.048/99, muito embora, na prática, se saiba que ela vem sendo dispensada.

⁴⁵ MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidente do Trabalho e Doenças Ocupacionais**, 2000.

Art. 337. O acidente do trabalho será caracterizado tecnicamente pela perícia médica do INSS, mediante a identificação do nexo entre o trabalho e o agravo. (Redação dada pelo Decreto nº 6.042, de 2007).

I - o acidente e a lesão;

II - a doença e o trabalho; e

III - a causa mortis e o acidente.

A jurisprudência da máxima corte trabalhista tem se utilizado do nexo técnico para fins de reforço do nexo de causalidade nas hipóteses de acidente de trabalho na modalidade doença ocupacional, nesse sentido o julgamento do AIRR 139-39.2013.5.04.0234

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - DESCABIMENTO. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO. PRESUNÇÃO LEGAL RELATIVA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE DOENÇA E TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE. 1.1. Com o advento da Lei nº 11.430/2006, foi inserido o art. 21-A na Lei nº 8.213/1991, dispondo que "a perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento". **A instituição do nexo técnico epidemiológico previdenciário - NTEP constitui medida de proteção à saúde do trabalhador e decorre do reiterado descumprimento, pelos empregadores, da emissão de CAT e das dificuldades de fiscalização.** Trata-se de método de associação estatística, em que se compara a recorrência do surgimento de patologias, em grupos de trabalhadores, a determinada atividade, estabelecendo-se nexo de causalidade presumido. 1.2. Não obstante, tal presunção relativa foi elidida pelo conjunto probatório dos autos (provas técnica e testemunhal), inenunciável a revisão nesta instância extraordinária (Súmula 126/TST). Processo: AIRR - 139-39.2013.5.04.0234. Data de Julgamento: 27/04/2016, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016.

O entendimento do TST é no sentido de que o ônus da prova acerca da inexistência do nexo causal passa a ser do empregador diante da presunção relativa criada pelo NTEP, ou seja, o TST vem reconhecendo que o ônus da prova passa a ser do empregador para provar a inexistência do nexo causal quando existente o NTEP. Dificuldade maior se verifica quando o magistrado resolve utilizar a faculdade do art. 473 do NCPC, dispensando a prova pericial judicial, baseando-se somente na perícia médica administrativa da autarquia previdenciária federal, que atualmente baseia-se apenas na correlação do CNAE com a CID – 10.

Não bastasse a obrigação insculpida no art. 169 da CLT de emitir a CAT diante da mera suspeita, é também do empregador, uma vez comprovado o nexo técnico epidemiológico, o encargo da prova negativa para afastar as suas responsabilidades civis e, conseqüentemente, a majoração da contribuição dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT).

CLT

Art. 169 - Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Vale ressaltar, por oportuno, que ante a compulsoriedade do art. 169 da CLT, no que diz respeito a emissão da CAT diante da mera suspeita, o médico do trabalho, que no exercício da sua atividade, segundo o art. 10 da Convenção n.º 161 da OIT, goza de completa independência profissional com relação ao empregador, deve, obrigatoriamente, notificar sem a devida convicção a ocorrência de doenças profissionais ligadas à atividade empresarial à Previdência Social onerando sobremaneira, conseqüentemente, o gerador de emprego, visto que esta também impactará na aferição do valor da Contribuição do RAT.

Em síntese, pela metodologia de aferição do risco ambiental do trabalho, a carga do ônus probatório ficou integralmente deslocada para o empregador acarretando-lhe obrigações trabalhistas (depósito do FGTS e indenizações), tributárias diretas (RAT, FAP) e até mesmo responsabilidade criminal.

Resta comprovada que a sistemática que avalia se a doença que acomete o trabalhador está relacionada com a atividade econômica não se mostra totalmente segura, pois, conforme se observa nas correlações apresentadas na tabela 1, é possível que se constate nexo epidemiológico entre determinada enfermidade e a uma atividade econômica na qual não haja qualquer possibilidade de relação com a atividade efetivamente desempenhada pelo empregador. Desta forma, constata-se que o método carece urgentemente de ajustes visando o seu aprimoramento para proporcionar maior segurança, vez que, como dito alhures, há grande distorção na técnica capaz de atribuir, indevidamente, responsabilidades ao empregador em decorrência do acometimento de enfermidade, que não possui nexo com a atividade empresarial desempenhada.

Ou seja, a sistemática em questão, definitivamente, não cumpre o seu objetivo de premiar as empresas que se ocuparam com investimentos em segurança no trabalho, bem como o de punir aquelas que, ao contrário, agiram de forma negligente sem promover qualquer

melhoria no meio ambiente de trabalho no que diz respeito à prevenção contra os infortúnios trabalhistas.

Veja-se que se determinada empresa atua em atividade empresarial classificada como de elevado risco de acidente e, por esse motivo, investe em segurança, obtendo, conseqüentemente, êxito em sua política de prevenção, ela ainda assim pode ser penalizada no cálculo do FAP e, conseqüentemente da RAT, em detrimento de todos os investimentos em prevenção, caso lhe seja atribuído nexo técnico epidemiológico em doença ocupacional sem qualquer relação com a atividade ou, ainda, caso ocorra acidente de trajeto, onde sequer o empregador tem possibilidade de intervir em prol de evitá-lo.

Segundo Vianna a crítica não é à criação de uma tabela epidemiológica que, presumidamente, poderia ser utilizada pelo INSS para a caracterização dos acidentes, mas, sim, à forma adotada para essa metodologia. É pela utilização indistinta do CNAE, em vez do CBO, e pela utilização de benefícios não acidentários no estudo feito, criando uma tabela totalmente dissociada da realidade, o que acabou por ocorrer na prática.

Ainda, segundo Viana, o Congresso Nacional sequer conhecia a metodologia que seria adotada, tampouco analisou a tabela quando da aprovação da norma legal que acrescentara o art. 21-A à Lei n.º 8.213/91.

CONCLUSÃO

O argumento da Previdência Social para implantação do NTEP e do FAP seria privilegiar as empresas que diligentemente investissem em melhorias para a saúde e o meio ambiente do trabalho. Todavia, a sistemática não tem alcançado seu intuito primário, pois, o fato da alíquota da Contribuição do Risco ao Ambiente de Trabalho (RAT) ser definida somente pela CNAE, deixa de considerar os índices individuais de acidentalidade, colocando, conseqüentemente, em pé de igualdade tanto aquelas empresas que investiram em segurança quanto aquelas que foram negligentes com a sua obrigação de garantir a saúde do trabalhador.

Definitivamente, o objetivo da complexa sistemática de aferição da Contribuição RAT, de promover o investimento em segurança no trabalho e, conseqüentemente, menor número de acidentes de trabalho, não vem sendo cumprido, pois como se viu, tanto na aferição do FAP (na contabilização dos índices de gravidade, frequência e custo) quanto no uso do NTEP há sérias

distorções que pode punir o empregador que se esmerou na promoção de um ambiente de trabalho sadio e seguro.

A aplicação do NTEP da forma que foi desenvolvida, portanto, não se presta para promover melhorias no meio ambiente de trabalho nem tampouco no sistema previdenciário, a não ser o de incrementar a arrecadação do INSS, onde se conclui que a promoção da segurança do trabalhador encontra-se baseada, na verdade, na oneração do empregador que ainda pode sofrer com ações regressiva do INSS que busca obter o ressarcimento dos valores pagos à título de benefícios acidentários.

O que se percebe de tudo isso, é que esse modelo se descolou da intenção inicial da Administração de promover nos cidadãos a conscientização acerca dos riscos ligados à atividade laboral, permanecendo somente a função arrecadadora e a vontade de punir o suposto causador do dano, sob o pretexto de incentivar investimentos em segurança e saúde do trabalhador. Todavia, o Estado jamais proporcionou políticas públicas ou meios de financiamentos para compra de equipamentos capazes de promover maior segurança ao trabalhador.

O caminho viável, aparentemente, é o aperfeiçoamento do NTEP, porém a revisão dos dados é condição que se impõe, sob pena de perda da credibilidade necessária para esse tipo de mecanismo. O tratamento estatístico dos dados deve obedecer aos protocolos de validação e as recomendações dadas pelo Conselho de Estatística, bem como novos dados de correlação devem ser testado para evitar distorções como as já demonstradas anteriormente.

Com relação à aplicação da sistemática nos julgamentos processuais, tem-se visto que, sob o argumento de que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, decisões são tomadas lançando mão do instrumento de conexão entre a atividade empresarial e o infortúnio (NTEP), atribuindo integralmente ao empregador o ônus de afastar a sua responsabilidade, sem, contudo, ter certeza de que a técnica é 100% segura. Ou seja, trabalha-se com absurda insegurança jurídica, a qual traz grande prejuízo àquele que gera emprego, pois, além de ter que garantir a estabilidade do empregado (para afastamento superiores a 15 dias), deve realizar os depósitos fundiários, responder civilmente por dano que pode nem ter causado e ainda, sofrer ações regressivas por parte do INSS para ressarcir as despesas pagas à título de benefício previdenciário.

A integral revisão de todo o procedimento de desenvolvimento e utilização do NTEP, bem como a aferição do FAP é medida que se impõe, a qual deve ser feita o mais breve possível.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Oliveira, P.R. – **Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP e o Fator Acidentário de Prevenção – FAP: Um Novo Olhar sobre a Saúde do Trabalhador** – Brasília 2008. Tese de Doutorado – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília – UnB;
- BASTOS, Maurício Schimidt. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Atualidade da Súmula 229 do E. Supremo Tribunal Federal. Consultado em 29 de setembro de 2016 no site - www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/3255/15dejulho.pdf;
- FLORIANI NETO, Antônio Bazilio. Função Tributária e Acidentes Laborativos: Uma Análise dos **Custos Transacionais**. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. V. 35.2, jul./dez. 2015;
- LABOISSIÈRE JUNIOR, Elifas. Fator **Acidentário de Prevenção (FAP) e o Nexo Técnico Epidemiológico: Características e Generalidades**. Especialize Revista On Line do Instituto de Pós-Graduação – IPOG. Novembro de 2010;
- MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidente do Trabalho e Doenças Ocupacionais**, 2000;
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional**. 9º Ed. Ver., ampl e atual – São Paulo: LTr, 2016. P. 68 e 77;
- PORTINHO, Alexandre Röehrs. **Problemas do Fator Acidentário de Prevenção – FAP**. 2009. Disponível em: <http://www.homrichportinho.com.br/>. Acesso em 02 de janeiro de 2017;
- SANTANA, Vilma Sousa. **Bases Epidemiológicas do Fator Acidentário Previdenciário**. Revista Brasileira de Epidemiologia, 2005, 8(4): 440-453;
- SILVA JUNIOR, João Silvestre. **Discussão dos impactos do nexo técnico epidemiológico previdenciário**. Revista Brasileira de Medicina do Trabalho. 2012;10(2):72-9;
- VIANNA, Claudia Sales Vilela. **Acidente do Trabalho: Abordagem Completa e Atualizada**. São Paulo. LTr 2015.

A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA CONSTRUÇÃO CIVIL: UMA ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS

*Bruno Reis de Souza*⁴⁶

Resumo: Este artigo tem por escopo realizar uma análise sobre algumas consequências da terceirização, tomando-se como base o setor da construção civil. A terceirização de serviços é um assunto bastante delicado de se tratar no ramo do Direito do Trabalho, principalmente pelo fato de existirem diversas lacunas legislativas com relação ao tema, sendo certo que o Judiciário tem se baseado apenas no entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho em sua Súmula 331. Para a análise das consequências, será feito o estudo da Ação Civil Pública nº 0000460-42.2014.5.03.0016 movida pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região em desfavor das empresas Even Construtora e Incorporadora S/A e Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA. Na referida ação, entendeu-se que houve ilicitude na prática da terceirização. Portanto, a partir desse caso concreto, esta pesquisa se concentrará no estudo da precarização dos direitos trabalhistas, dos direitos fundamentais, adotando, inclusive, como marco teórico a Teoria dos Direitos Fundamentais de Ronald Dworkin, bem como será realizada uma análise de um possível retrocesso social com a prática da terceirização de serviços.

Palavras-chave: Terceirização. Precarização das condições de trabalho. Direitos fundamentais. Retrocesso Social.

Abstract: This article has as scope to perform an analysis on some consequences of the outsourcing, taking as base the segment of the civil construction. The outsourcing of services is a very delicate subject matter to deal with in the Labor Law field, mainly due to the fact that there are several legislative loopholes regarding the subject, being certain that the Judiciary has been based only on the understanding consolidated by the Superior Labor Court in Its Summary 331. For the analysis of the consequences, will be made the study of Public Civil Action Nº 0000460-42.2014.5.03.0016 proposed by the Labor Public Ministry of the 3rd Region against Even Construtora e Incorporadora S/A and Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA. In this lawsuit, it was understood that there was unlawfulness in the practice of outsourcing. Therefore, from this concrete case, this research will focus on the precariousness of labor rights and fundamental rights, adopting, as a theoretical framework, Ronald Dworkin's Theory of Fundamental Rights, as well as an analysis of a possible social retrocession with the practice of outsourcing services.

Keywords: Outsourcing. Precariousness of labor rights. Fundamental rights. Social retrocession.

⁴⁶ Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/DF. Advogado.

INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar, a partir da análise de um caso concreto, a precariedade das condições de trabalho, os direitos fundamentais do trabalhador terceirizado e a existência de um possível retrocesso social.

O setor da construção civil é um dos segmentos que mais tem utilizado a terceirização de serviços, ainda mais pelo fato de movimentar significativamente a economia do país, o que acaba envolvendo milhões de trabalhadores que se sujeitam às condições precárias de trabalho.⁴⁷

Inicialmente, faz-se necessário o entendimento de que, do ponto de vista empresarial, a terceirização é uma espécie de técnica para melhor organização e inserção no mercado. Contudo, do ponto de vista social, existem os trabalhadores que têm se submetido a condições precárias de trabalho e estão perdendo os seus direitos fundamentais básicos.

Assim, para alcançar o objetivo do presente estudo, na primeira parte do artigo, foi feita uma análise geral a respeito da terceirização de serviços, demonstrando a mudança no modo de produção do sistema industrial, do fordismo ao toyotismo, o que impulsionou o surgimento da terceirização. Posteriormente, buscou-se demonstrar a evolução desse fenômeno na legislação trabalhista. Em seguida, foi feita uma análise quanto à natureza da terceirização, bem como de sua licitude e ilicitude, e as consequências decorrentes desta última. Por fim, foi feito um breve relato a respeito da terceirização no setor da construção civil.

Na segunda parte, foram feitas a análise e a descrição da Ação Civil Pública nº 0000460-42.2014.5.03.0016, movida pelo Ministério Público do Trabalho – MPT em face das empresas Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA e Even Construtora e Incorporadora S/A, que foi o caso escolhido para se verificar a utilização e as consequências da terceirização na construção civil, no qual foi reconhecida a prática de terceirização ilícita por parte das empresas, as quais foram condenadas a se absterem de utilizarem trabalhadores que não fossem contratados diretamente.

Na última parte, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Ronald Dworkin, foram demonstradas as consequências desastrosas que a prática da terceirização traz para os trabalhadores terceirizados.

⁴⁷ BARRETO, Aldo Branquinho. *Terceirização na construção civil*.

1 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS COMO INSTRUMENTO UTILIZADO NO SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL

1.1 Do Fordismo ao Toyotismo: um impulso para a terceirização

Durante o século XIX, a indústria utilizava o modelo fordista como sistema de produção, onde todo o processo produtivo era concentrado em um único estabelecimento e o trabalho dos operários era fragmentado apenas em pontos específicos.⁴⁸

No entanto, em meio à Segunda Guerra Mundial, com a grande procura de armamentos, a indústria bélica sentiu a necessidade de delegar serviços a terceiros para conseguir atender a enorme demanda⁴⁹, o que fez com o fordismo começasse a ser substituído, aos poucos, por um novo modelo de produção, o toyotismo.

Foi a partir desse ponto que a terceirização começou a ganhar espaço dentro do sistema capitalista, uma vez que o toyotismo trazia a premissa de que as empresas deviam se tornar enxutas e a produção ser feita por uma rede de empresas.⁵⁰

Assim, a indústria deixou o fordismo, que tinha como base a centralização das etapas de produção sob um único comando e passou a utilizar o modelo toyotista, com a descentralização das atividades da indústria, reduzindo as áreas de atuação das empresas, que passaram a manter apenas o negócio principal, o que proporcionou melhor competitividade e lucratividade.⁵¹

Desta forma, a indústria elevou o ritmo da produção e preservou a qualidade do produto, passando a utilizar a terceirização de serviços, que mesmo não sendo “[...] um instituto de natureza

⁴⁸ COURA, Solange Barbosa de Castro. O capitalismo contemporâneo e suas transformações: o impacto da terceirização trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, volume 53, número 83, p. 241-267, jan./jun. 2011.

⁴⁹ SCHNELL, Fernando. A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador. A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 703, 8 jun. 2005. p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6855>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁵⁰ COURA, Solange Barbosa de Castro. O capitalismo contemporâneo e suas transformações: o impacto da terceirização trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, volume 53, número 83, p. 241-267, jan./jun. 2011.

⁵¹ SCHNELL, Fernando. A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador. A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 703, 8 jun. 2005. p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6855>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

trabalhista, mas uma fórmula de administração da mão de obra adotada em virtude da reestruturação empresarial, sua implementação gerou enormes impactos nas relações trabalhistas”.⁵²

Segundo Maurício Godinho Delgado, a “[...] terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justtrabalhista que lhe seria correspondente”.⁵³ Ou seja, o trabalhador terceirizado é incluído na linha de produção da empresa tomadora de serviços, todavia, sem levar a esta os vínculos trabalhistas decorrentes de uma relação de emprego comum.

Para Rodolfo Pamplona Filho, a terceirização é “[...] a transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida”.⁵⁴ Assim, ao terceirizar determinada etapa da produção, a empresa tomadora de serviços estaria buscando maior qualidade para o seu produto final, tendo em vista que as empresas prestadoras de serviços seriam mais especializadas naquela etapa da produção.

Os conceitos apresentados se complementam, podendo-se concluir que a terceirização é o fenômeno que ocorre quando uma empresa deixa de explorar determinada atividade por meio de funcionários contratados diretamente e a transfere para uma terceira empresa, visando ao aperfeiçoamento do produto e melhor competitividade no mercado.

Esse fenômeno pode ocorrer de duas maneiras. A primeira seria a terceirização externa, que ocorre quando a empresa externaliza parte de seu processo produtivo, levando para fora etapas da produção. E a segunda seria a terceirização interna, hipótese em que a empresa internaliza empregados alheios.⁵⁵

Para o presente estudo, o que interessa é a dinâmica da terceirização interna, que causa grandes prejuízos aos trabalhadores.

Do ponto de vista da empresa prestadora de serviços, essa terceirização permite não apenas a redução de custos, mas também dos riscos típicos de uma atividade empresarial, fazendo com que a empresa possa ser mais flexível de acordo com as variações do mercado, ficando mais fácil a realização de algumas movimentações em caso de reações negativas.⁵⁶

⁵² COURA, Solange Barbosa de Castro. O capitalismo contemporâneo e suas transformações: o impacto da terceirização trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, volume 53, número 83, p. 241-267, jan./jun. 2011.

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014. p. 452.

⁵⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. p. 2. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2036>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁵⁵ VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para o tratamento da matéria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 199, out./dez. 2012.

⁵⁶ VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para o tratamento da matéria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 203, out./dez. 2012.

A verdade é que a terceirização veio se tornando uma necessidade, tendo em vista que não há mais a possibilidade de uma empresa concentrar em si todo o seu sistema produtivo, principalmente pela necessidade de haver a possibilidade de se flexibilizar e reduzir os custos.⁵⁷

Segundo Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

A terceirização é elemento nuclear do modelo toyotista de produção que se construiu na plataforma econômica brasileira, seja por refletir, em suas premissas constitutivas, os principais fundamentos gerenciais do toyotismo, seja por sua significativa abrangência no mercado de trabalho.⁵⁸

Portanto, com a prática da terceirização, as empresas mantêm a concentração no núcleo de seu processo de produção e transfere suas etapas e processos periféricos, aceitando os ideais do toyotismo, pelo fato de se ter uma produção enxuta com uma estrutura horizontal. Todavia, os efeitos dessa prática são inevitavelmente as reduções de empregos com vínculo direto e dos encargos trabalhistas, sociais e tributários.⁵⁹

1.2 A terceirização de serviços e sua evolução na legislação brasileira

A terceirização surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Decreto-lei nº 200/67, que criou a possibilidade de contratação de mão de obra indireta para a execução de serviços na arena pública.⁶⁰

No entanto, antes de surgir o termo “terceirização”, a CLT já tratava da subemprego, uma espécie de subcontratação de mão de obra prevista em seu artigo 455, onde a empresa tomadora do serviço assumia a responsabilidade subsidiária com relação às obrigações trabalhistas, caso a empresa prestadora de serviços não tivesse condições de arcar com os custos destes encargos.⁶¹

Embora não tenha sido utilizada a denominação “terceirização” na CLT, a legislação brasileira apenas repetiu a ideia de “terceirizar” no Decreto-lei 200/67, onde se teve a reforma da Administração

⁵⁷ VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 67, n. 7, p. 779-780, jul. 2003.

⁵⁸ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 13.

⁵⁹ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 13.

⁶⁰ MEDEIROS, Mateus de Souza. O Fenômeno da Terceirização: Definição e Detalhes. *Jus Navigandi*, 02 abr. 2014. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/26602/o-fenomeno-da-terceirizacao-definicao-e-detalhes>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁶¹ INSTITUTO ACENDE BRASIL (2012). *Terceirização no Setor Elétrico e o Interesse Público*. White Paper8, São Paulo, 28 p.

Federal com a possibilidade de descentralizar e contratar mão de obra por meio de contratos e concessões para a execução de atividades da Administração Federal.⁶²

Assim, com o intuito de promover a descentralização de serviços, começaram a surgir diversas leis para regulamentar a terceirização em determinadas atividades. A primeira delas foi a Lei n. 6.019/74, que trata do trabalho temporário. A segunda foi a Lei n. 7.102/83, que instituiu a prestação de serviço de vigilância e transporte de valores.⁶³

Embora houvesse leis que tratavam a respeito da terceirização, o tema estava cheio de lacunas, o que acabou forçando o Tribunal Superior do Trabalho, a partir dos anos 80, a firmar entendimento com relação às consequências advindas da terceirização, criando a súmula jurisprudencial 256⁶⁴, que possuía a seguinte redação:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.⁶⁵

A referida súmula apresentava apenas duas exceções como possibilidade de terceirização, o trabalho temporário e serviços de vigilância e de transporte de valores.⁶⁶

Contudo, o citado enunciado havia sido editado antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e não englobava as hipóteses de descentralização de serviços pela administração pública.⁶⁷ Assim, diante da lacuna legislativa e a existência de novos casos judiciais, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a Súmula 256 e editou a Súmula 331, que atualmente possui a seguinte redação:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 256 do TST. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256> Acesso em: 10 nov. 2016.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.

obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.⁶⁸

A edição desta súmula foi um avanço para o Direito do Trabalho, passando a ser a base para a resolução das demandas relacionadas à terceirização, esclarecendo as principais dúvidas existentes com relação ao tema.

A partir da Súmula 331, pode-se concluir que com a aplicação da terceirização, é criada uma relação trilateral envolvendo o trabalhador, a empresa tomadora de serviços e a empresa prestadora de serviços.⁶⁹

Desta forma, pode-se dizer que existe um contrato de trabalho direto entre a empresa prestadora de serviços e o empregado, e um contrato civil entre as empresas tomadora e terceirizada, “[...] cujo objeto negociado é a força de trabalho de alguns indivíduos.”⁷⁰

Já o vínculo entre o empregado e a empresa tomadora, a princípio, é uma relação privada decorrente de um contrato de prestação de serviços, que, na verdade, gera reflexos trabalhistas significativos, tendo em vista que o empregado é inserido na dinâmica da tomadora de serviços, sendo muitas vezes confundido com os próprios trabalhadores contratados diretamente, contudo, sem os mesmos direitos.

Dentro dessa relação triangular existente, um ponto que chama atenção é a questão da licitude ou ilicitude da terceirização.

Quanto à licitude, a Súmula 331 do TST apresenta quatro hipóteses: a) contratação de trabalho temporário, prevista na lei n. 6.019/74; b) contratação de atividades de vigilância, conforme previsão na Lei n. 7.102/83; c) contratação empresa terceirizada para realizar as atividades de conservação e

⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331 do TST. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (nova redação do item iv e inseridos os itens v e vi à redação) - res. 174/2011, dejt divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.

⁷⁰ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção trabalhista e marginalidade social: (im)possibilidade para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 25.

limpeza; e d) contratação de empresas especializadas em serviços ligados às atividades-meios do tomador de serviços.

Com relação à ilicitude, esta ocorre quando se tem o desvirtuamento das hipóteses de licitude da terceirização, principalmente quando a empresa prestadora de serviços exerce atividades ligadas ao núcleo e dinâmica empresarial da empresa tomadora de serviços, ou seja, quando há a prática de terceirização de atividades-fim.

Nesse sentido, assim argumenta Sérgio Pinto Martins:

A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores.⁷¹

Desta forma, a natureza acessória da atividade investida a um terceiro é um elemento essencial para que a terceirização seja lícita, pois, caso contrário, a empresa tomadora de serviços estaria fraudando seu próprio objeto social, transferindo à prestadora de serviços o risco da sua atividade empresarial.⁷²

É nesse contexto que se encontram as maiores dificuldades da jurisprudência trabalhista, tendo em vista que se cria uma dualidade entre atividade-meio e atividade-fim para verificar se a prática de determinada terceirização ocorreu de forma lícita ou ilícita.

Assim, entende-se por atividades-fim aqueles serviços que definem a essência dinâmica da dinâmica empresarial do tomador de serviços.⁷³

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico.⁷⁴

Assim, “[...] a atividade é fim quando se relaciona em linha reta não só com o objeto da atividade empresarial, mas com a própria causa que deu origem à empresa [...]”.⁷⁵

⁷¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

⁷² SOUZA, Geraldo Emediato de. *A terceirização na construção civil*. Nota Técnica. Belo Horizonte, jun. 2013.

⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.

⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014. p. 468.

⁷⁵ VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para o tratamento da matéria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 215, out./dez. 2012.

Já as atividades-meio seriam aqueles serviços periféricos que não integram o núcleo e a dinâmica empresarial e nem contribuem para a definição do posicionamento empresarial no contexto econômico, apresentando-se como atividades periféricas, instrumentais e de apoio.⁷⁶

Ora, o que se percebe, é que a Súmula 331 surgiu com a intenção de compatibilizar a liberdade de terceirizar serviços de atividades, mas com a preservação da função social da empresa, que deveria manter o seu núcleo essencial com o quadro de funcionários contratados diretamente.⁷⁷

Portanto, ao apresentar as hipóteses de licitude do fenômeno aqui estudado, a referida súmula acaba afirmando que qualquer vínculo de terceirização estabelecido fora dos limites impostos pelo seu entendimento deve ser reputado fraudulento, ilícito e inválido, preservando-se, assim, a integridade do trabalhador.⁷⁸

1.3 A aplicação da terceirização na construção civil e o alto índice de acidentes no setor

A empresa do setor da construção civil utilizava apenas mão de obra própria e contratada diretamente até a década de 70, época em que sofreu enormes mudanças, passando a utilizar como regra a terceirização de várias etapas de uma construção com base no artigo 455 da CLT e sob a justificativa de que “[...] a especialização e também a própria peculiaridade do sistema de produção, cujas atividades, embora permanentes, geram serviços transitórios.”⁷⁹

No âmbito da construção civil, o fenômeno da terceirização é conhecido como subempreitada, onde ocorre a contratação, por parte da construtora, de empresas de menor porte para a realização de etapas segmentadas e distintas da construção.⁸⁰

Quando não há irregularidades na terceirização de serviços, enquanto as construtoras realizam atividades próprias da construção, como a montagem da estrutura da edificação de concreto armado e a finalização da fachada do empreendimento por meio de funcionários contratados diretamente, as empresas contratadas, geralmente, realizam o serviço de acabamento, parte elétrica, limpeza final da obra, atividades que não são típicas da construção.⁸¹

⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014. p. 467.

⁷⁷ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 32.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 37.

⁷⁹ SOUZA, Geraldo Emediato de. *A terceirização na construção civil*. Nota Técnica. Belo Horizonte, jun. 2013.

⁸⁰ DIEESE. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil. São Paulo, p. 78. abr. 2003.

⁸¹ DIEESE. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil. São Paulo, p. 78. abr. 2003.

Todavia, o que tem ocorrido é o fato de que as construtoras estão contratando, inclusive, trabalhadores terceirizados para exercerem atividades típicas da própria construção civil, praticando, em verdade, a terceirização de atividades-fim.

No ramo da construção civil, as atividades em um canteiro de obras são praticamente atividades finalísticas que se dividem em diversas etapas transitórias, fazendo com que as construtoras tenham a necessidade de efetuar diversas contratações em diferentes etapas da obra.⁸²

Nesse sentido, assim argumenta Geraldo Emediato de Souza, procurador do trabalho de Minas Gerais:

Na construção civil um canteiro de obras é constituído por trabalhadores de diversos empregadores, contratados por empreitada, para as diversas e distintas etapas da obra, sendo raras as construtoras que não estabelecem esse tipo de contratação para a consecução de seu produto final, que possui características de difícil padronização.⁸³

Ora, tendo em vista as múltiplas contratações, em cada etapa da construção haverá a contratação de trabalhadores especializados naquela atividade específica e que serão dispensados após a finalização daquela etapa, o que acaba gerando uma alta rotatividade de contratação e demissão de empregados.

Por isso, grande parte das empresas prestadoras de serviços no ramo da construção civil é constituída apenas para o cumprimento de determinado contrato, admitindo empregados somente após eventual contratação pelo tomador de serviços.⁸⁴

Assim, tendo em vista a dependência de assinatura de contratos com as empresas tomadoras, quase 100% (cem por cento) das empresas prestadoras de serviços que atuam no setor da construção civil não possuem o mínimo de estrutura administrativa e/ou financeira para garantir os direitos trabalhistas de seus empregados. Sem contar que os trabalhadores, na maioria das vezes, são demitidos após o encerramento da etapa para os quais foram contratados, o que lhes causa uma maior instabilidade no emprego.⁸⁵

Além do mais, a construção civil vem sendo um segmento importante para a economia brasileira por ter a capacidade de gerar uma quantia significativa de riquezas e empregos.⁸⁶ Todavia, o setor possui

⁸² SOUZA, Geraldo Emediato de. *A terceirização na construção civil*. Nota Técnica. Belo Horizonte, jun. 2013. p. 9.

⁸³ SOUZA, Geraldo Emediato de. *A terceirização na construção civil*. Nota Técnica. Belo Horizonte, jun. 2013. p. 9.

⁸⁴ BARRETO, Aldo Branquinho. *Terceirização na construção civil*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ BARBOSA, Andrea Maria Gouveia. *Segurança e saúde na indústria da construção no Brasil: diagnóstico e recomendações para a prevenção dos acidentes de trabalho*. Brasília: Sesi, 2013.

altos índices de acidentes de trabalho, necessitando de uma maior observância da segurança e saúde de seus trabalhadores.

A indústria da construção é reconhecida como uma das atividades mais perigosas e que mais mata trabalhadores no Brasil, tendo em vista o número expressivo de acidentes de trabalho.

Na última década, o número de mortes por acidente de trabalho na construção civil oscilou ano a ano. O maior número de óbitos foi em 2009, com 395 mortes e, em comparação com o ano 2000, época em que se teve 325 mortes por acidente de trabalho, houve um crescimento de 21,50%.⁸⁷

Além dos acidentes de trabalho fatais, a indústria da construção conta com um significativo número de acidentes não fatais, que durante do período de 2000 a 2007 houve um crescimento considerável. Em 2000, houve 6.579 casos de acidentes de trabalho e em 2007 esse número quase dobrou, passando para 11.108 casos.⁸⁸

Embora o Estado tente implantar programas de prevenção aos acidentes de trabalho, isso se torna um pouco complicado, tendo em vista ser necessário o conhecimento das razões determinantes dos acidentes, o que envolve investigações complexas em razão das enormes cadeias de relações que podem ocasionar o dito acidente.

2 DESCRIÇÃO E ANÁLISE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0000460-42.2014.5.03.0016

2.1 Histórico processual

Em 02/04/2014, o Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região ajuizou uma Ação Civil Pública em face das empresas, Even Construtora e Incorporadora S/A e Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA. A citada demanda foi distribuída para a 16ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte sob o nº 0000460-42.2014.5.03.0016.

A demanda foi proposta pelo fato de o Ministério Público do Trabalho ter identificado a prática de terceirização ilícita por parte das Reclamadas. Assim, visava à condenação das Empresas para que estas se abstivessem de praticar a conduta ilícita e ao pagamento de danos morais coletivos.

Após uma longa instrução processual, foi prolatada a sentença na referida demanda, a qual reconheceu a prática de terceirização ilícita por parte das Reclamadas, que foram condenadas a apenas

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ BARBOSA, Andrea Maria Gouveia. *Segurança e saúde na indústria da construção no Brasil: diagnóstico e recomendações para a prevenção dos acidentes de trabalho*. Brasília: Sesi, 2013.

contratarem funcionários de forma direta, a se absterem de utilizarem trabalhadores que não sejam contratados diretamente para a execução de suas atividades-fim e ao pagamento de indenização a título de danos morais coletivos, no valor de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

As Reclamadas interpuseram Recurso Ordinário, ao qual foi dado parcial provimento, reduzindo-se o valor dos danos morais coletivos para R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

Após a publicação do acórdão, as Reclamadas interpuseram Recurso de Revista, que está pendente de julgamento.

2.2 Argumentos apresentados pelo Ministério Público do Trabalho em sua petição inicial

Em sua petição inicial, o Ministério Público do Trabalho – MPT arguiu que, em 26/09/2011, recebeu o ofício 1440/11 vindo da 15ª vara do trabalho de Belo Horizonte para que investigasse as Reclamadas, tendo em vista que havia a possibilidade da existência de irregularidades.

Assim, o MPT instaurou o Inquérito Civil nº 2130.2011.03.000/0 para investigar as empresas. Na conclusão do inquérito civil, o Ministério Público afirmou que as Reclamadas praticavam terceirização ilícita, o que acarretou o ajuizamento da referida Ação Civil Pública.

Ao explanar o fato de que as Reclamadas se utilizavam da prática de terceirização ilícita, o MPT afirmou que, ao longo do inquérito civil, percebeu que as Reclamadas possuíam apenas empregados administrativos, não havendo nenhuma ligação com o ramo da construção civil, pois transferia a empreiteiras todas as etapas da obra.

Assim, o MPT concluiu que as Reclamadas proporcionaram a precarização da mão de obra, uma vez que terceirizavam serviços inerentes à atividade-fim.

Desta forma, o MPT requereu a antecipação dos efeitos da tutela para que as Reclamadas: a) utilizassem apenas mão de obra contratada diretamente, anotando a CTPS de todos os funcionários que vierem a admitir; b) abstivessem de terceirizar suas atividades-fim; c) abstivessem de contratar e/ou manter ativo qualquer trabalhador que não fosse contratado nos termos da legislação brasileira para a prestação de serviços habituais, pessoais e subordinados; e d) procedessem com o registro de todos os funcionários terceirizados de forma ilícita, anotando em CTPS a efetiva data de início da prestação de serviços.

Ao final, o MPT requereu a confirmação da antecipação dos efeitos da tutela, e a condenação das empresas ao pagamento de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) pelos danos sociais causados por suas condutas ilícitas.

2.3 Argumentos expostos pelas empresas Even Construtora e Incorporadora S/A e Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA em sede de contestação

Após arguirem diversas preliminares, as empresas refutaram todas as alegações lançadas na petição inicial pelo Ministério Público, requerendo a improcedência da ação.

Além do mais, as Reclamadas esclareceram que, ao contrário do exposto na petição inicial, a Even Construtora e Incorporadora S/A atuava como uma "holding", sendo sócia de outras empresas constituídas para a incorporação de empreendimentos imobiliários.

Assim, a Even construtora teria constituído a Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários, Sociedade com Propósito Específico - SPE, para que esta pudesse atuar como incorporadora do empreendimento imobiliário Spazio Dell'Aqua. Desta forma, a Even Brisa deveria ser considerada a dona da obra, por ser a incorporadora, não podendo ser considerada como uma construtora, não havendo que se falar em terceirização de atividade-fim.

Com relação ao pedido de indenização por danos morais, as Reclamadas alegaram a inexistência de amparo legal e que não estariam presentes os requisitos legais mínimos indispensáveis para a reparação civil. Assim, pugnaram pela improcedência do referido pedido e, sucessivamente, que não fosse arbitrado valor superior a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Encerrando a tese de defesa, as Reclamadas impugnaram o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, sob o argumento de que não estariam presentes os requisitos legais para o seu deferimento.

2.4 Principais argumentos exposto na sentença proferida

Após rejeitar as preliminares arguidas pelas empresas, a magistrada chegou à conclusão de que as Reclamadas praticaram e continuavam praticando terceirização ilícita de mão de obra, afirmando que não havia dúvidas de que as Empresas tinham como atividade-fim a construção de imóveis, tendo em vista os objetos sociais das sociedades analisados por meio dos atos constitutivos juntados aos autos.

Além do mais, as Reclamadas possuíam empregados que atuavam na área da construção civil, não convencendo a Magistrada de que um das Reclamadas seria uma empresa direcionada à incorporação de empreendimentos.

Assim, a juíza se sentiu confiante de que as Reclamadas tinham o exercício da construção de imóveis como sua atividade-fim e, portanto, qualquer trabalhador que exercesse suas atividades nesse contexto, compunha a essência dinâmica das empresas.

Além do mais, a juíza levou em consideração a documentação apresentada pelo Ministério Público, em especial o inquérito civil, o qual demonstrava a prática de terceirização ilícita por parte das Reclamadas.

Desta forma, a magistrada chegou à conclusão de que as empresas colaboravam com a precarização de serviços diante da ilicitude da terceirização praticada, estando caracterizada a fraude à legislação trabalhista.

Nesse diapasão, a magistrada acolheu parcialmente os primeiros pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho para:

A) Determinar que as reclamadas, na execução das obras que empreenderem e em atividades inerentes a construção civil utilizem-se apenas de trabalhadores contratados de forma direta, a serem regidos segundo a regra dos artigos 2º e 3º da CLT, registrando-os na forma do artigo 29 da CLT, incluindo os que laboram em obras em execução, sob pena de multa de R\$1.000,00 por obrigação descumprida e por empregado encontrado em situação irregular, a ser revertida ao FAT (artigo 13 da LACP).

[...]

B) Determinar que as reclamadas se abstenham de se utilizar de trabalhadores que não sejam contratados e registrados como empregados em suas atividades-fim, assim compreendidas as de construção civil, abstendo-se de praticar terceirização fora do contexto das hipóteses admitidas na Súmula 331 do E. TST, sob pena de multa de R\$1.000,00 por obrigação descumprida e por empregado encontrado em situação irregular, a ser revertida ao FAT.

Ficam ressalvadas as contratações na forma das Leis 6.019/74 e 7.102/83, de conservação e limpeza, bem como as de serviços especializados ligados à atividade-meio das reclamadas, desde que ausente a pessoalidade e a subordinação direta.

Ficam ressalvadas, ainda, as contratações de serviços - não de trabalhadores - por meio de contrato de empreitada que dependam de especialização técnica e, ainda, não se tratem de atividades permanentes nas obras.⁸⁹

Passada a análise da terceirização, a magistrada afirmou que a conduta das Reclamadas transcendeu a figura dos trabalhadores, estando evidenciados o dano, o nexo de causalidade e o ato

⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Ação Civil Pública nº 00460-2014-016-03-00-0. 16ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – Minas Gerais. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA e Even Construtora e Incorporadora S/A, Relator: Juíza do Trabalho: MARIANA PICCOLI LERINA. p. 28-29. Belo Horizonte, 24 nov. 2015.

ilícito, gerando o dever das empresas de pagar a indenização por danos morais coletivos, os quais foram fixados em R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Após a análise do tópico relacionado aos danos morais coletivos, a magistrada deferiu a tutela inibitória pleiteada pelo Ministério Público do Trabalho para que as Reclamadas cumprissem as obrigações de fazer e não fazer impostas, no prazo de quinze dias, a contar da publicação da sentença.

2.5 Da interposição de Recurso Ordinário, prolação do Acórdão e interposição de Recurso de Revista

Não satisfeitas com a decisão de primeira instância, as reclamadas interpuseram Recurso Ordinário, reforçando a tese de defesa. No entanto, as Reclamadas não obtiveram o êxito esperado na Segunda Instância.

Ao analisar o mérito da questão discutida nos autos, o Tribunal Regional analisou o objeto social das Reclamadas, afirmando que as empresas se revelaram como reais construtoras, não havendo dúvidas de que as empresas atuavam como verdadeiras construtoras.

Passando à análise de um segundo ponto, o Tribunal Regional constatou que as reclamadas sempre terceirizavam a totalidade de empreendimento, não possuindo uma quantia mínima de funcionárias para exercerem as funções típicas da construção civil.

Diante de tais fatos, o Tribunal Regional reconheceu a existência da prática da terceirização ilícita, mantendo a decisão proferida em primeira instância.

Com relação aos danos morais coletivos, o Tribunal Regional entendeu que o valor arbitrado seria exagerado. Assim, foi dado parcial provimento ao Recurso Ordinário interposto pelas Reclamadas apenas para:

a) reduzir a condenação a título de danos morais coletivos para R\$800.000,00 (oitocentos mil reais); e b) cassar os efeitos da tutela antecipada e determinar que as obrigações impostas nas letras A e B do dispositivo da sentença, sejam objeto de cumprimento, após o trânsito em julgado da sentença e no prazo de 60 (sessenta dias) a contar do recebimento de intimação específica a ser expedida pela Vara de Origem, sob pena de incidência das multas fixadas na origem.⁹⁰

⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Ação Civil Pública nº 00460-2014-016-03-00-0. Oitava Turma. Recorrentes: Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA e Even Construtora e Incorporadora S/A, Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Relator: Desembargador SÉRCIO DA SILVA PEÇANHA. p. 29. Belo Horizonte, 20 abr. 2016.

Ainda não satisfeitas com a decisão proferida em segunda instância, as Reclamadas interpuseram Recurso de Revista, que está pendente de julgamento.

2.6 Pontos relevantes do presente caso para o estudo da terceirização no âmbito da construção civil

O referido caso se torna interessante na medida em que traz uma situação de importância social, uma vez que a intervenção do Judiciário imputa às Empresas o fim da terceirização ilícita, buscando garantir a contratação direta de mão de obra para que os trabalhadores recebam todos os seus direitos previstos em lei.

Além do mais, o referido caso traz à tona os principais problemas que têm sido enfrentados com relação ao tema “terceirização de serviços”, quais sejam, a ausência de garantias fundamentais e além da precarização dos direitos trabalhistas e sociais.

Desta forma, o tema possui relevância social, pois é bastante discutido atualmente e afeta grande parte da sociedade. Além disso, é um assunto muito delicado para o próprio legislador, o qual encontra diversas barreiras, não apenas jurídicas, mas também políticas, para tentar solucionar os enormes problemas que a terceirização, tal como utilizada nos dias de hoje, causa aos trabalhadores.

Assim, conforme será visto a seguir, faz-se necessária a análise de quais são os fatores que causam a precarização dos direitos trabalhista, se a partir da referida precarização os direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados são garantidos e se a terceirização, da forma que é utilizada, causa um possível retrocesso social, tendo em vista o escasso regulamento existente.

3 A PRÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO E SUAS REAIS CONSEQUÊNCIAS AO TRABALHADOR

3.1 Considerações iniciais

A prática da terceirização de serviços no setor da construção civil tem gerado danos aos trabalhadores, mormente pelo fato de existir uma precarização dos direitos trabalhistas e não garantir, sequer, os direitos fundamentais que lhes são assegurados pela Constituição Federal, o que merece especial atenção por parte da sociedade.

Ao utilizarem a terceirização, as empresas afirmam que tal prática é benéfica para a economia do país. Contudo, elas se esquecem dos reflexos que esse fenômeno causa aos trabalhadores, o que acaba ferindo a dignidade do trabalhador.

As empresas, ao terceirizarem serviços, justificam a necessidade de precarização das relações de trabalho sob o fundamento de que a mão de obra é onerosa, o que seria um obstáculo para se inserirem no mercado em que atuam.⁹¹

Contudo, não há como os trabalhadores se sujeitarem às condições degradantes de trabalho, bem como estarem perdendo seus direitos essenciais com base nas argumentações apresentadas por partes das empresas, pois em nada justificam a situação precária do empregado terceirizado.

Nesse diapasão, para um melhor aprofundamento do estudo dos pontos apresentados anteriormente, faz-se necessária a análise inicial da Teoria dos Direitos Fundamentais, conforme explanação a seguir.

3.2 A Teoria dos Direitos Fundamentais com base em Ronald Dworkin

Ronald Dworkin traz em sua teoria uma crítica ao positivismo, defendido por H. L. A. Hart. Desta forma, apresenta a teoria dos princípios como uma alternativa a ser utilizada no ramo do direito.

No positivismo, segundo Hart, as regras possuem tipos lógicos diferentes, podendo ser entendidas como regras primárias ou secundárias. As primárias seriam “aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade”.⁹² Já as regras secundárias seriam “aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas”.⁹³

Assim, o positivismo seria “[...] um modelo para um sistema de regras, e sua noção central de uma única fonte de direito legislativa obriga os juristas a perderem o importante papel desses padrões que não são regras”.⁹⁴

Ao criticar o modelo positivista, Dworkin afirmava que quando os juristas raciocinavam sobre direitos e obrigações nos casos difíceis, chamados de *hard cases*, era necessário o embasamento em

⁹¹ BOGO, Ana Paula; TOSAWA, Suelyn. *Direito fundamental ao trabalho digno versus precarização e terceirização: um embate contemporâneo*. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Paraná. p. 4.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 31.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 52, p. 52, 2005.

padrões que não possuíam a eficácia de regras, sendo utilizados simplesmente como princípios, políticas e outras espécies de padrões.⁹⁵

Nesse ponto, Dworkin fez questão de diferenciar os termos “política” e “princípio”, sendo o primeiro o “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado”⁹⁶, uma melhoria de caráter político ou social dentro de uma comunidade. E o segundo seria “um padrão que deve ser observado [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”⁹⁷

Essa diferença se torna importante na medida em que Dworkin pretende dar maior destaque aos princípios.

Ao apresentar sua teoria, Ronald Dworkin traz como foco a separação entre regras e princípios para que haja o devido reconhecimento de algum direito, até mesmo para o julgamento dos casos difíceis.

As regras, na visão de Dworkin, são aplicadas da maneira “tudo ou nada”. Assim, “ou a regra é válida, e então deve-se aceitar suas consequências jurídicas, ou a regra não é válida, e então não conta para a decisão.”⁹⁸ Já os princípios seriam as razões que podem ser utilizadas pelo juiz para decidir e reconhecer um direito.

Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica.⁹⁹

Ou seja, as regras são específicas com relação às condições e limites de sua aplicação dentro de um mesmo caso concreto. Já os princípios fornecem as razões para a aplicação das regras em um determinado caso, pois não demonstram as condições fáticas e jurídicas em que merecem ser aplicados.

Enquanto as regras são simplesmente funcionais, podendo ser importante ou não, os princípios possuem a característica da dimensão do peso e importância, sendo relevantes em todos os casos que dependerem de sua aplicação.¹⁰⁰

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 52, p. 53, 2005.

⁹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998. p. 3.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

Apresentando, inicialmente, a diferença entre regras e princípios, Dworkin continua a criticar o positivismo com relação à discricionariedade judicial, que é a possibilidade de o juiz reconhecer novos direitos e aplicá-los de forma retroativa em casos concretos.¹⁰¹

Essa crítica se deve ao fato de o positivismo afirmar que o conjunto de regras válidas e existentes é suficiente para o conceito de direito, sendo necessária a utilização da discricionariedade judicial para adaptar as decisões em que não há regras para a sua solução.¹⁰²

Contudo, para Dworkin, os princípios também devem ser aplicados justamente nos casos em que não há regras postas para a solução do litígio. Ora, “se um juiz tem o poder discricionário, então não existe nenhum direito legal [...] ou obrigação jurídica [...] que ele deva reconhecer.”¹⁰³ Desta forma, não seria admitido que o juiz utilizasse o seu poder discricionário, pois deveria se atentar aos princípios basilares do direito.¹⁰⁴

Ora, é com a aplicação e análise balanceada das regras e princípios que o juiz conseguirá decidir da melhor forma, buscando a melhor solução para as partes envolvidas. Nesse sentido, assim expõe Cristiane Zinelle Ferreira:

No Brasil, dada a positividade das normas de direitos fundamentais sociais, o que não exclui a dimensão principiológica, torna-se necessário adotar um modelo que considere as normas escritas, especialmente quando assumem o caráter de regra [...].

Nestas condições, parece mais adequado considerar os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional como pertencentes a um modelo normativo de regras e princípios.¹⁰⁵

Feito o equilíbrio entre esses dois fatores, Dworkin apresenta a integridade do sistema jurídico, supondo que um juiz dotado características perfeitas, chamado de juiz Hércules, seria capaz de encontrar a única resposta correta em todos os casos, inclusive nos *hard cases*. E o que seria a única resposta correta? Segundo André Nárriman Cezne:

[...] a única resposta correta seria aquela que melhor se justificar em termos de uma teoria substantiva, que tenha como elementos os princípios e as

¹⁰¹ CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 52, p. 52, 2005.

¹⁰² CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 52, p. 52, 2005.

¹⁰³ Ibidem. p. 71.

¹⁰⁴ FERREIRA, Cristiane Zinelle. *Direitos fundamentais sociais na jurisdição constitucional: uma contribuição sobre a aplicação dos princípios fundamentais sociais na interpretação e na efetividade no âmbito do STF*. 2007. Dissertação – Programa de Mestrado em Direito, Universidade Luterana do Brasil, Canoas, 2007. p. 15.

¹⁰⁵ FERREIRA, Cristiane Zinelle. *Direitos fundamentais sociais na jurisdição constitucional: uma contribuição sobre a aplicação dos princípios fundamentais sociais na interpretação e na efetividade no âmbito do STF*. 2007. Dissertação – Programa de Mestrado em Direito, Universidade Luterana do Brasil, Canoas, 2007. p. 33.

ponderações de princípios que melhor correspondam à Constituição, às regras do Direito e aos precedentes.¹⁰⁶

Desta forma, o direito como integridade é apresentado aos juízes não como um mero contingente interpretativo, mas como uma interpretação e continuidade mais detalhada, ainda que a matéria já tenha sido interpretada anteriormente.¹⁰⁷

Portanto, o direito seria formado por um conjunto lógico de princípios a respeito da justiça, equidade e o devido processo legal, devendo os julgadores aplicar os princípios em cada novo caso a ser julgado, de modo que as decisões sejam justas e equitativas, ainda nas hipóteses em que houver a necessidade de aplicação de uma mesma norma em casos diferentes.¹⁰⁸

Assim, a escolha final de Hércules da interpretação que ele considera mais bem fundada em sua totalidade – mais eqüitativa e mais justa na correta relação – decorre de seu compromisso inicial com a integridade. Ele faz essa opção no momento e maneira que a integridade tanto o permite quanto o exige, e portanto é totalmente enganoso dizer que ele abandonou o modelo da integridade exatamente nesse ponto.¹⁰⁹

Então, o direito como integridade apresenta algumas exigências aos juízes, uma vez que é necessário que o julgador ponha à prova sua interpretação dentro de uma estrutura de decisões políticas em sua comunidade.¹¹⁰

Não se pode olvidar que o juiz Hércules teria o dever de interpretar os princípios utilizados em decisões anteriores e os extraídos das normas positivadas para garantir a melhor interpretação para proferir suas decisões.¹¹¹ Assim, “é possível encontrar um conjunto de princípios razoavelmente plausíveis, para cada segmento do direito que deva vigorar, que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável.”¹¹²

Ora, por mais que uma norma possa ter mais de uma interpretação, que ocorre pelo fato de existir mudanças na própria sociedade ao longo dos anos, sempre haverá uma única resposta correta.¹¹³

¹⁰⁶ CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 52, p. 53, 2005.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 273.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 291.

¹⁰⁹ Ibidem. p. 314.

¹¹⁰ Ibidem. p. 294.

¹¹¹ SANTOS, Lucas de Sousa Melo. *Terceirização na Administração Pública: a dignidade do trabalhador sob a perspectiva da ponderação, do pragmatismo e da integridade do direito*. 2013. Monografia – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 59.

¹¹² DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 319.

¹¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *Jurisdição Constitucional e os direitos fundamentais*. p. 159.

Sendo certo que, devido à existências dessas mudanças, o juiz deve julgar todos os casos como se fossem um *hard case*, encontrando-se, assim, a única resposta correta, a qual é “irrepetível” por definição.¹¹⁴

Tendo em vista essa complexidade, é necessário que o próprio julgador conheça a estrutura do ordenamento jurídico, que, na verdade, não é simplesmente um conjunto de regras hierarquizadas, pois, além das regras, existem os princípios que também são normas jurídicas e podem ser utilizados para embasar uma decisão juntamente com a leitura das regras.¹¹⁵

Portanto, os princípios não podem, jamais, serem aplicados da maneira tudo ou nada, característica típica das regras, ainda que exista apenas um princípio jurídico. Isso porque os princípios não podem e nem devem ser aplicados como uma regra para que não sejam cometidas injustiças.¹¹⁶

É nesse sentido que vale a pena indagar se há, realmente, a garantia dos direitos fundamentais aos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que o instituto da terceirização vem sendo aplicado de forma que apresenta direitos diversos a pessoas que exercem a mesma função e, às vezes, com a mesma qualidade, diferenciando-se, apenas, com relação ao vínculo empregatício. Devendo os julgadores se basear nas regras e princípios aplicáveis com o intuito de se encontrar a única resposta correta para a solução desta incógnita existente no direito do trabalho.

Assim, “o mesmo Direito que hoje parece tão precário também valoriza os princípios, em detrimento das regras; e, exatamente por ser mais pragmático, tende a se tornar mais ‘judicial’.”¹¹⁷

3.3 A garantia dos direitos fundamentais na terceirização de serviços

A terceirização de mão de obra vem sendo uma problemática na seara trabalhista, não apenas pelo seu impacto socioeconômico e pela quantidade de casos difíceis, mas por colocar em choque alguns princípios inerentes ao próprio Direito do Trabalho, sendo necessário que os julgadores realizem uma análise detalhada de cada caso para que não se tenha o risco de retirar dos empregados seus direitos essenciais.

A necessidade de análise de colisão de princípios nos casos concretos é um fenômeno de larga ocorrência nas lides judiciais trabalhistas, mormente aquelas decorrentes da terceirização de mão de obra, decorrente de conflitos gerados nas mudanças estruturais na ordem política, econômica e social, que

¹¹⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998. p. 3.

¹¹⁵ Ibidem. p. 10.

¹¹⁶ Ibidem. p. 13-14..

¹¹⁷ VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para o tratamento da matéria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 206, out./dez. 2012.

impõem uma considerável pressão sob a construção teórica tradicional do Direito do Trabalho, abalada pela ideologia econômica moderna, que coloca em xeque os pilares do modelo intervencionista do ordenamento jurídico trabalhista, principalmente da função tuteladora do empregado.¹¹⁸

Atualmente, a terceirização está voltada à economia e o aumento expressivo de sua utilização acaba retirando a segurança jurídica dos trabalhadores, podendo-se observar que tem ocorrido a extinção da proteção aos seus direitos fundamentais apresentados pela Constituição Federal em seus artigos 6º e 7º, que proporcionam ao trabalhador o bem-estar social e uma vida digna.¹¹⁹

Dada a relação inexorável entre terceirização e trabalho precário, pela própria matriz econômica do regime de subcontratação empresarial, tem-se que esse modo de recrutamento de trabalhadores ofende os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da ordem econômica pautada pela valorização do trabalho humano e da justiça social [...].¹²⁰

Isso tem ocorrido principalmente pela postura indiferente das empresas tomadoras de serviços, que, sequer, fiscalizam se as prestadoras de serviços estão cumprindo com a mínima garantia dos direitos dos trabalhadores, o que tem potencializado os prejuízos causados ao Empregado, resultando, inclusive, em insegurança de seu vínculo de emprego. E foi nesse sentido que argumentou a magistrada ao decidir na Ação Civil Pública analisada anteriormente, *in verbis*:

Do depoimento do preposto, concluo que, ao contrário do sustentado pelas reclamadas em contestação, as empresas terceiras contratadas não são todas sólidas e com boa saúde financeira. Igualmente, infiro que, diante da ausência de qualquer tipo de fiscalização junto às prestadoras, não se coaduna com a realidade a alegação das reclamadas de que não promoveram a precarização das condições de trabalho.¹²¹

Ora, por mais que a mão de obra seja terceirizada, existe uma relação empregatícia com a empresa fornecedora de serviços, além do fato de o trabalhador fazer parte do processo produtivo da empresa tomadora. Assim, tendo em vista os princípios de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, o trabalhador terceirizado continua sendo um ser humano, não importando se ele está inserido na terceirização de mão de obra ou não.¹²²

¹¹⁸ PADILHA, Norma Sueli. A leitura principiológica do direito do trabalho na nova hermenêutica constitucional: Uma análise de colisão de valores frente à súmula nº 331 do TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 2, p. 154, abr./jun. 2012.

¹¹⁹ GIOVANETTI, Lais. Instituto da terceirização à luz dos direitos sociais. *Revista Intellectus*, v. 3, n. 30, p. 59.

¹²⁰ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: Máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015. p. 224

¹²¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Ação Civil Pública nº 00460-2014-016-03-00-0. 16ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – Minas Gerais. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA e Even Construtora e Incorporadora S/A, Relator: Juíza do Trabalho: MARIANA PICCOLI LERINA. p. 21. Belo Horizonte, 24 nov. 2015.

¹²² GIOVANETTI, Lais. Instituto da terceirização à luz dos direitos sociais. *Revista Intellectus*, v. 3, n. 30, p. 62.

Embora a terceirização apareça como uma nova condição de produção e gerenciamento de negócios, ela intensifica a exploração do trabalho e instrumentalização das pessoas, apresentando-se como uma flexibilização dos direitos trabalhistas em detrimento da razão social do trabalho.¹²³

Márcio Túlio Viana faz uma excelente análise sobre em que se transforma o trabalhador quando inserido em um processo produtivo de forma subcontratada:

Quanto ao trabalhador terceirizado, não é diferente, sob alguns aspectos, do burro de carga ou do trator que o fazendeiro abastado aluga aos sitiantes vizinhos. Jogado daqui para ali, de lá para cá, é *ele próprio* – e não apenas sua força de trabalho – que se torna objeto do contrato, ainda que dentro de certos limites. Num passe de mágica, e sem perder de todo sua condição humana, o trabalhador se vê transformado em mercadoria⁷. Seu corpo está exposto na vitrine: a empresa tomadora *vai às compras* para obtê-lo, e de certo modo o pesa, mede e escolhe.¹²⁴

A terceirização, de fato, fere os princípios básicos do trabalhador terceirizado, pois “[...] rouba a sua dignidade. Trata-o como um animal ou um objeto.”¹²⁵

A prática da terceirização na atividade-fim esvazia a dimensão comunitária da empresa, pois a radicalização desse mecanismo pode viabilizar a extrema figura da empresa sem empregados, que terceiriza todas as suas atividades, eximindo-se, por absoluta liberalidade, de inúmeras responsabilidades sociais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias.¹²⁶

Desta forma, as empresas, ao colocarem o custo da atividade acima dos valores constitucionais de proteção ao trabalhador, criam uma exploração de mão de obra predatória, em uma lógica totalmente desproporcional à noção de Estado Democrático de Direito e seus princípios basilares.¹²⁷

Assim é que o contrato de terceirização na atividade-fim da empresa, ao reduzir o padrão de proteção social do trabalhador, para afirmação do interesse meramente individual e egoístico da empresa, constitui instrumento de violação de interesses constitucionais metaindividuais dos trabalhadores, ofensivo à sua dignidade humana, afrontando todo o sistema de normas imperativas e protetivas do trabalho humano.¹²⁸

¹²³ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção trabalhista e marginalidade social: (im)possibilidade para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 64.

¹²⁴ VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para o tratamento da matéria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 201, out./dez. 2012.

¹²⁵ Ibidem. p. 212.

¹²⁶ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 3, p. 79, jul./set. 2014.

¹²⁷ Ibidem. p. 86.

¹²⁸ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 3, p. 86-87, jul./set. 2014.

Não se pode olvidar que a terceirização causa uma exclusão social do trabalhador terceirizado, que é tratado diferentemente dos demais empregados, além de se submeter às condições precárias de trabalho, fatos que o priva de seus direitos fundamentais, impedindo, inclusive, a formação de sua identidade de classe a partir de seu labor.¹²⁹

Segundo Noemia Porto,

As reflexões sobre a garantia constitucional do pleno emprego precisam se vincular às demandas advindas das relações precárias ou rompidas com o mundo assalariado. A plenitude não deve significar, de forma simplificada, apenas a disponibilidade quantitativa de ocupações para as pessoas que vivem do trabalho, mas, sim, a oferta de trabalho protegido, num contexto de dignidade, e também a construção de alternativas de inclusão àqueles que, embora trabalhadores, não se afiliam ao sistema de emprego.

“O ordenamento jurídico estatal tem a função de garantir aos trabalhadores o patamar social sobre o qual as partes não podem reduzi-lo.”¹³⁰ É nesse sentido que a luta realizada pela entidade sindical é importante para os segmentos profissionais, garantindo aos trabalhadores conquistas sociais em total equilíbrio com o capital e o trabalho.

Foi nesse sentido que decidiu a magistrada no caso da Ação Civil Pública analisada no capítulo anterior, *in verbis*:

[...] saliento que a precarização dos direitos sociais não se limita às condições físicas na obra, mas se estende a todas as demais questões envolvendo o adimplemento do crédito alimentar e a proteção jurídica que deve ser conferida ao trabalhador.¹³¹

Todavia, os trabalhadores terceirizados não têm acesso aos direitos sociais conquistados pelos sindicatos de sua verdadeira categoria profissional, uma vez que integram categoria distinta dos empregados que são contratados diretamente, um dos fatores que geram a perda dos direitos fundamentais dos trabalhadores e contribui com a precarização.¹³²

Os direitos sociais, básicos de qualquer trabalhador, são indisponíveis e irrenunciáveis, não devendo o trabalhador terceirizado ser compelido pela prática da terceirização a entrar no mercado de

¹²⁹ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 16.

¹³⁰ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: Máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015. p. 121

¹³¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Ação Civil Pública nº 00460-2014-016-03-00-0. 16ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – Minas Gerais. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA e Even Construtora e Incorporadora S/A, Relator: Juíza do Trabalho: MARIANA PICCOLI LERINA. p. 21. Belo Horizonte, 24 nov. 2015.

¹³² COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: Máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015. p. 122

trabalho em condições de risco, sem qualquer proteção social, com jornadas exaustivas, baixos salários e sujeito a condições que ferem diretamente sua dignidade humana.¹³³

3.4 A precarização dos direitos trabalhistas

Além da ausência da garantia dos direitos fundamentais, é importante destacar o fato de que a terceirização precariza as condições de trabalho.

As empresas têm utilizado a terceirização apenas como um meio para a redução de custos. Atualmente, a terceirização tem sido uma realidade, onde se tenta “maquiar” a precarização sob a justificativa de flexibilização das condições de trabalho, dificultando, inclusive, fiscalização por parte dos sindicatos.¹³⁴

Segundo Noemia Porto, a fórmula da relação triangular não significa que as atividades terceirizadas serão executadas por empresas especializadas, com o intuito de alcançar maior eficiência e qualidade do produto e/ou serviço final da empresa tomadora de serviços. Em verdade, tal modelo tem como objetivo a contratação de trabalhadores que não podem se beneficiar dos mesmos salários e condições de trabalho em relação aos contratados diretamente, além de não receberem os mesmos benefícios advindos da categoria específica, pois são enquadrados em entidade sindical de empresas fornecedora de serviços. Assim, a terceirização se mostra como um barateamento da mão de obra e redução dos custos do negócio.¹³⁵

A precarização deve ser compreendida como um processo social que amplifica e institucionaliza a instabilidade e a insegurança, as quais decorrem, de um lado, das novas formas de organização da força de trabalho, despontando dentre as subcontratações de trabalhadores, e, de outro, mas de maneira relacionada à primeira, do recuo estatal na regulação do mercado de trabalho e da proteção social.¹³⁶

¹³³ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção trabalhista e marginalidade social: (im)possibilidade para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 152-153.

¹³⁴ DIEESE. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil. São Paulo, p. 79. abr. 2003.

¹³⁵ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção trabalhista e marginalidade social: (im)possibilidade para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 64-65.

¹³⁶ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção trabalhista e marginalidade social: (im)possibilidade para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 117.

Na área da construção civil, tem-se utilizada a terceirização em um ambiente com uma superexploração da força de trabalho, possuindo trabalhadores de baixa renda que se submetem a condições degradantes, tais como

[...] instalações precárias e insalubres em locais inóspitos sem condições de higiene, espaços físicos minúsculos para o descanso, jornadas exaustivas e intensas, retenção de salários por dívidas fictícias, alimentação estragada ou pouco nutritiva, além de chantagens, ameaças e repressão.¹³⁷

Nesse diapasão, o grande problema da terceirização é o fato de que as empresas externalizam os custos e internalizam a precarização dos direitos trabalhistas, visando à cobrança de maior responsabilidade das empresas terceirizadas e, ao mesmo tempo, tentando retirar suas mínimas responsabilidades.¹³⁸

O trabalhador terceirizado, na maioria das vezes, não possui qualificação profissional, pois o seu aperfeiçoamento demanda investimento, o que não é interessante para a empresa prestadora de serviços, que obtém o lucro justamente pelo fornecimento da mão de obra sem investimento, pois ela não tem o interesse de incorporar gastos com treinamento. Assim, o terceirizado especializado em uma área, inserido na dinâmica empresarial da tomadora de serviços e não tendo como melhorar sua qualificação, não convive com expectativas de melhoria e crescimento.¹³⁹

Assim, a prática de terceirização, principalmente de atividade-fim, faz com que a empresa economize recursos e alcance bons resultados econômicos, expulsando seus trabalhadores diretos para se beneficiar de empregados terceirizados. Muitas das vezes, o empregado terceirizado foi o mesmo empregado contratado diretamente, todavia, agora com um trabalho inseguro, precarizado e vulnerável, reduzindo as mínimas garantias e a eficácia de seus direitos.¹⁴⁰

A verdade é que a precarização gerada pela terceirização se tornou uma realidade, onde “[...] a tendência de super exploração do homem pelo homem com a prevalência do domínio econômico do capital sobre a classe trabalhadora.”¹⁴¹

¹³⁷ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: Máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015. p. 157.

¹³⁸ VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para o tratamento da matéria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 198, out./dez. 2012.

¹³⁹ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção trabalhista e marginalidade social: (im)possibilidade para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 74.

¹⁴⁰ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 61.

¹⁴¹ BOGO, Ana Paula; TOSAWA, Suelyn. *Direito fundamental ao trabalho digno versus precarização e terceirização: um embate contemporâneo*. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Paraná. p. 9.

O problema da precarização é tão crítico que “A inclusão precária de boa parcela da população no mercado de trabalho tem contribuído para a intensificação do processo de exclusão social, afetando diretamente a formação do indivíduo como cidadão portador de direitos.”¹⁴²

A precarização advinda da prática da terceirização de serviços ocasiona, ainda, a exclusão social do trabalhador, que é impedido de usufruir seus direitos fundamentais, especialmente os relacionados ao trabalho digno.¹⁴³

3.5 A existência de um possível retrocesso social

A terceirização tem sido tão desastrosa que pode estar resultando em um retrocesso social, que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro e jamais deveria ser aceito pela sociedade.

Ora, os direitos sociais estão submetidos ao princípio constitucional do não retrocesso, garantindo, portanto, a valorização do trabalho humano.¹⁴⁴

Com relação ao que vem a ser a proibição do retrocesso social, assim explica Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] verifica-se que a designação proibição de retrocesso social, que opera precisamente na esfera dos direitos sociais, especialmente no que diz com a proteção “negativa” (vedação da supressão ou diminuição) de direitos a prestações sociais, além de uma ideia-força importante (a iluminar a ideia de que existe de fato um retrocesso – e não um simples voltar atrás, portanto, uma mera medida de cunho regressivo), poderia ser justificada a partir de algumas peculiaridades dos direitos sociais, o que, importa sempre frisar, não se revela incompatível com a substancial equivalência – de modo especial no que diz com sua relevância para a ordem constitucional – entre direitos sociais (positivos e negativos) e os demais direitos fundamentais. Em primeiro lugar, o repúdio da ordem jurídica a medidas que, de algum modo, instaurem um estado de retrocesso (expressão que por si só já veicula uma carga negativa), sinaliza que nem todo ajuste, ainda que resulte em eventual restrição de direito fundamental, configura uma violação do direito, mesmo no campo da reversão (ainda mais quando parcial) de políticas públicas, mas que haverá retrocesso, portanto, uma situação constitucionalmente ilegítima, quando forem transpostas certas barreiras.¹⁴⁵

¹⁴² Ibidem. p. 12.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ JOTA. *Opinião*. São Paulo, 2015. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/principio-constitucional-do-nao-retrocesso>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social o constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 123-124, jul./set. 2009.

De acordo com o princípio da proibição ao retrocesso social, o Estado não pode suprimir ou diminuir direitos fundamentais já conquistados. Assim, ele tem como objetivo “[...] proibir a diminuição de proteção aos bens jurídicos fundamentais já alcançados e implementados em uma determinada sociedade.”¹⁴⁶

Desta forma, os mínimos direitos sociais alcançados pelos trabalhadores terceirizados devem ser preservados de qualquer medida que vise ao retrocesso, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.¹⁴⁷

O princípio de vedação ao retrocesso social tem como objetivo a proteção dos direitos sociais fundamentais, preservando, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, sendo totalmente aplicável ao Direito do Trabalho e com o objetivo de impedir tendências que visem acabar com as conquistas históricas de grupos sociais.¹⁴⁸

Ora, a terceirização dilapida conquistas sociais previstas em diplomas jurídicos nacionais e internacionais, sendo responsável pelo aumento dos índices de trabalho escravo contemporâneo, mortes e mutilações relacionadas ao trabalho. Trata-se do veículo empresarial hoje utilizado com maior ênfase para liquidar ou mitigar Direitos Humanos da classe trabalhadora. Verifica-se, pois, a sua incompatibilidade com o princípio da proibição do retrocesso social inerente ao Direito do Trabalho, incorporado de maneira expressa ao ordenamento jurídico nacional (CRFB, art. 7º) e internacional. Apesar da função normativa do princípio, é evidente a tentativa tanto de precarizar as condições de trabalho para além de todos os limites existentes até o seu ingresso nas relações de trabalho, quanto de fragmentar politicamente a classe trabalhadora em sua organização sindical.¹⁴⁹

A terceirização retira grande parte dos direitos fundamentais de um trabalhador, que não tem, sequer, força sindical para garantir seus direitos básicos, além de colocá-lo em condições de trabalho precárias e inseguras, indo de encontro com o princípio de vedação ao retrocesso social.

Portanto, a terceirização tal como utilizada é “medida incompatível com o Direito brasileiro, por representar perda de direitos trabalhistas fundamentais e ofender o princípio de vedação de retrocesso social.”¹⁵⁰

¹⁴⁶ VASCONCELLOS, Marina de Oliveira de; LUIZ, Fernando Vieira. O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Santa Catarina, v. 22, n. 28, p. 41, 2015.

¹⁴⁷ BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 64, jan./jun. 2008.

¹⁴⁸ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: Máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015. p. 232.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ ALFARO, Larissa Menine. *Terceirização do trabalho no Brasil, precarização e a vedação do retrocesso social*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 8.

CONCLUSÃO

O objeto central do presente artigo foi o estudo da precarização das condições de trabalho e a ausência dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados, tomando-se por base o setor da construção civil.

Para tanto, na primeira parte, foi apresentado que a terceirização foi um fenômeno que passou a existir com a evolução do sistema industrial, que passou do fordismo para o toyotismo. Enquanto o primeiro trazia como base a centralização da produção, o segundo tinha como premissa a descentralização da produção industrial, fazendo com que a indústria pudesse focar e investir em seu segmento principal e deixar que terceiros cuidassem das etapas periféricas e acessórias.

Assim, a terceirização surgiu como sendo a possibilidade de uma empresa contratar terceiros para a prática de certas atividades, para que a contratante pudesse reduzir custos, acelerar a produção, investir em tecnologia e desenvolvimento de novos produtos.

A partir desse contrato, cria-se uma relação trilateral entre a empresa contratante, a contratada e o trabalhador que irá prestar os seus serviços. Sendo que, entre a empresa tomadora e a prestadora de serviços, passa a existir um contrato comercial e, entre a contratada e o trabalhador existe o vínculo de emprego clássico. Já o vínculo existente a empresa tomadora de serviços e o empregado é uma relação privada que surgiu com o contrato entre as duas empresas, mas que gera grandes reflexos na seara trabalhista, mormente pelo fato de o empregado, na maioria das vezes, inserir-se no sistema de produção da tomadora de serviços, contudo, sem a existência do vínculo empregatício clássico, o que causa prejuízos aos trabalhadores terceirizados.

A legislação brasileira é exígua com relação ao tema, havendo praticamente somente a Súmula 331 do TST que apresenta o entendimento consolidado pela corte superior. Todavia, o referido enunciado não tem sido suficiente para sanar os problemas advindos da prática da terceirização, que vem sendo utilizada cada vez mais, havendo inúmeras demandas judiciais, inclusive no setor da construção civil.

Quando a terceirização foge do disposto na Súmula 331, ela se torna ilícita, gerando, inclusive, um vínculo de trabalho direto entre a empresa tomadora de serviços e o empregado terceirizado, isso porque, na maioria das vezes, a terceirização tem sido utilizada como meio de se burlar a legislação trabalhista, haja vista a diminuição dos encargos sociais e tributários advindos de um empregado comum.

Assim, na segunda parte, foi feita uma descrição detalhada na Ação Civil Pública nº 0000460-42.2014.5.03.0016, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região em face das empresas Even Construtora e Incorporadora S/A e Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA, onde se buscou, inclusive, destacar os principais fundamentos das decisões, tanto de primeira instância como de segunda, que levaram à conclusão de que houve a prática de terceirização ilícita.

E a partir dessa análise, na parte final, demonstrou-se que a terceirização, tal como praticada, leva a efeitos negativos aos trabalhadores terceirizados, causando-lhes a precarização das relações de trabalho, não garantindo os direitos fundamentais e causando um possível retrocesso social, justamente pela falta dos mínimos direitos garantidos pela própria Constituição Federal.

E para estudar essas condições degradantes dos empregados terceirizados, foi tomada como base a teoria dos direitos fundamentais de Ronald Dworkin, onde foi necessário o entendimento da existência do sistema de regras e princípios, pois quando não se há regras para julgar determinado caso, o julgador deve se basear em princípios para garantir a melhor solução para as partes que estão litigando, analisando, a partir daí, o direito como integridade, pois a decisão deve ser justa.

Ora, como já dito, a legislação trabalhista é exígua com relação à terceirização de serviços, devendo, muitas vezes, haver a valoração de princípios para que o judiciário analise o caso concreto, assim como o fez na Ação Civil Pública analisada neste trabalho, pois os trabalhadores vinham praticando suas atividades em condições degradantes de trabalho e sem qualquer suporte das empresas tomadoras de serviços, que eram as grandes construtoras que figuraram no polo passivo da citada demanda.

Assim, ao somar as condições precárias de trabalho com o grande risco de acidente na construção civil, que foi demonstrado ser um dos setores com um dos maiores índices de acidente de trabalho do Brasil, os trabalhadores deveriam ter o mínimo suporte possível das empresas para os quais prestam serviços, o que não acontece no dia a dia.

Além do mais, esses trabalhadores não possuem, sequer, os mínimos direitos garantidos pela Constituição Federal, pois as empresas, ao terceirizarem serviços, pesam apenas em redução de custos e lucratividade, esquecendo-se de um princípio maior, o da dignidade da pessoa humana, que se torna violado com a prática da terceirização.

Desta forma, a precarização das condições de trabalho e a falta de garantia dos direitos fundamentais garantidos por um trabalhador com vínculo direto, faz com que exista um retrocesso social com a prática de terceirização, algo que jamais deveria ser permitido pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, conclui-se ao longo de todo este estudo que a terceirização é benéfica apenas às empresas que conseguem aumentar a competitividade no mercado com a redução de custos advindas da subcontratação de mão de obra, enquanto os trabalhadores se sujeitam a condições degradantes de trabalho e não possuem condições de usufruir de seus direitos fundamentais, havendo, portanto, um retrocesso social, tendo em vista a perda de direitos garantidos pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALFARO, Larissa Menine. *Terceirização do trabalho no Brasil, precarização e a vedação do retrocesso social*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 8.

BARBOSA, Andrea Maria Gouveia. *Segurança e saúde na indústria da construção no Brasil: diagnóstico e recomendações para a prevenção dos acidentes de trabalho*. Brasília: Sesi, 2013.

BARRETO, Aldo Branquinho. *Terceirização na construção civil*.

BOGO, Ana Paula; TOSAWA, Suelyn. *Direito fundamental ao trabalho digno versus precarização e terceirização: um embate contemporâneo*. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Paraná.

BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, jan./jun. 2008.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 10 nov. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. 10 dez. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Ação Civil Pública nº 00460-2014-016-03-00-0. Oitava Turma. Recorrentes: Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA e Even Construtora e Incorporadora S/A, Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Relator: Desembargador SÉRCIO DA SILVA PEÇANHA. p. 13. Belo Horizonte, 20 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Ação Civil Pública nº 00460-2014-016-03-00-0. 16ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – Minas Gerais. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA e Even Construtora e Incorporadora S/A, , Relator: Juíza do Trabalho: MARIANA PICCOLI LERINA. p. 18. Belo Horizonte, 24 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias. Jun. 2012. **Trabalhadores das obras do Mineirão participam hoje (22) de ato para prevenção de acidentes**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/trabalhadores-das-obras-do-mineirao-participam-hoje-22-de-ato-para-prevencao-de-acidentes?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.gov.br%2Fweb%2Fguest%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2>. Acesso em: jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 256 do TST. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256) Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331 do TST. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (nova redação do item iv e inseridos os itens v e vi à redação) - res. 174/2011, dejt divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 10 nov. 2016.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *Jurisdição Constitucional e os direitos fundamentais*.

CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 52, 2005.

COURA, Solange Barbosa de Castro. O capitalismo contemporâneo e suas transformações: o impacto da terceirização trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, volume 53, número 83, jan./jun. 2011.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: Máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 3, p. 77, jul./set. 2014.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.

DIEESE. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil. São Paulo. abr. 2003.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Cristiane Zinelle. *Direitos fundamentais sociais na jurisdição constitucional: uma contribuição sobre a aplicação dos princípios fundamentais sociais na interpretação e na efetividade no âmbito do STF*. 2007. Dissertação – Programa de Mestrado em Direito, Universidade Luterana do Brasil, Canoas, 2007.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e acidentes de trabalho na construção civil*. São Paulo: Instituto Humanitas Unisinos, 2015. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/541982-terceirizacao-e-acidentes-de-trabalho-na-construcao-civil>. Acesso em: 10 nov. 2016.

GIOVANETTI, Lais. Instituto da terceirização à luz dos direitos sociais. *Revista Intellectus*, v. 3, n. 30.

INSTITUTO ACENDE BRASIL (2012). *Terceirização no Setor Elétrico e o Interesse Público*. White Paper8, São Paulo, 28 p.

JOTA. *Opinião*. São Paulo, 2015. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/principio-constitucional-do-nao-retrocesso>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 30ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MASSARELLI JÚNIOR, José Carlos. A terceirização: uma forma de enfraquecimento das leis trabalhistas pela dispersão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3543, 14 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23951>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

MEDEIROS, Mateus de Souza. O Fenômeno da Terceirização: Definição e Detalhes. *Jus Navigandi*, 02 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26602/o-fenomeno-da-terceirizacao-definicao-e-detalhes>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

MENDES, Maria da Conceição Meirelle. *Os direitos sociais trabalhistas e o princípio do retrocesso social*. 2009. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

PADILHA, Norma Sueli. A leitura principiológica do direito do trabalho na nova hermenêutica constitucional: Uma análise de colisão de valores frente à súmula nº 331 do TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 2, abr./jun. 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2036>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção trabalhista e marginalidade social: (im)possibilidade para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

SANTOS, Lucas de Sousa Melo. *Terceirização na Administração Pública: a dignidade do trabalhador sob a perspectiva da ponderação, do pragmatismo e da integridade do direito*. 2013. Monografia – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social o constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, jul./set. 2009.

SCHNELL, Fernando. A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador. A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 703, 8 jun. 2005. p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6855>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SOUZA, Geraldo Emediato de. *A terceirização na construção civil*. Nota Técnica. Belo Horizonte, jun. 2013.

UCHÔA, Marcel. Retrocesso social inaceitável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4304, 14 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38062>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

VASCONCELLOS, Marina de Oliveira de; LUIZ, Fernando Vieira. O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Santa Catarina, v. 22, n. 28, 2015.

VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para o tratamento da matéria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 4, out./dez. 2012.

VIANA, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 67, n. 7, jul. 2003.

O ROL DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: CABÍVEL EM FACE DE DECISÃO QUE VERSA SOBRE CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO, POR INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO SEU ARTIGO 1.015, III

Débora Barufi Stecker

RESUMO

O Direito Processual Civil recentemente passou por mudanças significativas, inauguradas pelo projeto de lei PLS 166/2010 e finalmente reformulada pela promulgada Lei nº 13.105/2015. O presente trabalho tem como objetivo analisar, sob o prisma da nova lei, como fica a questão da recorribilidade da decisão que versa sobre cláusula de eleição de foro. Serão abordados e explicados alguns dos mais importantes institutos, conceitos e princípios afim de possibilitar uma melhor compreensão da reflexão que se busca alcançar, passando pelo que previam as normas anteriores, os seus deslindes legislativos e, ao final, uma abordagem crítica à redação dada ao artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Agravo de instrumento. Taxatividade. Interpretação extensiva. Cláusula de eleição de foro. Convenção de arbitragem.

INTRODUÇÃO

Diante das inúmeras transformações na realidade da tramitação dos processos, foi instituída, em 2009, a primeira comissão para elaborar um anteprojeto para um novo Código de Processo Civil, com o fim de adaptar-se aos avanços sociais e tecnológicos.

A “morosidade” e a sobrecarga do Poder Judiciário no Brasil vinham incomodando a muitos, tanto jurisdicionados quanto o próprio judiciário. A nova realidade, de total judicialização de conflitos, que ocasionava um crescimento exponencial no número de demandas, exigia medidas urgentes. Os recursos previstos no CPC/1973 já não suportavam a criatividade e a insistência de algumas partes, que passavam a abusar do direito de recorrer para tentar encaixar o seu caso nas hipóteses legais, abarrotando ainda mais os Tribunais.

A proposta era justamente a adaptação às necessidades dos novos tempos, aproveitando-se do dinamismo e da velocidade das informações como alicerces.

Surgiu então, no ordenamento jurídico pátrio, um novo Código de Processo Civil Brasileiro, ditado pela Lei nº 13.105/2015, trazendo como proposta a adaptação às necessidades dos novos tempos, diante do dinamismo e da velocidade das informações.

Muitas foram as inovações trazidas no CPC/2015, que ainda causam espanto e polêmicas, principalmente quanto à forma de interpretação e aplicação de certos dispositivos.

Dentre as diversas inovações que o CPC/2015 traz, uma das mais significativas diz respeito à nova sistemática de cabimento do Agravo de Instrumento.

A respeito dessa mudança, surgiram diversos debates com críticas negativas à nova sistemática, bem como boa aceitação por parte da doutrina. Mas, o que é quase pacífico dentre os processualistas civis é a dúvida e a insegurança a respeito da forma de aplicação dessa sistemática, já que o art. 1.015 do Código elenca um rol enumerado de hipóteses de decisões agraváveis por meio de Agravo de Instrumento.

Muito tem se discutido a respeito da forma que se deve interpretar o rol do art. 1.015¹⁵¹ do CPC/2015, se taxativo ou não.

O fato é que, enumeradas as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, muitas outras hão de surgir por criação dos militantes do direito, no intuito de obter uma prestação jurisdicional igualitária às situações processuais semelhantes.

A doutrina tem então falado em interpretação extensiva do rol do art. 1.015, que seria definitivamente taxativo.

É o caso por exemplo do inciso III do dispositivo legal em referência, que admite o cabimento de Agravo de Instrumento contra decisão que versar sobre rejeição da alegação de convenção de arbitragem.

O questionamento a se fazer inicialmente é: e por que não admitir o cabimento de agravo de instrumento que acolhe a alegação de convenção de arbitragem?

Mas, a discussão pode atingir ponto ainda mais profundo.

Sendo a convenção de arbitragem uma cláusula estipulada por livre vontade das partes, pela qual derogam ao juízo arbitral a competência para processar e julgar demandas provenientes de certo contrato, trata-se de competência relativa, que pode inclusive ser renunciada tacitamente, conforme prevê o art. 337, § 6º do CPC/2015.¹⁵²

Idêntico é o caso da cláusula de eleição de foro, pelo qual as partes, por livre disposição de vontade, modificam a competência para julgamento de demanda envolvendo dada relação em

¹⁵¹ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

¹⁵² Art. 337

§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações, conforme autoriza o art. 63 do CPC/2015.¹⁵³

As características essenciais de ambos os negócios jurídicos são comuns: cláusula proveniente de livre vontade das partes, modificação de competência para julgar dada relação contratual e competência relativa.

A partir dessa reflexão é que se buscará por um tratamento igualitário à ambas as situações, de forma a não extrapolar o rol do art. 1.015 do CPC/2015, mas sim interpretá-lo de maneira mais ampla.

Será tratado, portanto, da mudança trazida pelo CPC/2015 no que se refere às hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, trazendo uma análise crítica e comparativa do posicionamento da doutrina, dos advogados e das poucas jurisprudências já firmadas acerca da forma adequada de se interpretar os incisos do referido dispositivo, chegando, finalmente, ao que se espera: a formação de um fundamento consistente apto a convencer pelo cabimento de Agravo de Instrumento em face de decisão que versa sobre cláusula de eleição de foro, por interpretação extensiva do inciso III do art. 1.015 do CPC/2015.

Para isso, abordar-se-á ainda a evolução histórica do cabimento do Agravo de Instrumento, mais especificamente desde o CPC/1939, passando pelo de 1973, até o presente CPC/2015, ressurgindo as discussões travadas no que se refere a este tema quando das primeiras ideias da criação de um novo Código de Processo Civil, passando-se, inclusive, pelas proposições legislativas que culminaram na regra vigente e conceitos essenciais à compreensão do tema.

1 – RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO CPC DE 2015

Antes de adentrar na problematização a ser abordada no presente trabalho, é importante reavivar alguns conceitos básicos da Teoria Geral do Direito, notadamente aqueles que dizem respeito aos atos do juiz.

Imprescindível também estudar as principais inovações trazidas pelo CPC/2015 no que se refere à recorribilidade desses atos, e o seus momentos de preclusão.

Conceito de decisão interlocutória

O Código de Processo Civil, tanto o de 1973 quanto o de 2015, diferenciam os atos do juiz em sentenças, decisões interlocutórias e despacho.

Tais definições se mostram úteis quando da busca pelo respectivo recurso cabível, de modo a atender ao princípio da adequação, tendo em vista que cada espécie de ato do juiz tem seu recurso previsto em lei, ou nenhum, como é o caso do despacho.

Pode se afirmar que sentença e decisões interlocutórias estão dentro de um mesmo gênero, que é decisão em sentido amplo. Decisão em sentido amplo é todo e qualquer pronunciamento do juiz de cunho deliberativo.¹⁵⁴

¹⁵³ Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

¹⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3, n. 537. p. 41.

Fredie Didier, Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira sistematizam da seguinte maneira: os pronunciamentos judiciais podem ser aqueles pelos quais o magistrado decide uma questão ou aqueles pelos quais o magistrado simplesmente impulsiona o feito para que ele devidamente prossiga pelas suas fases, sendo este último o despacho, e o primeiro o pronunciamento judicial de cunho decisório, que se subdivide em sentença e decisão interlocutória.¹⁵⁵

O CPC/1973 definia objetivamente, em seu art. 162, §2º, a decisão interlocutória como “ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.¹⁵⁶

No entanto referido conceito enfrentou alguns questionamentos doutrinários, já que existem inúmeros incidentes no curso do processo que, quando resolvidos, podem resultar no encerramento deste, sem julgamento de mérito. Nesses casos, jamais a resolução do incidente poderia se dar por decisão interlocutória, mas sim necessariamente por sentença, terminativa. Alguns exemplos clássicos são a falta de representação, ou a ilegitimidade de parte.

O CPC/2015 então entendeu por bem aperfeiçoar o conceito, que deve ser interpretado juntamente com o conceito de sentença. Sendo assim, o CPC/2015 estabelece, nos parágrafos 1º e 2º do art. 203, respectivamente que “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” e por sua vez, por exclusão, a decisão interlocutória “é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º”.¹⁵⁷ Isto demonstra que o ponto nodal para diferenciar estes dois conceitos é apurar a consequência imediata posterior à sua prolação, isto é, se o processo se encerra trata-se de sentença, mas se prossegue para dirimir ainda alguma controvérsia, trata-se de decisão interlocutória.

Para complementar, o CPC/2015 define, no §3º do mesmo art. 203, despacho como sendo “todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte”.¹⁵⁸

A decisão interlocutória, portanto, difere-se da sentença e do despacho por ter um conteúdo específico, conforme preceituou o CPC/2015. Trata-se de um pronunciamento judicial de natureza decisória, mas que não se confunde com a sentença, no sentido de que não é apta a pôr fim à fase cognitiva do processo, nem à execução.

A essência de seu conceito está no conteúdo decisório e não no seu efeito, pois “consiste a decisão interlocutória num pronunciamento jurisdicional tendente a solver um impasse momentâneo, que necessita da decisão para que o processo prossiga”¹⁵⁹ e, “exatamente por

¹⁵⁵ 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. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2. p. 312.

¹⁵⁶ BRASIL. **Código de processo civil (1973)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 15 dez. 2016.

¹⁵⁷ BRASIL. **Código de processo civil (1973)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 15 dez. 2016.

¹⁵⁸ Ibidem

¹⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 248.

apresentarem cunho decisório, as decisões interlocutórias necessitam ser fundamentadas, ainda que de forma concisa, sob pena de nulidade”.¹⁶⁰

Por outro lado, tem-se que uma decisão, mesmo que enfrente alguma questão de mérito, ainda poderá ser classificada como decisão interlocutória ao invés de sentença, caso a ação não seja extinta em sua decorrência. Nesse sentido é que o CPC/2015¹⁶¹, em seu art. 356 admite que a decisão interlocutória possa enfrentar questão representativa de parte do mérito da causa, e assim sendo, a nova lei põe fim ao antigo debate doutrinário a respeito da unidade do objeto litigioso e unicidade da sentença, como instrumento de solução do litígio.

Decisões interlocutórias agraváveis: o art. 1.015 do CPC

A partir da vigência do CPC/2015, não há mais que se falar em agravo retido, uma vez que essa espécie recursal foi excluída do ordenamento jurídico. Os únicos agravos previstos no referido diploma legal são o agravo de instrumento e o agravo interno.

O agravo interno restringe-se à esfera do segundo grau, uma vez que é cabível somente em face de decisão proferida por relator, devendo ser apreciado pelo respectivo órgão colegiado, nos termos do art. 1.021.

O agravo de instrumento, por sua vez, será cabível quando ocorrer qualquer uma das hipóteses previstas no art. 1.015.

As decisões cujo teor não se encaixe no referido dispositivo não são passíveis, *a priori*, de serem atacadas por meio do agravo de instrumento, sob pena de não conhecimento do recurso. Por outro lado, destaca-se que referidas decisões não precluem com o decurso do prazo de 15 dias a partir da sua publicação, em vista do que dispõe o art. 1.009 do CPC/2015.

2 – ROL TAXATIVO (NUMERUS CLAUSUS) E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Já há algum tempo a doutrina criou formas de interpretar a letra da lei, de forma a compatibilizar a sua redação às necessidades do jurisdicionado, buscando sempre alcançar a intenção real do legislador. Com a publicação do CPC/2015, tais técnicas de interpretação se mostraram de suma importância, em especial para interpretar a inovação trazida no que se refere à recorribilidade das decisões interlocutórias.

Rol taxativo (*numerus clausus*)

A recorribilidade das decisões interlocutórias sofreu variações nos diversos códigos já vigentes: em alguns períodos referidas decisões eram recorríveis, e em outros não.¹⁶²

¹⁶⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 248.

¹⁶¹ BRASIL. **Código de processo civil (1973)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

¹⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 19-42.

No CPC/1939 as decisões interlocutórias eram recorríveis por meio de três possíveis recursos: o agravo de petição, o agravo de instrumento e o agravo no auto do processo.

Especificamente sobre o agravo de instrumento, objeto do presente artigo, somente era cabível contra as decisões expressamente indicadas no seu art. 842, ou em dispositivo de lei extravagante. Era, portanto um recurso cabível somente contra hipóteses previstas expressamente em lei.

Já no CPC/1973 o agravo de petição foi excluído do processo civil, assumindo a apelação o seu lugar, que passara a abarcar toda e qualquer sentença, independentemente de seu conteúdo, que extinguisse o processo com ou sem resolução de mérito.

No lugar do agravo no auto, surgiu o agravo retido, e o agravo de instrumento passou a ser admitido contra toda e qualquer decisão interlocutória.

Adveio então a lei n. 9.139/1995 que trouxe mudanças mais significativas quanto ao procedimento para interposição de agravos. Em continuação, a lei n. 10.352/2001 estabeleceu novas hipóteses de obrigatoriedade à retenção do agravo em retido bem como mais regras de interposição ao agravo de instrumento.

Por fim, a Lei n. 11.187/2005 instituiu o agravo retido como regra, tornando o agravo de instrumento a exceção, sendo este cabível somente quando tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, e nos casos de inadmissão ou efeitos do recebimento da apelação – se tais requisitos não fossem constatados pelo relator do agravo, este teria de convertê-lo em retido, para posterior eventual análise pelo tribunal.

O agravo de instrumento passou então a ser interposto em face de uma infinidade de casos, bastando que a parte comprovasse a probabilidade de sofrer um grave dano acaso não fosse modificada, passando o agravo retido a ser utilizado, na prática, como exceção.

Adveio então o CPC/2015, que eliminou o agravo retido de vez, e elencou um rol de decisões contra as quais seria cabível o agravo de instrumento, no seu art. 1.015.

Conclui-se que a intenção do CPC/ 2015 era afastar a banalização do uso do agravo de instrumento, já que as partes ajustavam ao máximo suas situações específicas para se encaixar nos requisitos do art. 522 do CPC/1973. No entanto, pode se dizer que bem provavelmente o “tiro saiu pela culatra”, já que muito se tem falado a respeito da utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal para os casos que não se encaixarem naqueles previstos no art. 1.015 do CPC/2015.

Interpretação extensiva

Conceito

Aplicar a norma a cada caso concreto não pode ser feito de forma automatizada. O corolário do direito é justamente buscar nas profundezas da interpretação uma congruência entre a situação vivida pela parte e a letra da lei, para que possa ser aplicada.

Interpretar é deslindar a intenção do escritor, clarear as suas ideias e dar significado às suas palavras, buscando o verdadeiro sentido da redação, ou seja, o quê por muitas vezes existe por traz de simples palavras.¹⁶³

Francesco Ferrara desde sempre alertou que “a Lei, porém, não se identifica com a letra da Lei. Esta é apenas um meio de comunicação: As palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas”¹⁶⁴. E J. Baptista Machado complementa:

A disposição legal apresenta-se ao jurista como um enunciado linguístico, como um conjunto de palavras que constituem um texto. Interpretar consiste evidentemente em retirar desse texto um determinado sentido ou conteúdo de pensamento.

O texto comporta múltiplos sentidos (polissemia do texto) e contém com frequência expressões ambíguas ou obscuras. Mesmo quando aparentemente claro à primeira leitura, a sua aplicação aos casos concretos da vida faz muitas vezes surgir dificuldades de interpretação insuspeitadas e imprevisíveis. Além de que, embora aparentemente claro na sua expressão verbal e portador de um só sentido, há ainda que contar com a possibilidade de a expressão verbal ter atraído o pensamento legislativo – fenómeno mais frequente do que parecerá à primeira vista.¹⁶⁵

Existem métodos de interpretação da norma, sendo eles a interpretação literal, que consiste na primeira e imediata conclusão que se tem ao ler um dispositivo legal; e a interpretação lógica ou racional, a qual resulta da combinação da letra da lei com os elementos racional, sistemático e histórico, afim de se obter uma conclusão.¹⁶⁶

Francesco Ferrara ensina que, aplicados os métodos de interpretação, dos resultados tem-se uma nova subdivisão. Quando há uma concordância entre o resultado da interpretação lógica e a gramatical, tem-se a interpretação declarativa, ou seja, ocorre quando há perfeita sintonia entre a letra da lei e a intenção do legislador, alcançando por completo a necessidade do jurisdicionado.¹⁶⁷

Já quando o resultado da interpretação lógica discorda da interpretação gramatical, ou seja, o sentido literal não coincide com a vontade da lei, o meio deve sacrificar-se ao fim, de forma que a vontade do legislador prevaleça sobre a literalidade da sua redação, tendo como consequência uma retificação do sentido da lei, nos limites do seu sentido lógico: “tratar-se-á de corrigir a expressão imprecisa, adaptando-a e entendendo-a no significado real que a lei quis atribuir-lhe¹⁶⁸”, restringindo-a ou a alargando.

Com a promulgação do CPC/2015, no qual os requisitos que asseguram o cabimento do agravo de instrumento restaram modificados, não sendo mais os genéricos requisitos do CPC/1973, e sim objetivamente aquelas decisões elencadas no seu art. 1.015, inaugurou-se um intenso debate a respeito da taxatividade do rol, e sua forma de interpretação.

¹⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêuticas e aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 9.

¹⁶⁴ FERRARA apud GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **Estudos sobre a interpretação das leis**. Campinas: Copola Livros, 1997. p. 23.

¹⁶⁵ MACHADO apud GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **Estudos sobre a interpretação das leis**. Campinas: Copola Livros, 1997. p. 23-24.

¹⁶⁶ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1987. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. p. 138-144.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 147.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 148-149.

Fredie Didier afirma com veemência que “o elenco do art. 1.015 do CPC é taxativo. As decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma taxatividade legal”¹⁶⁹, e ressalva que as hipóteses de decisões agraváveis somente podem ser criadas por lei, excluindo a possibilidade de um negócio processual a respeito, eventualmente lastreada no art. 190 do CPC.¹⁷⁰ Trata-se do princípio da taxatividade, pelo qual o recurso prescinde de expressa previsão legal¹⁷¹.

No entanto, o mesmo professor Didier inaugura a discussão ao afirmar com a mesma veemência que “a taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva”.¹⁷²

Juarez Freitas entende que a norma deve sim ser interpretada literalmente, mas após, deve ser feita uma análise crítica e sistemática de modo a apurar se a literalidade da norma atende à necessidade do sistema em que foi inserida. Verificada alguma deficiência, deve-se se socorrer às demais formas de interpretação.¹⁷³

Uma das principais formas de interpretação corretiva é a interpretação extensiva, que é o modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra¹⁷⁴. Isto é, quando a norma contém denotações e conotações limitadas, deve o intérprete torná-las vagas e ambíguas “ou mais vagas e ambíguas do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador”.¹⁷⁵

A interpretação extensiva também é conhecida como interpretação ampliativa, e entra em cenário quando se percebe que a fórmula legislativa não se harmoniza, em sua plenitude, com o pretendido pelo legislador.¹⁷⁶

Assemelha-se em um certo ponto com a analogia, método integrador previsto no art. 4º¹⁷⁷ da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB, pelo qual, segundo Francisco Alberto da Motta Giordani “de idênticos precedentes são de inferir-se idênticos consequentes”¹⁷⁸. O autor faz o alerta que não se pode aceitar, em princípio, que situações à semelhanças seja dispensado tratamento diferenciado, pois se assim acontecer, quem mais

¹⁶⁹ DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis***, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Reform. Salvador: JusPodvivi, 2016. v. 3. p. 208.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 209.

¹⁷¹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45.

¹⁷² DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis***, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Reform. Salvador: JusPodvivi, 2016. v. 3. p. 209.

¹⁷³ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. n. 2.4, p. 78-79.

¹⁷⁴ DIDIER, op. Cit., p. 209.

¹⁷⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. n. 5.2.2.3, p. 297.

¹⁷⁶ GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **Estudos sobre a interpretação das leis**. Campinas: Copola Livros, 1997. p. 76

¹⁷⁷ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

BRASIL. **Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁷⁸ GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **Estudos sobre a interpretação das leis**. Campinas: Copola Livros, 1997. p. 108.

sofrerá os prejuízos é o próprio direito, que se virá desprestigiado, o que, segundo ele, deve ser evitado.¹⁷⁹

A interpretação extensiva tem como precípua retificar uma formulação estreita demais, quando por exemplo o legislador, ao redigir a lei, nela insere um elemento que designa espécie, quando em verdade queria, ou deveria, se referir ao gênero, ou ainda, quando legislador cria para uma previsão legal para um determinado caso singular, mas que deveria ser aplicado para toda uma categoria.¹⁸⁰

Na jurisprudência pátria é possível encontrar inúmeros julgados nos quais foi aplicada a interpretação extensiva à previsão legal taxativa, como por exemplo a posição do Superior Tribunal de Justiça acerca do rol de serviços sujeitos ao ISS – Imposto sobre serviço¹⁸¹, chegando a editar enunciado de súmula a respeito.¹⁸²

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça¹⁸³ também possui jurisprudência, no âmbito do direito processual penal, no sentido de que as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, previstas no Código de Processo Penal e em legislação especial, são taxativas (ou exaustivas – *numerus clausulus*), admitindo, no entanto, a interpretação extensiva, desde que a situação a que se busca enquadrar tenha similitude com as hipóteses do art. 581 do CPP.

A doutrina, de igual forma, admite a interpretação extensiva do inciso VII do art. 485 do CPC/1973, que prevê expressamente os casos de invalidação de confissão, desistência ou transação que serviam de base à sentença rescindenda, para então alcançar os casos de reconhecimento da procedência do pedido.

Ainda sobre o conceito de interpretação extensiva, Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹⁸⁴ leciona que se trata de modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido na sua letra.

Para se interpretar a norma de maneira extensiva é necessário fazer comparações e isonomizações, e não adaptações e subsunções, isto é, a interpretação extensiva tem seu limite na essência da norma que se está interpretando.

O que se deve atentar é que a interpretação extensiva não serve para ampliar o rol previsto em lei, mas tão somente permite que dada situação se enquadre no dispositivo, a despeito de o texto ser mais restrito.

O que se faz não é ampliar o conteúdo da norma, apenas reconhecer que determinada hipótese é acolhida pela regra. Assim, a taxatividade obriga que a norma seja interpretada literalmente ou gramaticalmente. Caso a situação não se identifique com as expressões inseridas no texto

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1987. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. p. 150-151.

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1371010/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 12/11/2012.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 424, Rel. Min. Eliana Calmon, em 10/3/2010

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1078175/RO, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJ 26.04.2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 197.661/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 01.12.2008). No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, RMS 15.470/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 13/12/2004

¹⁸⁴ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 297.

legal, deve-se analisar a teleologia do dispositivo, de modo a alcançar a finalidade da norma, que deve ser construída a partir do seu texto.¹⁸⁵

Nesse sentido, dispõe o art. 5º da LINDB¹⁸⁶: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Sobre tema, destaca Alexandre Freitas Câmara:

A existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele previstas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais ‘abertas’ - interpretação extensiva ou analógica.¹⁸⁷

Não se deve, portanto, fechar os olhos para a necessidade da adequada interpretação da norma quando essa se mostra necessária à sua boa aplicação, pois, em que pese o conhecido brocado *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacui*, a verdade é que eventuais omissões no texto legal nem sempre significam que a exclusão foi intencional, podendo se tratar de silêncio involuntário, por inexatidão de linguagem.¹⁸⁸

Justificativa

A intenção do legislador ao usar da taxatividade para estabelecer em quais hipóteses em que o agravo de instrumento é cabível, é claramente a de limitar o cabimento do referido recurso. No entanto, o intérprete não fica impedido de usar da analogia para melhor aplicar a referida norma ao caso concreto. Juristas das mais diversas correntes reconhecem que o raciocínio analógico percorre a interpretação de todo o sistema jurídico¹⁸⁹ constituindo ao final “um elemento de determinação do direito”.¹⁹⁰

É certo que por muitos operadores do direito o uso do agravo de instrumento se tornou um meio arbitrário para recorrer de decisões que não exatamente se encaixavam nos requisitos exigidos pelo CPC/1973, não passando de mero capricho para se buscar com maior rapidez um resultado útil ao seu caso específico.

No entanto, não se pode talhar o bom direito de quem, em certas situações, tem de exercê-lo pontual e oportunamente, sob pena de se esvaziar a sua utilidade.

Marinoni conclui:

¹⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 30.

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 520.

¹⁸⁸ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1987. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. p. 150.

¹⁸⁹ Frederick Schauer apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 544

¹⁹⁰ Arthur Kaufmann apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 544.

O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação.¹⁹¹

O art. 1.015 do CPC/2015

O art. 1.015 do CPC/2015, no qual está previsto o rol de hipóteses em que é cabível o recurso do agravo de instrumento, remete ao antigo art. 842 do Código de 1939, que também previa um rol taxativo para o cabimento do Agravo de Instrumento.

A respeito da forma de interpretação do rol do art. 1.015 do CPC/2015, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha alertam: “Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária”.¹⁹²

Muito já se tem especulado acerca do cabimento do mandado de segurança afim de suprir a necessidade da parte que, atendidos aos requisitos legais, precise se socorrer do prejuízo causado por decisão interlocutória não agravável.

Várias vertentes estão sendo formadas, dentre elas, as principais defendem que (1) o rol do art. 1.015 não é taxativo, e sim exemplificativo, admitindo, portanto, o cabimento de agravo de instrumento para casos ali não previstos; (2) o rol do art. 1.015 é taxativo, mas admite a interpretação extensiva de cada inciso; e (3) o rol do art. 1.015 é taxativo, não podendo ser interpretado extensivamente, e, para aqueles casos não descritos na lei, a medida cabível será o mandado de segurança.¹⁹³

Numa primeira leitura, a nítida impressão é de que a intenção do legislador foi sim a de limitar o cabimento deste recurso, fazendo das decisões não abrangidas pelo rol do art. 1.015 não passíveis de preclusão, conforme estipula o art. 1009, § 1º.

A doutrina majoritária tem entendido sim tratar-se de um rol taxativo. Theotônio Negrão é incisivo “O Rol deste art. 1.015 é taxativo: se a decisão interlocutória está arrolada nos incisos ou no § ún., contra ela cabe agravo, se não está listada, não cabe”.¹⁹⁴

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 544.

¹⁹² DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Reform. Salvador: JusPodvivi, 2016. v. 3. p. 211.

¹⁹³ ROMÃO, Freire Romão. Taxatividade do Rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? **Revista de processo**, ano 41, v. 259. p. 261. Editora Revista dos Tribunais, set. 2016.

¹⁹⁴ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme Aida; FONSECA, João Francisco Naves da. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 47. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 933.

Entretanto, boa parte dessa mesma doutrina admite que a taxatividade do art. 1.015 do CPC/2015 não impede a sua interpretação extensiva¹⁹⁵. Ora, nas palavras do ilustre professor Pontes de Miranda “O agravo é recurso designado pelo mal a que visa combater”.¹⁹⁶

Alguns ponderam:

Ainda que tenha o CPC/2015 se esforçado em tentar listar as principais situações que deveriam ser desde logo submetidas ao tribunal, a realidade é sempre muito mais rica que a imaginação do legislador, que não deve cair na tentação de aprisioná-la. Caso contrário, em situações-limite, a jurisprudência se verá compelida a lançar mão de soluções heterodoxas, como admitir a impetração de mandado de segurança contra decisões interlocutórias.¹⁹⁷

Há de se considerar ainda que uma interpretação ampliativa do rol, ainda que excepcionalmente, pudesse prestigiar princípios como o da economia e da efetividade processuais, bem como fomentaria a obtenção de um resultado mais útil e qualitativamente elevado do processo, evitando-se prejuízos processuais graves.¹⁹⁸

Evitar-se-ia a impetração de inúmeros mandados de segurança, que por certo haverão de surgir pelas mais diversas fundamentações, arguindo a irrecorribilidade da decisão visto não estar elencada no rol do art. 1.015. Sobre esse ponto, Cassio Scarpinella Bueno, sabiamente pontua que:

Antes de aceitar a generalização do mandado de segurança contra ato judicial, talvez seja chegado o momento de se refletir se sobrevive a compreensão de que toda interlocutória tem que ser recorrível imediatamente ou se a redução, tal qual a empreendida pelo CPC de 2015, não é senão legítima opção política, que não agride o “modelo constitucional de direito processual civil”.¹⁹⁹

Dierle Nunes, Humberto Theodoro Jr., Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinad Pedro²⁰⁰, criticam nesse aspecto o CPC/2015, por, no seu entender, ter criado um modelo incoerente ao restringir às hipóteses expressamente previstas em lei, na fase de conhecimento, o cabimento do agravo de instrumento como meio de recorrer das decisões interlocutórias, mas por outro lado permitir ilimitadamente, sem qualquer requisito, o cabimento do mesmo recurso contra toda e qualquer decisão proferida em determinados procedimentos, notadamente aqueles

¹⁹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER, Fredie Jr. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento – Uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 242, p. 275 – 284, abr / 2015

¹⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: (Arts. 496-538). 3. ed. rev. e aument. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Tomo VII, p. 215.

¹⁹⁷ ROQUE, André Vasconcelos; DELLORE, Luis; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MACHADO, Marcelo Pacheco; et al. **Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva**.

¹⁹⁸ MELLO, Rogerio Licastró Torres de; RAMOS, Fabiana Souza; BONAGURA, Anna Paola; et al. **O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade?**

¹⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 655.

²⁰⁰ NUNES Dierle; THEODORO JR., Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco; et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 32-34.

previstos no parágrafo único do art. 1.015, quais sejam, fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

E é justamente sobre essa “conservação da razão de ser” das hipóteses previstas no art. 1.015, mencionada por Cássio Scarpinella Bueno, que se pretende analisar o cabimento de Agravo de Instrumento em face de decisão que versa sobre cláusula de eleição de foro, com fulcro no inciso III do dispositivo em questão.

3 – MEIO DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO SOBRE CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO

Após a análise sucinta de alguns conceitos e referência nos capítulos anteriores, é dado o momento de adentrar no cerne do presente artigo, qual seja, a possibilidade de utilizar-se do agravo de instrumento como recurso cabível contra decisão que verse sobre cláusula de eleição de foro.

Cláusula de eleição de foro

O Código de Processo Civil, tanto o recentemente revogado quanto o atualmente em vigência, estabelecem, dentro da competência interna, quatro espécies de competência: (1) a competência em razão do valor; (2) a competência em relação à matéria; (3) a competência funcional (hierárquica); e (4) a competência territorial.

Os artigos 62 e 63 do CPC/2015, estabelecem expressamente que a competência em razão do valor da causa e do território pode ser convencionada entre as partes.

Sendo assim, forçoso concluir que a competência em razão da matéria ou da função (hierárquica) é absoluta, sendo por outro lado relativa a competência em razão do valor e do território.

A cláusula contratual que fixa a competência territorial é denominada de cláusula de eleição de foro.

Nesse contexto, Arruda Alvim ensina:

O foro de eleição decorre do ajuste entre dois ou mais interessados, devendo constar de contrato escrito e se referir especificamente a um dado negócio jurídico (disponível), para que as demandas oriundas de tal negócio jurídico possam ser movidas em tal lugar.²⁰¹

Para que surta os efeitos legais desejados, a cláusula de eleição de foro deve constar de documento escrito, com referência expressa ao determinado negócio jurídico correspondente, e obriga os herdeiros e sucessores das partes (art. 63, §§ 1º e 2º do CPC/2015).

Convenção de arbitragem

São basicamente quatro as teorias a respeito na natureza jurídica da arbitragem: privatista (contratual), jurisdicionalista (publicista), intermediária ou mista (contratual-publicista) e a autônoma.

A teoria privatista, também chamada por alguns como contratualista, vê na arbitragem apenas um negócio jurídico, sustentando que a autonomia da vontade envolve toda a arbitragem, na

²⁰¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 2. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 1, p. 277.

fase antecedente pelo contrato, e na fase consequente, no limite do que foi contratado, por meio da solução de eventual conflito emergente do negócio pelo árbitro eleito pelos contratantes.²⁰²

Pela teoria publicista, ou jurisdicionalista, entende-se que os árbitros são verdadeiros juízes, por lhes ter sido atribuída autoridade para resolver o litígio.²⁰³

A teoria intermediária ou mista, entende que mesmo sendo decorrente de negócio jurídico celebrado entre partes, a arbitragem não pode se desenvolver alheia a um sistema jurídico, pois esse método de solução de conflitos está sujeito uma ordem legal existente, embora não seja controlada inteiramente por esse sistema.²⁰⁴

Por fim, a teoria autônoma enaltece o princípio da autonomia da vontade, na medida em que entende que, diante da liberdade de contratar, as partes subtraem a arbitragem de outros ordenamentos, admitindo-a como soberana.²⁰⁵

É preciso diferenciar a convenção de arbitragem da cláusula compromissória.

A convenção de arbitragem é a matriz deste método de solução de conflito, isto é, é a forma pela qual as partes optam por sujeitar o seu conflito ao juízo arbitral, “e representa o espaço da liberdade, o lugar para as partes contratarem livremente (nos limites da lei), a arbitragem e seus detalhes”.²⁰⁶

Os litígios, ou eventuais litígios, que as partes desejam que sejam submetidos ao juízo arbitral serão assim feitos mediante a convenção de arbitragem, que se dão por meio da cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conforme art. 3º da Lei da Arbitragem – Lei nº 9.307/1996.²⁰⁷

Do caput do art. 4º da Lei da Arbitragem, abstrai-se o conceito certo da cláusula compromissória, como sendo a convenção em contrato de que eventuais conflitos dele provenientes serão resolvidos pela arbitragem.

Para que produza seus efeitos, o §1º do art. 4º da Lei da Arbitragem determina que a cláusula compromissória deve ser estipulada na forma escrita, seja no próprio contrato celebrado ou em documento apartado que lhe faça referência.

Desta forma, a cláusula compromissória – pacto por meio do qual as partes formalizam por escrito sua vontade de submeter à apreciação pela arbitragem de eventual litígio que possa decorrer de um determinado contrato – é apta a afastar a competência do juiz estatal.²⁰⁸

Não havendo cláusula compromissória no contrato, ou seja, não tendo sido estipulado expressamente e por escrito que as partes submeterão as controvérsias provenientes de

²⁰² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.129/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 124.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem, p. 125-126.

²⁰⁶ Ibidem, p. 153.

²⁰⁷ BRASIL. **Lei da Arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

²⁰⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15-16.

determinado contrato ao juízo arbitral, ainda assim pode a parte atrair essa competência, bastando que esta manifeste formalmente o seu interesse à outra de dar início à arbitragem, convocando-a para firmar um compromisso arbitral, conforme estabelece o art. 6º da Lei da Arbitragem.

Portanto, o compromisso arbitral é aquele por meio do qual as partes instituem a competência arbitral para julgamento de um litígio após o surgimento deste litígio.

A existência de convenção de arbitragem exclui, à princípio, a necessidade de sujeição do litígio à jurisdição estatal, por vontade das partes, o que deve ser observado em atenção ao princípio da autonomia da vontade.

Sendo assim, tem-se que, por meio da arbitragem, os titulares de interesse em litígio, por ato voluntário, nomeiam um terceiro, estranho ao conflito, conferindo-lhe poder para dirimir a questão por meio de uma solução que lhes será imposta coativamente. Trata-se, pois, de um substantivo da jurisdição.²⁰⁹

Similitudes entre cláusula de eleição de foro e convenção de arbitragem

Em termos gerais, a convenção de arbitragem direciona eventual conflito existente entre as partes ao juiz arbitral, ao passo que a cláusula de eleição do foro determina a competência territorial do juiz estatal para dirimir esse eventual conflito, quando for da vontade das partes direcioná-lo ao poder judiciário.²¹⁰

As exigências legais para que as partes possam se utilizar dessas prerrogativas de solução de controvérsias também são semelhantes: devem ser estabelecidas de forma escrita, os interessados devem ser dotados de capacidade civil, bem como o eventual litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Tratam-se, ambas, nada mais nada menos, do que um negócio jurídico processual, que já existia na vigência dos Códigos de Processo Civil anteriores, mas veio a ser positivado no CPC/2015 em seu art. 190.

Ambas têm o objetivo de afastar o juiz da causa, direcionando a solução do litígio à um juízo determinado, seja o arbitral, seja o territorial, sendo formas de fazer valer o direito fundamental ao juiz natural.

Justificativas para cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versa sobre cláusula de eleição de foro

Até quem é contra a interpretação extensiva das hipóteses previstas no art. 1.015 do CPC/2015, chega a admitir que o dispositivo em questão gera desconforto no âmbito do processo civil, à exemplo, Pablo Freire Romão:

Em verdade, a técnica casuística do art. 1.015 do CPC/2015, não se adequa à realidade forense. Seria mais conveniente a manutenção da cláusula geral permissiva do agravo de instrumento, anteriormente prevista no art. 522 do CPC/1973, pois o novo modelo não abarca todas as

²⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem Lei 9.930/96**. 2. ed., rev. São Paulo: Lumen juris. p. 8

²¹⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. rev. e atual. De acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.129/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 191.

situações que evitariam, por exemplo, futura anulação da sentença, criando possíveis retrabalhos procedimentais que contrariam a premissa do máximo aproveitamento processual (art. 4º, do CPC/2015) e o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988).²¹¹

Ao se considerar que não cabe nenhum recurso nos casos que não foram abrangidos na previsão expressa do art. 1.015, seria assentir que resta ao interessado suscitar a questão em razões ou contrarrazões de apelo (art. 1.019, §§1º e 2º) e, naquele instante – não imediatamente, portanto, e sim provavelmente após um longo lapso temporal que se encerra somente com o julgamento da causa em primeira instância –, tentar reverter o que for reversível ou, pura e simplesmente, conformar-se com a decisão tal qual proferida anteriormente, caso atacar a decisão naquele momento dado pelo Código já não se torne mais útil.

É também nesse sentido, afim de não generalizar o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal, que se busca na interpretação ampliativa das hipóteses do art. 1.015, por extensão ou por analogia, tomando-se, contudo, as devidas cautelas para não as generalizar indevidamente, prezando pela conservação da razão de ser de cada uma.

Conforme já exposto acima, a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva. Interpretação extensiva, segundo Miguel Reale²¹² consiste exatamente no resultado do esforço do intérprete, ao acrescentar algo de novo à hipótese que, razoavelmente, a lei deveria ter elencado, desde que a elasticidade do teto normativo comporte o acréscimo. Em vista disso, por meio do esforço de se estender a letra da lei, revela-se algo de implícito na significação do preceito, sem romper a sua estrutura.

Deve-se atentar para a teleologia dos dispositivos, isto é, a finalidade para o qual foi editado, ou melhor dizendo, a sua razão de ser.

Especificamente sobre o objeto do presente trabalho, o que se verifica sem sombra de dúvidas a respeito do que foi até aqui estudado, é que tanto a cláusula de eleição de foro quanto a convenção de arbitragem dizem respeito essencialmente sobre a competência para julgamento da causa. Em poucas palavras, a cláusula de eleição de foro estabelece certa comarca como sendo a competente territorialmente para ajuizamento de ações referentes à um contrato, e a convenção de arbitragem estabelece um certo juízo, o arbitral, como o competente para ajuizamento de ações referentes à um certo contrato.

Ambos são negócios jurídicos processuais, que dizem respeito à escolha pelas partes contratantes de um órgão jurisdicional exclusivamente competente para dirimir controvérsias provenientes do negócio entabulado.

Ora, qual teria sido o objeto do legislador ao incluir a hipótese do inciso III no art. 1.015? Obviamente evitar que a demanda seja julgada por juízo incompetente, diferente daquele eleito pelas partes. O mesmo raciocínio lógico aplica-se facilmente à cláusula de eleição de foro. Veja que em ambos os casos, acaso não agravada de imediato, uma de duas hipóteses acontecerá: será anulado todo um processo que tramitou por longo período, diante da incompetência do juízo, ou o exercício do direito de ter respeitada a cláusula de foro eleita fica inócuo, diante da

²¹¹ ROMÃO, Freire Romão. Taxatividade do Rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? **Revista de processo**, ano 41, v. 259. p. 261. Editora Revista dos Tribunais, set. 2016.

²¹² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 275.

já tramitação do processo, com o seu julgamento, não justificando, portanto, a alegação da questão em preliminar de apelação ou contrarrazões.

Se tratando de situações umbilicalmente semelhantes, não podem ser tratadas diferentemente pela lei. Assim, já que a decisão que versa sobre rejeição da alegação de convenção de arbitragem é agravável, de igual forma deve ser agravável a decisão que versa sobre rejeição da cláusula de eleição de foro, e, acrescente-se, não há de igual forma motivo razoável para ser agravável a decisão que rejeita tais previsões contratuais, e não ser agravável a decisão que as acolhe.

Se assim não for feito, estará se infringindo o princípio da igualdade, previsto no próprio CPC/2015, em seu art. 7º²¹³, tratando-se de forma desigual situações substancialmente iguais.

Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha corroboram:

Embora taxativas as hipóteses de agravo de instrumento, aquela indicada no inciso III do art. 1.015 do CPC comporta interpretação extensiva para incluir a decisão que versa sobre competência. Comparando-se as hipóteses, chega-se à conclusão que elas se equiparam.

Não há razão para que a alegação de incompetência tenha um tratamento não isonômico.²¹⁴

Os autores vão ainda além e interpretam extensivamente o dispositivo em questão no sentido de que deve ser agravável toda e qualquer decisão que verse sobre negócio jurídico processual, assim como o é a convenção de arbitragem.²¹⁵

Deve-se levar ainda em consideração o total esvaziamento da cláusula de eleição de foro rejeitada em primeiro grau, que somente pode ser atacada quando do eventual recurso de apelação, face à inutilidade de se fazê-lo. Isto porque, se à parte for permitido recorrer ao segundo grau afim de obter pronunciamento a respeito da validade da cláusula de foro somente em sede de apelação, ou seja, após todo o tramite do processo – que convenhamos, tem sido demasiadamente moroso na grande parte dos juízos – e proferida a sentença, provavelmente já não mais lhe assistirá o interesse recursal quanto a este ponto, sob pena de ter anulado os atos processuais praticados, e ser duplamente penalizada ao ter de percorrer novamente o percurso do processo judicial.

Precisamente, Pedro Roberto Decomain opina:

Mantida que tivesse sido a recorribilidade autônoma das interlocutórias, inclusive com a possibilidade e interposição do agravo de instrumento quando a decisão fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, nos termos do art. 522, caput, do CPC/1973, o inconveniente da anulação do processo em caso de reconhecimento de grave defeito em interlocutória poderia ser obviado.²¹⁶

²¹³ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

²¹⁴ DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis***, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Reform. Salvador: JusPodvium, 2016. v. 3. p. 216.

²¹⁵ Ibidem, p. 216-217

²¹⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. Decisões interlocutórias, Agravo de Instrumento e Mandado de Segurança no Novo CPC. **Revista Dialética de direito processual (RDDP)**, v. 153, dez. 2015.

Não há de se ignorar que os atos processuais podem ser aproveitados, inclusive admitindo o CPC/2015 que sejam eventualmente emprestadas provas de outros processos, conforme depreende-se dos artigos 283 e 372. No entanto, além de se estar obstando o direito ao duplo grau de jurisdição sobre a matéria específica, estar-se-á causando à parte ônus eventualmente desnecessário, caso a cláusula de eleição de foro seja constatada válida pela segunda instância.

O propósito ora estudado conta com o apoio do renomado processualista Cássio Scarpinella Bueno, que admite que aplicar a interpretação extensiva ao rol das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento pode ser uma necessária saída para o desconforto criado pelo legislador. Nas suas palavras:

Que a hipótese não é expressamente prevista no art. 1.015, não há espaço para duvidar. É possível (ou desejável), contudo, sustentar que a situação é imediatamente recorrível diante da previsão do inciso III daquele dispositivo, que prevê o agravo de instrumento contra decisão que rejeita a convenção de arbitragem? Em ambos os casos, forçoso reconhecer, o que está em discussão é a competência do órgão jurisdicional. A resposta positiva parece ser superior à negativa, com a vantagem de não generalizar, como alertado, o uso do mandado de segurança contra ato judicial.²¹⁷

Alguns tribunais já proferiram também julgados acolhendo a temática do presente estudo, admitindo que o rol do art. 1.015 não deve ser interpretado taxativamente.

Logo nos primeiros dias de vigência do CPC/2015, noticiou-se que um desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, admitiu o recurso, para rediscutir decisão que versava sobre competência. O desembargador federal, relator do referido agravo de instrumento, considerou que a discussão sobre competência se insere, por analogia, na situação prevista no art. 1.015, III do CPC/2015.²¹⁸

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro admitiu²¹⁹ o cabimento de agravo de instrumento para discutir a validade de cláusula de eleição de foro, sob fundamento ligeiramente diverso do aqui exposto, pois entendeu que o rol do art. 1.015 sequer é taxativo sob interpretação extensiva, e sim, que o referido dispositivo seria apenas exemplificativo. O ilustre desembargador relator Dr. Cherubin Helcias Schwartz Junior ponderou que tornar irrecorrível de imediato algumas situações que não tenham sido previstas no art. 1.015 podem causar prejuízo à parte e também ao próprio desenvolver do processo, postergando o seu deslinde final, o que inclusive contraria o art. 4º²²⁰ do CPC/2015, que ratifica o direito constitucional de duração razoável do processo. O ilustre desembargador ressalta ainda, e por fim, a hostilidade em oportunizar, por meio do entendimento do não cabimento do agravo de instrumento contra hipóteses não previstas no art. 1.015, a impetração arbitrária do mandado de segurança para sanar o anseio recursal da parte.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, também admitiu a necessidade de excepcionar a literalidade da nova norma processual, ao entender ser de suma importância apreciar a matéria

²¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 655.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AGI 0003223-07.2016.4.02.0000, rel. Des. Luiz Antônio Soares, 4ª Turma Especializada, DJ 13/10/2016.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AGI 0024278-07.2016.8.19.0000, rel. Des. Cherubin Helcias Schwartz Junior, 12ª câmara cível, DJ 21/07/2016.

²²⁰ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

naquela momento, visto que “imaginar que não admitido agravo de instrumento tirado contra decisão que permitiu que o processo tramitasse perante juízo absoluta ou relativamente incompetente, futuramente poderia ser declarada a nulidade da sentença proferida.”²²¹

Há, portanto, de se analisar com cuidado a questão ora abordada, não só diante da busca pelo tratamento igualitário de situações semelhantes, como também por outros fatores úteis ao pleno exercício do direito das partes, como bem ficou salientado nos julgados mencionados acima.

A norma específica não pode ser aplicada de maneira absoluta e restrita àquilo que prevê, sendo indiferente aos demais casos que a ela se assemelham, sob pena de se estar privando um detentor de um bom direito de exercê-lo.

Brilhantemente, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, em seu estudo sobre a interpretação das leis, cita trecho da obra de Francesco Ferrara que se encaixa como uma luva ao que se discute:

A atividade interpretativa é a operação mais difícil e delicada a que o jurista pode dedicar-se, e reclama fino tacto, sendo apurado, intuição feliz, muita experiência e domínio perfeito não só do material positivo, como também do espírito de uma certa legislação.

Cumprir evitar os excessos: duma parte o daqueles que por timidez ou inexperiência estão estritamente agarrados ao texto da lei, para não perderem o caminho (e muitas vezes toda uma era doutrinal é marcada por esta tendência, assim acontecendo com a época dos comentadores que se segue imediatamente à publicação dum código); por outro lado, o perigo ainda mais grave de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no direito positivo ideias e princípios que são antes o fruto das suas locubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais.

A interpretação pode ser objectiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da Lei.²²²

A forma de interpretar a lei deve ser sempre cuidadosa, livre de preceitos ou intenções pessoais do intérprete, que não pode permitir que a sua eventual necessidade real influencie no resultado da interpretação, que deve ser feita de forma concisa e equilibrada, sem, no entanto, que o receio de cometer eventuais exageros impossibilite o trabalho.

CONCLUSÃO

A nova sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias, no que concerne ao seu cabimento, inaugurada pelo CPC/2015 merece uma melhor análise pelo legislativo, uma vez que desde então paira a dúvida sobre a forma de interpretação do rol elencado no art. 1.015, justamente por haver inconformismo sobre o fato de que, se interpretado taxativa e restritamente, o legislador teria cometido o absurdo de tornar irrecurível de imediato matérias que, acaso não atacadas oportunamente, causam à parte e ao processo grave prejuízo.

²²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AGI 2171053-59.2016.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Marcondes, 2ª Câmara Cível, DJ 16/12/2016.

²²² Ferrara apud GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **Estudos sobre a interpretação das leis**. Campinas: Copola Livros, 1997. p. 87-88.

Verificou-se que, à princípio, as decisões interlocutórias que não versam sobre as matérias elencadas no art. 1.015 do CPC/2015 somente são passíveis de preclusão no momento de eventual interposição de apelação, caso a parte não a ataque especificamente nas razões do apelo, ou das contrarrazões, isso porque o novo Código eliminou o agravo retido, e estabeleceu que aquelas decisões não acobertadas pelo art. 1.015 não são cobertas pela preclusão, devendo a parte que interessar suscitá-la quando da interposição de eventual recurso de apelação, ou contrarrazões.

No entanto existem diversas formas de interpretar uma norma, de modo a satisfazer integralmente a intenção do legislador, são as chamadas formas corretivas de interpretar a norma. Já há muitos anos a doutrina verificou a necessidade de se interpretar a letra da lei, por diversos métodos diferentes, visto que o texto comporta múltiplos sentidos, e por diversas vezes o próprio legislador é atraído pela redação da lei que redige.

Uma das formas de interpretação admitida pela doutrina é a interpretação extensiva, conceito cujo foi essencial ao desenvolver do presente trabalho.

A interpretação extensiva deve ser aplicada, em poucas palavras, quando a lei carece de amplitude, ou seja, diz menos do que deveria dizer, devendo o intérprete verificar qual os reais limites da norma.

É imprescindível, no entanto que, ao interpretar extensivamente uma norma, lhe seja preservada a essência, de forma a alcançar estritamente situações isonômicas sobre as quais possa incidir a norma, sem que o seu cerne seja desvirtuado.

Ao voltar-se para os conceitos pertinentes ao tema do presente trabalho, foi possível constatar com clareza que a cláusula de eleição e foro e a convenção de arbitragem possuem a mesma essência: a de pré-determinar uma competência para resolver eventual litígio proveniente de uma relação contratual.

A decisão que versa sobre convenção de arbitragem nada mais é do que uma decisão que decide sobre competência, já que por meio da convenção de arbitragem transfere-se a competência para processar e julgar o litígio para do árbitro.²²³

Da mesma forma, tratando-se também de negócio jurídico, a cláusula de eleição de foro transfere a competência para processar e julgar certo litígio a um juízo específico.

Ambas refletem a vontade das partes de ter seu litígio julgado por um órgão jurisdicionado pré-determinado, e devem ser igualmente respeitadas.

As situações são, portanto, semelhantes, e não podem ser tratadas diferentemente à luz do CPC/2015.

Diante dessa constatação, transportando os métodos de interpretação da norma à problemática introduzida, é que finaliza-se o presente trabalho concluindo pela possibilidade de se interpretar extensivamente o rol previsto no art. 1.015 do CPC/2015, mais especificamente neste caso o inciso III do dispositivo, de modo a se admitir o cabimento do recurso de agravo de instrumento

²²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER, Fredie Jr. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento – Uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 242, p. 275–284, abr. 2015.

em face de decisão que verse também sobre cláusula de eleição de foro, já que o mesmo recurso é admitido em face de decisão que versa sobre convenção de arbitragem.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 2. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1078175/RO, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJ 26.04.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 197.661/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 01.12.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, RMS 15.470/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 13/12/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 424, Rel. Min. Eliana Calmon, em 10/3/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1324298/SP, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 18.06.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 335**, em 31/10/1957.

BRASIL. **Lei da Arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

BRASIL. **Código de processo civil (1973).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1371010/MG, Rel. Min.Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 12/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1324298/SP, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 18.06.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 424, Rel. Min. Eliana Calmon, em 10/3/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AGI 0024278-07.2016.8.19.0000, rel. Des. Cherubin Helcias Schwartz Junior, 12ª câmara cível, DJ 21/07/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AGI 2171053-59.2016.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Marcondes, 2ª Câmara Cível, DJ 16/12/2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem:** mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. De acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.129/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem Lei 9.9307/96.** 2. ed. rev. São Paulo: Lumen juris.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** Um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER, Fredie Jr. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de

conhecimento: Uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 242, p. 275 – 284, abr. 2015.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Decisões interlocutórias, Agravo de Instrumento e Mandado de Segurança no Novo CPC. **Revista Dialética de direito processual (RDDP)**, v. 153, dez. 2015.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidente de competência originária de tribunal.** 13. ed. Reform. Salvador: JusPodvirm, 2016. v. 3.

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. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. n. 5.2.2.3.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis.** Coimbra: Arménio Amado, 1987. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. n. 2.4.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **Estudos sobre a interpretação das leis.** Campinas: Copola Livros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. ampl. e atual. com a reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006/2007.

MARIONONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MENEZES, Iure Pedrosa. A **natureza da competência decorrente de eleição de foro nos novos arts. 112 e 114 do CPC**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4132>. Acesso em: 31 jan. 2017.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3, n. 537.

MAXIMILIANO, Calor. **Hermeneuticas e aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco; et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROMÃO, Freire Romão. Taxatividade do Rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? **Revista de Processo**, ano 41, v. 259. Editora Revista dos Tribunais, set. 2016.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

**A INCOMUNICABILIDADE DOS LIVROS E INSTRUMENTOS DE PROFISSÃO NO
REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, E UM POSSÍVEL
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DE UM DOS NUBENTES.**

**THE INCOMMUNICABILITY OF THE BOOKS AND PROFESSION
INSTRUMENTS IN THE PARTIAL COMMUNION OF GOODS REGIME, AND A
POSSIBLE UNJUST ENRICHMENT OF ONE OF THE CONSORTS.**

*Diego Fernandes Do Nascimento*²²⁴

RESUMO

O Código Civil de 2002 trata do direito de família, direito existencial centrado na pessoa humana com normas de ordem pública, bem como o direito patrimonial centrado no patrimônio da pessoa, norma essa de ordem privada. O referido Código versa sobre os regimes de bens que poderão ser escolhidos para o casamento. Há uma polêmica tese defendida por parte da doutrina no tocante ao regime de comunhão parcial de bens, referente à incomunicabilidade dos livros e instrumentos de profissão, e um possível enriquecimento sem causa de um dos nubentes. Resta claro que o assunto ainda discorre de divergência mesmo com previsão legal. Desta feita serão analisados posicionamentos doutrinários bem como, análise de um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para o referido estudo.

Palavras chave: Direito de família; Regime de bens; Incomunicabilidade.

ABSTRACT

The Civil Code of 2002 deals with the Family law, existential right centered on the human person with public order norms, as well as the patrimonial right centered on the person's properties, norms that deals with private order. This code treat of the matrimonial property regime. There is a controversial thesis defended by part of the doctrine regarding the regime of partial communion of goods, referring to the incommunicability of books and professional instruments, and a possible unjust enrichment of one of the consorts. It's clear that the matter still treats with divergence, even with legal basis. Therefore, for this paper, it will be analyzed doctrinal positions, as well as analysis of a decision of the Court of Justice of Santa Catarina.

KEYWORDS: Family law. Property regime. Incommunicability.

INTRODUÇÃO

²²⁴ Especialista em Advocacia empresarial, Contratos, Responsabilidade civil e Família pelo Instituto brasileiro de Direito Público-IDP. Vice-Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/GO subseção Luziânia. Advogado.

O Direito de Família entre todos os ramos do direito é o mais diretamente ligado à própria vida, uma vez que na maior parte, as pessoas provêm de uma organização familiar, mesmo que venham a constituir uma nova família pelo casamento ou pela união estável.

Importante ressaltar que a família em qualquer aspecto aparece como instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. É bem verdade que a Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem sua estrutura.

O regime de bens no Código Civil Brasileiro no capítulo de Direito de Família leciona-se pelo princípio da variedade dos regimes, de forma que o legislador privado facultou aos nubentes ou conviventes em união estável a escolha do regime que lhes aprouver, não impedindo a possibilidade de estabelecerem entre si um conjunto de regras para conduzirem seus bens.

O casamento significa a ampla comunhão de vida entre os cônjuges, de modo que, os consortes não apenas passam a dividir momentos, afeto e amor, mas também patrimônio, por causa disso a existência dos regimes de bens, definido como situações patrimoniais que os cônjuges podem livremente escolher, e que, em algumas poucas hipóteses a Lei impõe.

O Código Civil cita quatro diferentes modelos de regime de bens, ao qual o casal poderá livremente escolher o regime que lhes aprouver, este irá vigorar na constância do casamento e produzirá efeitos para ambos de forma igualitária e conjunta.

A Lei civilista especificamente no livro de Direito de Família, na parte em que trata sobre os regimes de bens, traz situações previstas em Lei que, os bens adquiridos na constância do casamento são comunicáveis, como os livros e instrumentos de profissão de cada cônjuge.

Existe certa incoerência no tocante a comunicabilidade dos livros e instrumentos de profissão no regime de comunhão parcial de bens, de modo que há uma crítica encabeçada pela renomada doutrinadora Maria Berenice Dias seguida também por alguns doutrinadores, no tocante a comunicabilidade no regime de comunhão parcial de bens, de modo que será discutido acerca no presente escrito.

O tema possui relevância social e acadêmica, pois, trata de regime de bens, ligado a sociedade em geral, afinal, uma grande parte contrai matrimônio, bem como acadêmica, pois, haverá estudo sobre regimes de bens no sistema jurídico Brasileiro.

O presente trabalho irá tratar dos quatro regimes de bens no Código Civil, explicando as peculiaridades de cada um, dando enfoque ao de comunhão parcial de bens, trazendo conceitos importantes do Direito de Família e princípios, bem como discutir a problemática levantada e analisar um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina concernente à incomunicabilidade.

Por tudo que foi exposto, o presente trabalho apresenta-se plenamente possível de ser realizado, uma vez que existem vastas contribuições sociais e acadêmicas sobre o assunto. Além disso, pretende realizar uma análise do que a Lei menciona no tocante a incomunicabilidade no regime de comunhão parcial de bens, confrontando com posicionamento de parte da doutrina a respeito do tema, bem como entendimento de um julgado especificamente no tocante à discussão sobre incomunicabilidade.

1. INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA

Para adentrar ao tema do presente trabalho, intimamente ligado a Direito de Família devemos dialogar brevemente sobre noções introdutórias, pois bem, ninguém sabe com certeza como e quando, e em quais circunstâncias ocorreram, mas é acertado que o *Homo sapiens*, mas precisamente o humano, em dado momento de sua caminhada e evolução, deixou de realizar relações sexuais quando o homem e a mulher descendiam do mesmo tronco. De acordo com a teoria, no começo da sociedade humana, a raça vivia uma completa desordem. Um esclarecimento da origem da família associa-se a uma gama de grandes incertezas, relaciona-se ao seu surgimento, porque conceitualmente não há outra opção, ao da prática da proibição de relação sexual entre parentes, isto é, à regulação das relações sexuais permitidas e proibidas. Importante destacar que nunca houve uma forma de família única como hoje²²⁵.

A ideia de família é um tanto complicada, ou seja, cada povo tem uma concepção diferente de família, de modo que, depende do momento histórico vivenciado. Em tempos passados no Ocidente, a família não era como hoje, ao passo em que devemos traçar parâmetros e voltar ao tempo em busca de raízes greco-romanas. Na cultura grega e sua continuadora romana, o conceito de família era bem distante da atual. Para os antepassados culturais, a concepção de família era corpo que ia muito adiante dos pais e filhos, sob a liderança do pai, o grupo era um aglomerado composto por esposa, filhos, filhas solteiras, noras, netos e demais

²²⁵ Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil Volume 05- Família e Sucessões. 05 ed. São Paulo. Saraiva. 2012. P.84-85.

descendentes. As filhas e netas que se constituísse matrimônio se transferiam para o poder do cônjuge ou do sogro se estivesse vivo.

O *pater-família*, mas precisamente, o pai de família, era o senhor soberano, e sacerdote que presidia o culto aos antepassados, se tratava do julgador que julgava os subalternos, ou seja ela comandava os negócios da família. Com o passar dos tempos, o pai de família foi deixando de ser tão soberano assim, não obstante, a estrutura familiar continuou sendo respeitável.

Note que, ao longo da história da família foi dada bastante relevância ao pai de família, que era considerado líder de grupo de subalternos, ao passo em que com a evolução da sociedade a igualdade foi se destacando entre o homem e a mulher, os equiparando.

No direito contemporâneo, têm sido estudados alguns modelos de família, sendo família matrimonial, família por união estável, família homoafetiva, família mosaica, família monoparental, família parental e família paralela. Manifesta-se ainda, em família unipessoal, para explicar sobre pessoa que vive sozinha, todavia, entende-se não haver uma efetiva família, de modo que inexistentes o afeto e a comunhão.

A família matrimonial é a que se concebe pelo casamento, trata-se de um grupo conjugal por excelência, mas de forma geral é também conjugal, ou seja, composto por marido, mulher e também filhos. Quando falamos em família por união estável, que também pode ser chamada de informal ou extrapatrimonial é um modelo de família que também é por excelência conjugal, e em muitos casos parental, quando o casal convive com descendentes ou ascendentes. Discorrendo sobre a família homoafetiva é aquela formada pelo mesmo sexo, unidas por uma conexão conjugal, modelo condenado no decorrer da história em razão do preconceito com a homossexualidade.

A família mosaica vem referindo-se e empregada para os núcleos formados por pessoas separadas ou divorciadas, tratando-se de modelo conjugal e parental, carecendo-se de disciplina no ordenamento, até porque foram regulamentados os núcleos conjugais. No tocante a família monoparental baseia-se em um núcleo formado por apenas um dos pais e seu filho ou filhos, seja em razão da morte do outro, ou separação do casal, divórcio ou abandono, modalidade essa com a ausência do elemento conjugal.

Concernente à família parental, aquela que por excelência não há vínculo conjugal, não ganhou disciplina legislativa no Brasil, aliás, nem doutrinária. Por essa razão as mais variadas dúvidas surgem acerca do núcleo formado por afeto puro e não sexual. Alusivo à família paralela, são formadas pela união conjugal de uma pessoa casada ou que vive em união estável com uma terceira pessoa, também chamado na história do direito de concubinato ou ilegítimo. Alusivo à família poliafetiva ou união poliafetiva, refere-se a um modelo formado por mais de dois conviventes²²⁶.

A Constituição Federal de 1988 reputou instituição familiar à união estável entre homem e mulher. Com isso, evoluiu-se para uma nova visão de família, em outras palavras, o primeiro passo foi dado, desvinculando família de casamento²²⁷.

Em uma visão constitucional a estrutura família é constituída por princípios, sendo a solidariedade, igualdade substancial e da liberdade de escolhas, todos esses com ligação à dignidade da pessoa humana. Em tempos passados não era essa apresentação de família, de modo que, observava-se uma desigualdade de forças entre o homem e a mulher, tendo em vista o pátrio poder reunido de forma exagerada na figura do pai e sua formação heterossexual.²²⁸

Sobre o conceito de direito de família bem ressalta Flávio Tartuce²²⁹

Tendo como parâmetro os institutos tratados pelo CC/02, o Direito de Família pode ser conceituado como sendo o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda. Além desse conteúdo, acrescenta-se a investigação das novas manifestações familiares. O Direito de Família contemporâneo pode ser dividido em dois grandes livros, o que consta do CC/02: Direito de Família: DIREITO EXISTENCIAL- CENTRADO NA PESSOA HUMANA (NORMAS DE ORDEM PÚBLICA); DIREITO PATRIMONIAL – CENTRADO NO PATRIMÔNIO (NORMAS DE ORDEM PRIVADA). Pelo diagrama, o direito existencial de Família está baseado na pessoa humana, sendo as normas correlatas de ordem pública ou cogentes. Tais normas não podem ser contrariadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta da convenção, por fraude à Lei imperativa (art. 166, VI, do CC).

Note que o Direito de Família separa a matéria em dois grandes livros, sendo o direito existencial diretamente ligado à pessoa humana, matéria essa de ordem pública, e o direito

²²⁶ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe; Curso Didático de Direito Civil. 05. Ed. São Paulo. ATLAS, 2015. p. 923-933.

²²⁷ FIUZA, Cesar. Curso completo de Direito Civil. 12 ed. Minas gerais: DELREY. 2008 p. 190-191.

²²⁸ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito Civil Sistematizado. 05 ed. Rio de Janeiro. MÉTODO, 2014. P. 859.

²²⁹ TARTUCE, Flávio; Manual de Direito Civil. 06. Ed. São Paulo. MÉTODO, 2016 p. 1.182-1.183.

patrimonial intimamente ligado ao patrimônio do indivíduo, permitindo assim a convenção em contrário pelas partes.

Constitucionalmente externando, a organização família da atualidade é formada pelos princípios da igualdade substancial, liberdade de escolhas e solidariedade, todos esses relacionados à dignidade da pessoa humana. Em tempos passados a família não se apresentava dessa forma, observa-se uma desigualdade de forças entre o homem e a mulher, de modo que havia uma concentração de poder de forma exagerada na figura do pai.

A Constituição Federal aponta a família como estrutura da sociedade e distancia as desigualdades que o direito do passado apresentava. Desta forma é bem expreso na Lei maior:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de

colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²³⁰

Trazer um conceito de família é uma tarefa bem trabalhosa, tendo em vista a amplitude atual, de modo que, é possível assinalar que a família é um conjunto de pessoas ligadas pelo parentesco, pelo casamento ou pela união estável, ou ainda pelas relações de afinidade que gravitam legalmente²³¹.

Em face do exposto, podemos definir família como uma construção cultural, que desde tempos passados define um pensamento de acordo com o povo de cada época.

2. DO CASAMENTO

O casamento é um vínculo entre duas pessoas, para a constituição de uma família e o contentamento dos seus interesses pessoais, bem como de eventual filho. O casório era considerado pelo direito romano como o consórcio entre homem e sua mulher pelo resto da vida, definido pela ideia de que os nubentes considerarem-se marido e mulher.

O objetivo do casamento apresentado na sociedade moderna ocidental e na pós-moderna é diferente em muito da original existente no direito romano, que passou por uma primeira fase em que o casório não era somente um motivo para satisfação de necessidades dos nubentes, mas principalmente a procriação masculina, fortalecendo o exército nacional, como segurança e expansão do império²³².

3. DO CONTEXTO HISTÓRICO DOS REGIMES DE BENS

No matrimônio ultrapassam-se os vínculos afetuosos entre os nubentes, e destes passam para os filhos. Sem embargo, a harmonia de corpo e alma que se instaura entre o homem e mulher que se casam traz várias consequências patrimoniais para ambos, quer durante ou, principalmente se houver dissolução conjugal.

No exercício do casamento é dever do casal o atendimento às necessidades financeiras para o provimento do lar, mas não somente implicações acerca dos bens que ambos tragam ou

²³⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 29.11.2016.

²³¹ SOBRAL, Cristiano. Direito Civil Sistematizado. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 859.

²³² LISBOA, Roberto Senise. Direito de Família e Sucessões. 07. Ed. São Paulo. SARAIVA, 2012. p.55.

adquiram na constância da sociedade conjugal, como também a ordenação normativa decorrente e relativa à propriedade, utilização, administração e frutos dessas coisas²³³.

Dessa maneira, percebe-se uma relação de afeto e amor circulando entre o casal e filhos durante a constância conjugal, trazendo responsabilidades patrimoniais ao casal, sobretudo na dissolução.

No antigo direito germânico, dado o poder de tutela como senhor feudal, o marido tinha o direito de governar os bens da mulher (afora objetos de uso pessoal e utensílios domésticos), envolvendo terras, enxoval e riquezas de viúva, os quais para ela entregava ao fim do matrimônio.

Na idade média, aprimorou-se o regime de comunhão de bens, consequência da integralização dos imóveis da mulher como parte contributiva nos ganhos do casal, em forma de comunicação voltada ao suporte das necessidades dela, incluindo posteriormente os móveis, de modo a configurar a comunhão de bens atualmente conhecida. Simultaneamente, desenvolveram-se regras especiais, mediante pactos ou convenções antenupciais, principalmente entre a burguesia humana. Aos múltiplos sistemas existentes, a recepção do direito romano pelo germano acrescentou o regime dotal, que contribuiu à prática do homem administrar o patrimônio da mulher²³⁴.

Note que no direito germânico prevalecia o autoritarismo do marido sobre a mulher que controlava seus bens, o que se mostra desigual em relação à atualidade ao quais ambos os nubentes administram seus bens.

Referindo-se ao Brasil, posteriormente a ordenação normativa lusitana foi uma significativa influência para a criação do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º. 1.1916), que concedendo um ultrapasso ao regime de comunhão universal de bens, o erigiu à condição de legal ou supletivo, caso inexistisse a escolha de outro regime pelos nubentes mediante o pacto antenupcial.

Foram quatro os regimes de bens então contemplados: comunhão universal; comunhão parcial; separação e dotal, qualquer deles vigente a partir da data do casamento. Por sinal o

²³³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 03. Ed. São Paulo. Atlas, 2003. p. 169.

²³⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. Direito de Família. Rio de Janeiro. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918. p. 133.

codificador distanciava-se de nosso direito anterior, embasado no direito canônico, segundo o qual, o regime de bens somente começava com a consumação do casamento, obtida pela concreta atividade sexual, presumida para o dia seguinte à união²³⁵.

4. OS DIFERENTES REGIMES DE BENS

O regime de bens é roteiro que rege as relações patrimoniais derivados do casamento, regulando o título e a administração dos bens dos nubentes, produzindo efeitos entre os cônjuges e terceiros.

Antes de concretizar o matrimônio, os nubentes deverão acordar sobre o regime de bens que irá vigor durante a união. Há quatro regimes de bens previstos no ordenamento jurídico Brasileiro, que serão discutidos no presente trabalho.

Bem ressalta Flávio Tartuce²³⁶ em noções introdutórias aos regimes de bens:

Após o tratamento do direito pessoal, o Código Civil de 2002 disciplina os direitos patrimoniais relacionados com o casamento, particularmente as regras quanto aos regimes de bens. A atual codificação traz regras gerais a respeito desse tratamento patrimonial (arts. 1.653 a 1.657), bem como regras especiais quanto aos quatro regimes previstos: comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e a separação de bens (arts. 1.687 a 1.688). Deve ficar claro que, admitido o casamento homoafetivo, na linha do que vêm decidindo os Tribunais Brasileiros, todas as regras aqui analisadas incidem para tais entidades familiares, sem qualquer distinção. Como se sabe, não há mais regulamentação do regime dotal, que constava do Código Civil de 1916, nos arts. 278 a 311, que, na realidade, mesmo na vigência do revogado diploma, não tinha qualquer aplicação prática. O regime dotal representava verdadeira letra morta da lei, sendo apelidado de “regime dos coronéis”. O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como sendo o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada. Diante da aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, que banuiu do sistema familiarista todas as formas de separação jurídica- incluindo a separação judicial e a extrajudicial-, um apontamento que deve ser feito. Isso, diante de várias menções à dissolução da sociedade conjugal em regras relativas ao regime de bens. Ora, é notório que o divórcio põe fim ao casamento e também à sociedade conjugal, sendo certo que, extinto o primeiro, também estará finda a segunda categoria. Desse modo, onde se lê nos dispositivos dissolução da sociedade conjugal, pode-se entender dissolução do casamento e da sociedade conjugal.

²³⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 11ed. Rio de Janeiro. Forense, 2000. p. 131.

²³⁶TARTUCE, Flávio. Direito Civil Vol.IV. 09. Ed. São Paulo. MÉTODO, 2014. p. 136-137.

Pode-se dizer de início, que com o desaparecimento da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, de modo que foi retirada por inteiramente. Por tais razões perdeu o sentido o procedimento trabalhoso da separação judicial.

Inicialmente, cabe esclarecer que a matéria discutida no presente trabalho será especificamente no tocante a incomunicabilidade dos livros e instrumentos de profissão no regime de comunhão parcial de bens e a possibilidade de enriquecimento sem causa de uma das partes. É bem verdade que o regime de comunhão parcial de bens é o regime mais comum e mais utilizado pela sociedade.

O casamento-estado significa a ampla comunhão de vida entre o cônjuge e estes não apenas passam a dividir momentos, afeto e amor, mas também patrimônio. Assim teremos a existência dos chamados regimes de bens, que nada mais são do que situações patrimoniais que os cônjuges podem livremente escolher, e que, em algumas hipóteses, a Lei impõe²³⁷.

Note que o regime de bens se trata de formalidade obrigatória para que o casamento tenha eficácia. O casal que, ao se habilitar para o matrimônio, poderá fazer a escolha do regime de bens que irá vigorar na constância do casamento, por isso se fala na essência estritamente patrimonialista, não apenas em amor e afeto.

Perceba que o sistema jurídico Brasileiro apresenta aos interessados quatro modelos de regimes de bens a livre escolha dos nubentes, exceto nos casos submetidos ao regime de separação obrigatória, contemplados no artigo 1.641 do Código Civil que assim dispõe:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial²³⁸.

²³⁷ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe; Curso Didático de Direito Civil. 05. Ed. São Paulo. ATLAS, 2015. p. 983

²³⁸ BRASIL Código Civil de 2002 disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29.11.2016

Desta forma deve ser observado o regime obrigatório aos que enquadrarem no referido dispositivo.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²³⁹ ressaltam que:

Estes regimes disciplinados por Lei representam quatro diferentes modelos que servem como *standard's*, correspondendo às diferentes intenções almejadas pelos noivos. Variam desde a absoluta diáspora patrimonial (separação de bens) até a plena comunhão patrimonial (a comunhão universal), passando por regimes híbridos. São a comunhão parcial (regime legal supletivo), a comunhão universal, a separação convencional de bens e a participação final nos aquestos. Há uma tendência contemporânea em reconhecer uma interpenetração de regimes, detectando-se, não raro, diversas exceções, através das quais são estabelecidas exceções a cada um dos regimes de bens individualmente. Em nosso sistema jurídico é perceptível esta situação, encontrando-se exceções às regras gerais, de modo a garantir maior proteção às pessoas envolvidas. Em se tratando de meros tipos legais (modelos), não se pode olvidar a possibilidade facultada aos interessados de estabelecer novos regimes, a partir da combinação das regras existentes-incidência do princípio da variedade. Também é mister assinalar a necessidade de celebração de pacto antenupcial para a escolha de regimes distintos da comunhão parcial- que serve em nosso direito como regime legal supletivo de vontade. Sempre que os nubentes resolvem adotar outros regimes patrimoniais, diferentes da comunhão parcial, ou quando criam novos modelos de regimes de bens, é necessário fazê-lo por meio de pacto antenupcial, através de escritura pública, registrada no cartório de imóveis do domicílio dos nubentes.

O que se percebe é que a legislação que regula o casamento, especificamente o Código Civil, apresenta quatro diferentes regimes de bens, que variam desde separação parcial e universal de bens. No atual sistema jurídico não se pode obstar da livre estipulação de regimes facultada pelos nubentes, ou seja, o casal é livre para criar qualquer tipo de regime, desde que haja concordância de ambos. É importante também ressaltar que caso houver escolha distinta do regime de comunhão parcial, obrigatoriamente será necessário à elaboração de pacto antenupcial, por meio de escritura pública.

4.1. Comunhão Parcial De Bens

A comunhão parcial de bens foi construída a regime oficial com o surgimento da Lei 6.515/1977, do divórcio, em alteração ao regime da comunhão universal de bens, proveniente consagrada pelo Código Civil de 1916 (art. 258). A atual codificação reescreveu o dispositivo

²³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos das famílias. 01 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. P. 256-257

em seu artigo 1.640, por lógica: se o casamento inicia a comunhão plena de vidas (art. 1.511), naturalmente todo patrimônio daquele momento em diante adquirido se comunica, inclusive se estende, no que couberem as uniões estáveis²⁴⁰.

O regime da comunhão parcial de bens que será objeto da problemática esplanada no presente trabalho, tratado na legislação Brasileira como regime supletivo de vontade, a comunhão parcial desobriga, como visto anteriormente, a celebração de pacto antenupcial, prevalecendo no silêncio das partes ou na hipótese de invalidação da convenção.

Trata-se de regime que estabelece um componente, de certo modo ético entre os nubentes, reservando os bens particulares e proporcionando comunhão de bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso, durante a convivência.

No mencionando, entram na comunhão os bens adquiridos durante o casamento a título oneroso como, por exemplo, uma compra e venda ou eventual prêmio de loteria, excluídos os bens adquiridos antes das núpcias ou durante o matrimônio, a título como doação e herança.

Temos também como ponto primordial reconhecer uma presunção absoluta de colaboração conjunta pela aquisição de bens decorrente de uma compra venda a título de exemplo, na constância do casamento. Essa presunção absoluta uma das partes do casamento auxilia a outra na aquisição de bens, ainda que psicologicamente ou moralmente, não apenas economicamente. Desta forma, todos os bens adquiridos durante o matrimônio são frutos de ajuda mútua, não comportando a alegação de falta de esforço comum.

Se o componente primordial da comunhão parcial é a colaboração recíproca, naturalmente, os bens adquiridos anteriores as núpcias, bem como os adquiridos a título de gratuidade (doação ou direito sucessório) na constância do casamento, não ingressam na comunhão, mantendo-se no patrimônio particular de cada um segundo dispõe artigo 1.661 do Código civil:

Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento²⁴¹

²⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil- direito de família. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 1991, p. 174-175, V. 06.

²⁴¹ BRASIL Código Civil de 2002 disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29.11.2016

Desta maneira, a comunhão parcial estabelece três distintas esferas patrimoniais: i) os bens particulares de um cônjuge; ii) os bens de outro cônjuge; iii) os bens comuns, que serão partilhados, quando da dissolução do matrimônio²⁴².

É importante também mencionar que, a regra do artigo 1725 do Código Civil que assim dispõe:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens²⁴³.

As regras para união estável quando não pactuadas, este regime tem aplicação no âmbito da união estável, estabelecendo idêntica presunção absoluta de colaboração recíproca para aquisição de bens.

Importante ressaltar que em posicionamento contrário no regime de comunhão parcial a incomunicabilidade de bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão como é o caso do músico profissional que, para o desenvolvimento de suas atividades, tenha adquirido, ao longo de sua vida conjugal, vários instrumentos raros e de altíssimo valor comercial; ainda que esses bens tenham sido comprados na constância do casamento, eles não serão comunicáveis com os bens de seu cônjuge, divergindo então com a posição de Maria Helena Diniz²⁴⁴.

Perceba que há uma discussão acerca do tema, em específico relacionado a incomunicabilidade dos livros e instrumentos de profissão na comunhão parcial de bens, havendo divergência acerca da aplicação fria da norma.

4.2. Participação Final Nos Aquestos

No regime de participação final nos aquestos, inovação no novo Código Civil de 2002, com previsão nos artigos 1.672 a 1686, esse regime de participação final nos aquestos procura associar o regime de comunhão parcial de bens e o da separação de bens. Por este regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio (bens particulares), compostos dos bens que já possuía antes

²⁴² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos das famílias. 01 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. P. 257.

²⁴³ BRASIL Código Civil de 2002 disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29.11.2016

²⁴⁴ ASSEF, Tatiana Moschetta; Direito de Família e Sucessões. 01 ed. São Paulo. Harbra, 2004. P.98

de contrair matrimônio e os que vierem a adquirir, a qualquer título na constância do casamento, e lhe cabe à época de eventual dissolução da sociedade conjugal, direito a metade dos bens adquiridos pelo casal (os bens comuns), a título oneroso, na constância do casamento.

Em outros termos, na constância do casamento cada cônjuge age como se tivesse sido adotado o regime de separação de bens, mantendo administração exclusiva sobre seus bens (adquiridos ou não durante o casamento), podendo, inclusive, aliená-los livremente se forem móveis, sendo que igual direito pode ser estendido aos bens imóveis por meio de cláusula expressa no pacto antenupcial. Porém, vindo eventualmente o casal a requerer o divórcio, deverá ser apurado o montante dos aquestos, isto é, o valor total dos bens onerosamente adquiridos pelos cônjuges durante o casamento (balanço contábil e financeiro), como se esse observasse o regime da comunhão parcial, dividindo-se os bens apurados na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um²⁴⁵.

Para exemplificar trago as palavras de Fábio Ulhoa Coelho²⁴⁶

Para exemplificar, imagine que duas pessoas se casam no regime de participação final nos aquestos. No dia anterior ao casamento, ele tem em seu patrimônio um apartamento, dois terrenos e um barco; e ela, uma casa de praia, ações de uma sociedade anônima e obras de arte. Casados, esses bens não se comunicam, continuam a pertencer a cada cônjuge. O casamento dura oito anos, ao longo dos quais, ele herdou fração ideal de uma mansão e comprou mais três terrenos. Ela, por sua vez, vendeu a casa de praia e comprou outra maior, além de ter adquirido também alguns conjuntos de escritório. Ao término da sociedade conjugal, todos os bens que foram acrescidos ao patrimônio de cada cônjuge durante sua existência (gratuita ou onerosamente; alguns por sucessão, outros por sub rogação) continuam a pertencer ao respectivo titular, não se comunicando. Imagine, agora, que ele e ela, no terceiro ano de casados, juntaram as economias e adquiriram uma casa na cidade, onde fixaram o domicílio conjugal. No quarto ano, com dinheiro dos dois, arremataram, num concorrido leilão, a tela de um afamado pintor. Esses bens, porque foram comprados com o esforço comum, pertence aos dois, ainda que o imóvel esteja registrado no nome de um dos cônjuges somente, e a nota fiscal de venda da obra de arte identifique apenas um deles como o adquirente. Ele e ela titulam, por isso, a meação desta casa e pintura. A comunhão, nesse regime, não se estabelece na constância do casamento, mas somente ao término da sociedade conjugal. Por isso, quando adotada a participação final nos aquestos, o cônjuge não tem a titularidade da meação enquanto casado. Torna-se meeiro somente no caso de dissolução do vínculo matrimonial e apenas dos bens adquiridos pelo esforço comum. Nesse regime, a meação fica suspensa enquanto perdurar o casamento, ela não é renunciável, cessível nem penhorável. Com o fim do vínculo conjugal, a partilha de bens, tanto no juízo

²⁴⁵ JÚNIOR, Gediel Claudino Araújo . Prática no direito de família. 07 ed. São Paulo. Atlas , 2015. P. 34-35

²⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil Volume 05- Família e Sucessões. 05 ed. São Paulo. Saraiva. 2012. P.84-85.

do divórcio, como no sucessório (CC, art. 1.685) depende do cômputo do valor dos aquestos; feito por meio de cálculo, cuja complexidade infelizmente a lei não conseguiu captar de modo adequado. Em outros termos, no exemplo imaginado acima, não haveria dificuldades na identificação dos bens componentes da meação. Mas a vida é muitíssimo mais rica de possibilidades. Ao longo dos anos de convivência, pode-se perder na bruma dos negócios realizados a dimensão exata da contribuição de cada cônjuge na aquisição, bem como trazer ao valor presente, isto é, atualizar para a data da dissolução do regime o preço, pagamento, desembolso ou quantia correspondente (CC, art. 1.683).

Percebe-se que a apuração dos bens, no regime de participação final nos aquestos se mostra algo complexo e de difícil execução, cujo bom êxito se atrelará à manutenção de uma contabilidade e fiscalização durante o casamento ou até mesmo uma perícia poderá ser necessária para apuração dos bens.

4.3. Separação Convencional

Quando falamos do regime de separação convencional ou absoluta de bens prevalece há independência entre o casal, ou seja, o patrimônio anterior ao casamento, bem como os presentes e futuros não se comunicam, pertencendo a cada cônjuge de forma independente, com exclusividade de domínio, posse e administração, inclusive quantos aos débitos anteriores e posteriores ao casamento.

O regime de separação de bens, por também ser um regime convencional (exceção aos casos elencados no artigo 1.641²⁴⁷ do Código Civil que se trata de separação legal prevista em Lei), exigirá pacto antenupcial, sendo admitida a modificação de suas regras no pacto.

Nesse mesmo pensamento, as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges para aquisição das coisas necessárias à economia doméstica, ou seja, para o bem comum, serão obrigações de ambos, assim como será de obrigação de ambos a contribuição para as despesas do casal na proporção de seus rendimentos, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

No entanto, apesar destas observações, a administração e alienação de bens, sejam móveis ou imóveis, serão exclusivas de cada um dos cônjuges, que podem livremente alienar ou gravar de ônus reais o seu patrimônio particular.²⁴⁸

²⁴⁸ NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo; MELO, Maria Izabel. Manual de Direito Civil. 01. Ed. Salvador. Juspodivm, 2013. p. 1578-1579.

4.4. Comunhão Universal De Bens

O regime exerceu papel fundamental na unidade do patrimônio familiar, sob a égide do *pater famílias*. Ao mesmo tempo, assegurou mais igualdade patrimonial á mulher, com a dissolução da sociedade conjugal, quando socialmente era relegada ao papel secundário de administração doméstica, sem vida econômica própria, e juridicamente era tida como relativamente incapaz. O fenecimento da família patriarcal e a emancipação feminina revelaram sua obsolescência e inadequação²⁴⁹.

Bem ressalta Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²⁵⁰

Através da comunhão universal forma-se uma massa patrimonial única para o casal, estabelecendo uma unicidade de bens, atingindo créditos e débitos e comunicando os bens pretéritos e futuros. Em linhas gerais, através do regime de comunhão universal, cessa a individualidade do patrimônio de cada um, formando-se uma universalidade patrimonial entre os consortes, agregando todos os bens, os créditos e as dívidas de cada um. É uma verdadeira fusão de acervos patrimoniais, constituindo uma única massa que pertence a ambos, igualmente, condomínio e em razão da qual cada participante terá direito a meação sobre todos os bens componentes desta universalidade formada, independente de terem sido adquiridas antes ou depois das núpcias, a título oneroso ou gratuito. É o que se convencionou chamar de comunhão total de bens, implicando, por igual, uma comunhão total de dívidas, como regra geral. Durante longo período, desde as ordenações portuguesas, a comunhão universal foi o regime legal supletivo de vontade, entre nós. Hoje, por se tratar de regime convencional, depende de celebração de pacto antenupcial.

Note que no regime de comunhão universal há uma unicidade de bens, agregando todos os bens do casal, sendo créditos e débitos, constituindo uma única massa que irá pertencer ao casal.

5. ALGUNS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

No tocante aos princípios que tenha de alguma forma ligação com o tema, se mostra relevante salientar os mencionados abaixo. Os princípios constituem estrutura do ordenamento jurídico, funcionando como um suporte com alto grau de eficácia universal. Mesmo os institutos do direito privado devem ser interpretados com os princípios previstos na Constituição Federal vigente. Nessa lógica, o direito de família experimentou e vem experimentando uma expressiva

²⁴⁹ LÔBO, Paulo. Famílias. 04. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. P.351.

²⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos das famílias. 01 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. P. 260-261

alteração, sobretudo com modificação de padrões de comportamento social, como a igualdade de gêneros, a família monoparental, a união homoafetiva, a isonomia do tratamento jurídico entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, o reconhecimento da união estável, afinal, houve a ruptura progressiva de antigos costumes sociais, devendo do ponto de vista dos atuais princípios, repensado dentro de uma nova concepção implícita ou explicitamente, que a Constituição Federal redesenhou²⁵¹.

Uma das maiores evoluções no direito Brasileiro, notadamente após a Constituição Federal de 1988, é a consagração da validade dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, sobejando assim à simbologia que a doutrina tradicional a eles destinava. A validade simbólica fracassava as forças sociais que pugnavam por sua incorporação constitucional e contemplava o resistente ponto de vista do individualismo e do liberalismo jurídicos, que rejeitam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas, especialmente as de natureza econômicas, inclusive do Poder Judiciário. Sem a mediação do Poder Judiciário, os princípios não adquirem a força normativa²⁵².

Note que, com o passar dos tempos e evolução, o direito Brasileiro vem proporcionando uma força normativa aos princípios de direito de família que estão previstos na Constituição Federal de 1988, seja explicitamente ou implicitamente, de modo que se assegura uma efetiva aplicação com a intervenção do Poder Judiciário.

5.1. Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana

Pode ser intitulado de princípio dos princípios, como uma base, destacado de forma expressa na Constituição Federal, particularmente nos artigos 1º, III e 226,§ 7º²⁵³.

²⁵¹ BAPTISTA, Sílvia Neves. Manual de Direito de Família. 2.ed. Recife: Bagaço, 2010. p.35-36.

²⁵² LOBO, Paulo. Direito Civil Famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.57

²⁵³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Trata-se de princípio base de toda relação humana, particularmente nas relações familiares. Considera o indivíduo e cidadão em todas as suas particularidades, atribuindo dignidade a pessoa que lhe é inerente²⁵⁴.

O Direito de Família é o mais humano dos ramos do direito. Por este motivo a matéria cujas bases e ingredientes estão diretamente relacionados à noção de cidadania. O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana é hoje inserido em quase todas as constituições democráticas²⁵⁵.

5.2. Princípio da Solidariedade

O princípio da solidariedade familiar decorre do princípio constitucional da solidariedade social. O referido princípio pode ser estudado sob o contexto externo e interno. Quando falamos exterior a solidariedade social ordena que o poder público e a sociedade civil são responsáveis pela realização de políticas de atendimento às necessidades familiares dos menos favorecidos. Importante lembrar no contexto interno, que cada membro da família deve cooperar para que o outro consiga efetivar o desenvolvimento biopsíquico.

Sensatamente, a solidariedade familiar é realizada com valores traçados por ascendentes em favor dos descendentes. Muito embora a solidariedade interna sofra um desequilíbrio de uma entidade familiar para outra, em razão de culturas distintas, há o mínimo de respeito para se preservar em razão do caráter personalíssimo de cada integrante²⁵⁶.

5.3. Princípio da afetividade

O recente direito de família gira ao redor do princípio da afetividade. Não se aconselha a tentar definir o amor, pois essa tarefa se mostra impossível. A propósito o amor, mas

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁵⁴ NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo; MELO, Maria Izabel. Manual de Direito Civil. 01. Ed. Salvador. Juspodivm, 2013. p. 1501.

²⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 06 Direito de Família 10.ed. São Paulo. SARAIVA, 2013. p. 20

²⁵⁶ LISBOA, Roberto Senise. Direito de Família e Sucessões. 07. Ed. São Paulo. SARAIVA, 2012. p.30.

precisamente a afetividade tem muitas faces e aspectos que se julga complexa, o que se tem convicção é que se trata de uma força essencial em todas as nossas relações em vida.

Mas o que não podemos deixar em branco que de acordo com Pablo Stolze e Pamplona Filho todo Direito de Família se submete ao princípio da afetividade²⁵⁷.

Parte da doutrina ressalta “apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar”²⁵⁸.

Note que o princípio da afetividade vem sendo mencionado pela doutrina de doutrinadores mais recentes, havendo críticas levantadas por parte dos estudiosos, como menciona Flávio Tartuce.

5.4. Princípio Da Não- Intervenção Ou Da Liberdade

O instante e a forma da constituição da família seja ela matrimonial ou por união estável, a sua dissolução, planejamento do casal em ter ou não filhos são de privativas responsabilidades dos membros da família, não devendo estranho interceder nas escolhas. Desta forma, respeita-se a autonomia privada das partes envolvidas para decidir o que melhor aprouver a ambos.

Concerne, todavia, ao Estado fornecer métodos para o exercício de tal direito, especificamente em relação a recursos educacionais e acessos às técnicas científicas de natalidade e planejamento familiar, como por exemplo, a política pública, sem, portanto, coagir o casal a aplicá-las.

Igualmente, determina que os pais tenha responsabilidade com os seus filhos, dado o que lhes compete, em primeiro lugar, o cuidado e assistência com sua prole, resultando assim o princípio da paternidade responsável²⁵⁹.

6. O INSTITUTO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

²⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; RODOLFO, Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil Direito de Família. 02.Ed. São Paulo. SARAIVA, 2012. p.93-94.

²⁵⁸ TARTUCE, Flávio; Manual de Direito Civil. 06. Ed. São Paulo. MÉTODO, 2016 p. 571.

²⁵⁹ BAPTISTA, Sílvia Neves. Manual de Direito de Família.2.ed. Recife: Bagaço, 2010. p.40-41.

A aplicabilidade do presente instituto no tema, diz respeito a um empobrecimento de um dos cônjuges no caso de dissolução conjugal com discussão acerca da comunicabilidade de livros e instrumentos de profissão.

Nesta linha, para se iniciar estudo sobre o referido instituto é importante ressaltar um conceito apresentado pela doutrina, mais precisamente ressaltar Pablo Stolze e Pamplona Filho²⁶⁰:

O enriquecimento ilícito traduz a situação em que uma das partes de determinada relação jurídica experimenta injustificado benefício, em detrimento de outra, que se empobrece, inexistindo causa jurídica para tanto. O princípio que veda o enriquecimento sem causa inspira-se, desde o Direito Romano, em regras de equidade, aplicando-se às ações (*condictiones*) pelas quais devia aquele que se locupletasse com a coisa alheia restituí-la a seu dono- ‘iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores’. Todas as hipóteses conhecidas eram envolvidas na epígrafe ampla das ‘condictiones sine causa’ denominação que permitiu aos juristas modernos generalizar, dizendo: quando alguém recebia indevidamente alguma coisa, ou quando cessava a razão justificativa de tê-la recebido ou quando a aquisição provinha de furto ou de um motivo imoral, não tinha direito de retê-la, por lhe faltar uma causa. Esta, porém, não era elementar na ‘obligatio’, que se contraía independentemente de seu conceito, porém necessária a que o adquirente conservasse a propriedade ou a posse da coisa recebida.

No sistema Brasileiro, o enriquecimento sem causa traduz a situação em que uma das partes de determinada relação jurídica experimenta injustificado benefício, em detrimento da outra, que se empobrece.

7. DO POSSÍVEL ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DE UM DOS NUBENTES

A problemática está relacionando ao Direito de Família, mas precisamente trata da incomunicabilidade dos instrumentos de profissão no regime de comunhão parcial de bens previsto no Código Civil Brasileiro. Importante ressaltar que o casamento no regime de comunhão parcial gera a comunicabilidade dos bens em face da presunção de que houve esforço comum para sua aquisição.

²⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; RODOLFO, Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil Direito de obrigações. 15.Ed. São Paulo. SARAIVA, 2014. p.403-404.

Primeiramente instar apresentar no capítulo do regime de comunhão parcial de bens, a presunção trazida de que os bens adquiridos na constância do casamento entram na comunhão, ainda que em nome de um dos cônjuges, como dispõe artigo 1.660 do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges²⁶¹;

O artigo 1.660 do Código Civil Brasileiro tutela uma presunção de que os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que no nome de um dos cônjuges entrem na comunhão para fins de dissolução conjugal.

No tocante a incomunicabilidade que se trata de exceção, o artigo 1.659, V do Código Civil Brasileiro traz à baila em um possível confronto com a presunção do artigo 1.660, I e expõe a seguinte disposição:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

[...]

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

[...] ²⁶²

Perceba que conforme a letra da Lei (Art.1659, V), no regime de comunhão parcial, os bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão serão incomunicáveis, confrontando com o artigo 1.660, I, já que de acordo com o dispositivo entram na comunhão os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só no nome de um dos cônjuges.

²⁶¹ BRASIL Código Civil de 2002 disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 20.01.2017

²⁶² BRASIL Código Civil de 2002 disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29.11.2016

Na linha de pensamento defendendo a incomunicabilidade, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior²⁶³ salientam:

Os bens de uso pessoal, como, por exemplo, as roupas e os sapatos, não se comunicam diante da sua pessoalidade. **Os livros profissionais (a biblioteca profissional de um médico ou de um advogado, por exemplo) e os instrumentos de profissão (a cadeira de um dentista, os aparelhos de um cirurgião, a máquina de costurar de uma costureira, por exemplo) também não se comunicam, pois necessários ao exercício da profissão.** Evidentemente o aspecto econômico não pode ser ignorado na análise na análise de tais hipóteses. Assim, a regra acima não será aplicada diante de uma biblioteca de trinta mil volumes adquirida por um dos cônjuges e que constitui parcela considerável o que foi investido na constância do casamento. Também não há que se considerarem, como meros instrumentos de profissão, as vinte cadeiras de dentista e o andar inteiro de um prédio de uma clínica odontológica. Em tais hipóteses, fica claro que tais bens perderam o caráter de imprescindíveis para o exercício da profissão e, por isso, devem ser partilhados igualmente entre os cônjuges. Por fim também soa razoável defender a comunhão, se um dos cônjuges provar que, efetivamente, contribuiu para a aquisição de determinado instrumento necessário do exercício da profissão do outro cônjuge. Nesse caso necessária será a divisão do referido bem, de acordo com a parcela de contribuição de cada um, como forma de evitar o enriquecimento ilícito. Note-se, porém, que não é a presunção absoluta de esforço comum que justifica a divisão do bem adquirido na constância da sociedade conjugal. Mas a prova efetiva de contribuição para a aquisição do instrumento de profissão. Por isso, o ônus da prova é do cônjuge que alega a contribuição efetiva para sua aquisição.

Percebe-se que conforme posicionamento anterior, a incomunicabilidade deve ser seguida, ou seja, são incomunicáveis os livros e instrumentos de profissão, em razão de sua pessoalidade, mas traz exceção, de modo que, se houver um aspecto econômico elevado envolvido no caso, deve ser analisado a contribuição e esforço de um dos cônjuges para aquisição dos livros ou instrumentos de profissão, não deixando, portanto, de aplicar a norma legal, protegendo o necessário exercício do profissional do cônjuge que o solicita.

Em posicionamento contrário Maria Berenice Dias assevera primeiramente que o regime de bens rege-se pelo princípio da comunicabilidade do patrimônio auferido após as núpcias. Isso porque o casamento gera a comunhão de vidas (CC 1.511); os nubentes têm o dever de mútua assistência (CC 1.566 III); e este e aquele são responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Trata-se de princípio claro, pois evita a possibilidade de enriquecimento sem causa de um dos nubentes em face do outro. Para ser distanciado tal fundamento, é

²⁶³ ALMEIDA, Renata Barbosa; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. Direitos Civil famílias. 02 ed. São Paulo. ATLAS, 2012. p. 186-187.

necessária expressa anuência anterior, previamente ao casamento, mediante pacto antenupcial. Também pode ocorrer a mudança do regime de bens, durante o casamento, mas sempre por vontade dos nubentes manifestada em juízo. Assim sendo, mesmo quando não tenha havido a participação efetiva de ambos, há que dividir o patrimônio comum, independentemente de quem o tenha adquirido. Tal mandamento não necessita nem mesmo de muita maior dificuldade para ser compreendida, mas algumas exclusões da comunicabilidade, previstas nos regimes da comunhão parcial, são de todo absurdas, injustificáveis, injustas e, por consequentemente inconstitucionais²⁶⁴.

Note que Maria Berenice afirma categoricamente que mesmo que não tenha havido participação efetiva de ambos, há de se dividir o patrimônio, de modo que, a partir do momento que houve o matrimônio dos nubentes no regime de comunhão parcial de bens, estes já estão regidos pelo princípio da comunicabilidade, ou seja, os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal há de se comunicarem, e ressalta de forma enérgica que a exceção trazida pela Lei, no tocante a incomunicabilidade dos livros e instrumentos de profissão é absurda e inconstitucional.

Perceba que há um problema de interpretação do dispositivo que trata da incomunicabilidade, onde Maria Berenice Dias afirma de forma concreta e resoluta que os livros e instrumentos de profissão devem ser divididos, mesmo quando não haja participação de ambos, e a exceção trazida pela Lei é inconstitucional, enquanto parte da doutrina ressalta que deve ser analisado o aspecto econômico do bem para saber se o bem perdeu o caráter de imprescindíveis para o exercício da profissão, de modo que há um possível problema em relação ao artigo 1.660, I do Código Civil Brasileiro que de forma legal, presume que os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que no nome de um dos cônjuges entrem na comunhão para fins de dissolução conjugal.

Com o objetivo de enriquecer o presente estudo trago a baila para explicitar o presente tema, o julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AÇÃO DE DIVÓRCIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARA DECRETAR O DIVÓRCIO E DETERMINAR A PARTILHA DO ÚNICO BEM DO CASAL. INSURGÊNCIA DO EX-MARIDO. ARGUMENTO DE QUE O VEÍCULO REPRESENTA INSTRUMENTO DE TRABALHO, HAJA VISTA SER O APELANTE CAMINHONEIRO.

²⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. Direitos das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 302 e 303.

INCOMUNICABILIDADE QUE SUBENTENDE O EFETIVO EXERCÍCIO PROFISSIONAL, CONSUBSTANCIANDO-SE EM GARANTIA DE USO. BEM ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO EM COMUNHÃO PARCIAL, PRESSUPONDO-SE ESFORÇO CONJUNTO. EXISTÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DO BEM JUNTO AO DETRAN A DEMONSTRAR A VENDA DO CAMINHÃO. **ALEGAÇÃO DE QUE AGORA O EX-CÔNJUGE TRABALHA COM VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO, NÃO SENDO MAIS AUTÔNOMO**. BEM QUE, A TODA EVIDÊNCIA, DEIXOU DE REPRESENTAR INSTRUMENTO DE PROFISSÃO, NA DICÇÃO DO ARTIGO 1659, V, DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. REPASSE DA METADE DO VALOR DE MERCADO DO VEÍCULO A TÍTULO DE MEAÇÃO DEVIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A incomunicabilidade dos instrumentos de profissão, erigida no inciso V do artigo 1659 do Código Civil, deve ser interpretada de modo a não contrariar o pressuposto essencial do regime de bens do ex-par, consubstanciado na comunicação de tudo o que for adquirido onerosamente na constância da sociedade conjugal. Para tanto, como circunstância excepcional, deve-se traduzir em garantia de uso, a ser compensada pela expressão econômica dos instrumentais, **sob pena de enriquecimento a custa de outrem**. Não obstante a exclusão legal, os instrumentos de profissão, notadamente quando adquiridos em conjunto pelo casal, representam o cerne do regime comunitário, baseado na comunhão de esforços, interesses, vidas e objetivos. Notório que o casal que investe na profissão de um deles, o faz a título de garantir uma melhor situação financeira ao ente familiar, visando, por óbvio, ao crescimento patrimonial da família como um todo. Tal circunstância torna-se ainda mais evidente quando, como no caso em debate, o bem representa a única aquisição de vulto do ex-casal.

(TJ-SC - AC: 20110940777 SC 2011.094077-7 (Acórdão), Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 29/08/2012, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado)

Perceba em análise ao julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que foi determinada em ação de divórcio litigioso em razão de discussão acerca da partilha de um único bem do casal, consubstanciado em um caminhão, da qual o magistrado julgou procedente para decretar a partilha em partes iguais do referido bem.

Insatisfeito, o marido interpôs recurso de apelação, apresentando os seguintes argumentos: a) o caminhão representa seu instrumento de profissão, merecendo, por isso expressa exclusão do rol de bens comunicáveis, conforme se depreende da leitura do art. 1659, V, do Código Civil vigente; b) o bem, ademais, fora vendido por preço muito abaixo do mercado, dado as suas precárias condições de conservação. Pugnou, por fim, pela reforma do julgado para a exclusão da meação da antiga esposa sobre o bem litigioso e, sucessivamente a possibilidade de parcelamento do valor, podendo sofrer prejuízo a sua subsistência e de sua nova família.

De acordo com Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina a profissão de caminhoneiro é incontroversa, não restando dúvidas sobre sua atividade, haja vista que a própria autora reconheceu em audiência na primeira instância. Mesmo não pairando dúvidas acerca da profissão, algumas ponderações fazem-se necessárias sobre a incomunicabilidade do bem em debate consoante o julgado.

Foi mencionado pelo Desembargador Relator Ronei Danielli que em pese opiniões contrárias, o caso exige interpretação conforme os princípios do próprio regime matrimonial, qual seja a comunicação, sendo incomunicabilidade exceção. O desembargador ressalta que o artigo 1.659, V do Código Civil que excepciona os instrumentos de profissão tem uma redação confusa e desconexa, **e tem motivado divergências doutrinárias e jurisprudenciais**, estando longe de pacificação seu entendimento.

Ainda de acordo com desembargador, os instrumentos de profissão quando adquiridos em conjunto pelo casal baseado na comunhão de esforços, interesses e objetivos é notório que consiste para garantir uma melhor situação financeira para o ente familiar.

Outra questão trazida pelo Desembargador Relator diz respeito às reflexões de Maria Berenice Dias, já que são excluídos da comunhão livros e instrumentos de profissão de modo que, na visão da doutrinadora essa regra da exclusão parece decorrer da presunção de que os bens foram adquiridos exclusivamente pelo cônjuge que os utiliza inadmitindo prova em contrário. Em sua visão não há qualquer motivo para inverter a regra que tem por base a solidariedade familiar, sendo descabido atribuir a um dos cônjuges exclusividade sobre o bem que se destina ao ofício profissional, trazendo como exemplo situações de sofisticados consultórios dentários, tratores caminhões e até grandes aparelhagens de sons, com valores muito elevados, mencionando que a norma não se justifica, sustentando um nítido enriquecimento sem causa de uma das partes.

No presente caso foi mantido o entendimento da sentença de primeiro grau determinado à partilha do caminhão por não considerar instrumento de profissão nos exatos termos da sentença recorrida, sendo o presente recurso conhecido e desprovido.

Embora no presente julgado fosse decidido que deveria haver a partilha do bem discutido, o julgador deveria levar em consideração que o bem foi instrumento de profissão é protegido pela incomunicabilidade, portando não deveria ser partilhado, tanto é que foi provado nos autos, conforme o Desembargador mencionou no presente julgado que a profissão de caminhoneiro era incontroversa no processo em primeiro grau.

A norma legal traz algumas hipóteses que motivarão a incomunicabilidade dos bens no regime de comunhão de parcial, mesmo havendo a presunção de esforço comum. Importante ressaltar que conforme dispõe a Lei no regime legal os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam conforme dispõe a presunção do artigo 1.660, I, do Código Civil Brasileiro, gerando assim os bens comuns do casal. O inciso V do artigo 1.659 do Código Civil Brasileiro, como exceção a regra, os exclui do patrimônio comum, no regime da comunhão parcial, os bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão.

Daí que na comunhão parcial, excluem-se do patrimônio comum, os bens considerados de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, que sempre são considerados como bens especialmente pessoais segundo a Lei. De fato, não há que se negar que os livros adquiridos por um dos cônjuges, bem como os instrumentos de profissão por ele adquirido para o desempenho de suas atividades profissionais se interesse a ele, e não ao outro cônjuge, segundo também ressalta o ilustre Elpídio Donizetti²⁶⁵.

Ocorre que, conforme Maria Berenice Dias, não se pode pressupor que não houve conjugação de esforços dos cônjuges em sua aquisição²⁶⁶ o que vem motivando divergências doutrinárias e jurisprudenciais, conforme bem mencionou o Desembargador do Tribunal de Justiça Ronei Danielli em Julgado analisado anteriormente.

CONCLUSÃO

²⁶⁵ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe; Curso Didático de Direito Civil. 05. Ed. São Paulo. ATLAS, 2015. p. 997-998.

²⁶⁶ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, Ed. São Paulo. Saraiva. p. 236.

A proposta do presente trabalho foi examinar e estudar os regimes de bens no previstos no Código Civil Brasileiro e algumas peculiaridades. Desta forma, o trabalho contempla a incomunicabilidade dos livros e instrumentos de profissão no regime de comunhão parcial de bens e um possível enriquecimento sem causa de um dos nubentes em caso de dissolução.

O Direito Civil especificamente quando se fala em Direito de Família volta-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, vezes intitulado pela doutrina de princípio dos princípios, sendo base de toda relação humana, de modo que, o poder público deve realizar políticas de atendimento às necessidades familiares dos menos favorecidos, sempre respeitando a autonomia privada das partes envolvidas, devendo também cada integrante familiar cooperar um com o outro, sempre preservando o princípio da afetividade, que segundo Pablo Stolze todo Direito de Família se submete.

Verificou-se que de acordo com o que dispõe Código Civil especificamente no artigo 1659, inciso V, no tocante ao regime de comunhão parcial de bens, os bens de uso pessoal, bem como os livros e instrumento de profissão, são bens incomunicáveis no caso de dissolução.

Nesse diapasão, constatou que de acordo com artigo 1.660 do Código Civil Brasileiro há uma presunção de que os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que no nome de um dos cônjuges entrem na comunhão para fins de dissolução conjugal o que gera uma ambiguidade no tocante a incomunicabilidade.

Importante também ressaltar que de acordo presente julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina o Desembargador Relator Ronei Danielli salienta que o artigo 1.659, V do Código Civil que excepciona os instrumentos de profissão tem uma redação confusa e desconexa, **e tem motivado divergências doutrinárias e jurisprudenciais**, estando longe de pacificação seu entendimento.

Ademais, constatou-se que existe uma relevante divergência na doutrina encabeçada por Maria Berenice Dias, discordando de disposição legal que, ressalta a incomunicabilidade de bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão no regime de comunhão parcial de bens, que segundo a doutrinadora é nitidamente inconstitucional, devendo todos os bens se comunicar.

No entanto, boa parte da doutrina em oposto a Maria Berenice Dias evidencia que os livros e instrumentos de profissão são incomunicáveis, devendo ser respeitado o caráter de personalidade de cada cônjuge titular destes pertences, porquanto destinados ao seu uso exclusivo, tendo que levar em consideração o caráter econômico do bem.

Note que esse dispositivo legal que trata da incomunicabilidade dos livros e instrumentos de profissão é tão somente para proteger os bens pessoais do cônjuge, seja a mulher ou o homem, de modo que não é razoável invalidar a norma e partilhar todos os bens conforme menciona Maria Berenice Dias.

No tocante ao julgado do estado de Santa Catarina, não foi levado em consideração o caráter pessoal do instrumento de profissão do cônjuge varão, sob o argumento de que o bem havia deixado de ser incomunicável, eis que o marido havia deixado de ser autônomo, o que não se mostra razoável, eis que ficou evidenciado que o marido era caminhoneiro.

Diante dos fundamentos mencionados, podemos concluir que há um problema de interpretação da norma. Deve-se atentar para o efeito concreto que aquele julgamento irá produzir. Uma decisão que não respeite o princípio da igualdade, que não encontre uma solução para evitar a aplicação injusta de uma norma, não se faz razoável de acordo com os ditames da justiça.

Portanto o posicionamento de Maria Berenice Dias não é o mais correto a ser seguido, de modo que, a norma da incomunicabilidade não deve ser invalidada, devendo ser analisado o caso concreto, para chegar à conclusão sobre a incomunicabilidade, e se gera ou não o enriquecimento sem causa de um dos nubentes, não deixando de proteger os livros e instrumentos de profissão da pessoa, seja homem ou da mulher.

Sabe-se que o tema gera enorme controvérsia no âmbito doutrinário e jurisprudencial em nosso país, com o que espera a utilidade deste trabalho para os operadores do direito no estímulo da discussão.

Enfim, a questão da incomunicabilidade deve ser aplicada e interpretada de forma compreensível e justa ao caso concreto refletindo assim, os anseios da sociedade Brasileira.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. Direitos Civil famílias. 02 ed. São Paulo. ATLAS, 2012.

ASSEF, Tatiana Moschetta; Direito de Família e Sucessões. 01 ed. São Paulo. Harbra, 2004.

BAPTISTA, Sílvio Neves. Manual de Direito de Família.2.ed. Recife: Bagaço, 2010.

BRASIL Constituição Federal de 1988 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 29.11.2016.

BRASIL Código Civil de 2002 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29.11.2016

BRASIL Código Civil de 2002 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29.11.2016

BRASIL Código Civil de 2002 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29.11.2016

BRASIL Código Civil de 2002 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29.11.2016

BRASIL Código Civil de 2002 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 20.01.2017

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil Volume 05- Família e Sucessões. 05 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

DIAS. Maria Berenice. Direitos das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe; Curso Didático de Direito Civil. 05. Ed. São Paulo. ATLAS, 2015.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, Ed. São Paulo.Saraiva.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos das famílias. 01 ed. Rio de janeiro. Lumen Juris, 2008.

FIUSA, Cesar. Curso completo de Direito Civil. 12 ed. Minas gerais: DELREY. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; RODOLFO, Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil Direito de Família. 02.Ed. São Paulo. SARAIVA, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; RODOLFO, Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil Direito de obrigações. 15.Ed. São Paulo. SARAIVA, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 06 Direito de Família 10.ed. São Paulo. SARAIVA, 2013.

JÚNIOR, Gediel Claudino Araújo. Prática no direito de família. 07 ed. São Paulo. Atlas, 2015.

LISBOA, Roberto Senise. Direito de Família e Sucessões. 07. Ed. São Paulo. SARAIVA, 2012.

LOBO, Paulo. Direito Civil Famílias.4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Famílias. 04. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti pontes. Direito de Família. Rio de Janeiro. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918

NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo; MELO, Maria Izabel. Manual de Direito Civil. 01. Ed. Salvador. Juspodivm, 2013.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito Civil Sistematizado. 05 ed. Rio de janeiro. MÉTODO, 2014.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil- direito de família. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 1991.

SOBRAL, Cristiano. Direito Civil Sistematizado.5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio; Manual de Direito Civil. 06. Ed. São Paulo. MÉTODO, 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil Vol.IV. 09. Ed. São Paulo. MÉTODO, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 03. Ed . São Paulo. Atlas, 2003.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE IN THE LIGHT OF THE FEDERAL SUPREME COURT JURISPRUDENCE

Ludmilla Tavares Daier de Sales

RESUMO

O presente trabalho propõe a investigação da compatibilidade da execução provisória da pena com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando a conformação normativa do princípio da presunção de inocência e as suas possibilidades interpretativas. Para tanto, procedeu-se à análise de três paradigmáticos julgados do Supremo Tribunal Federal, os quais definiram as principais mudanças por que já passou o entendimento acerca da matéria. Após breve apanhado histórico, discorre-se sobre a orientação inicialmente adotada pela Corte Suprema, de admitir a execução da pena após o julgamento em segundo grau, e as duas subseqüentes revisões, que promoveram a inversão do posicionamento original e o posterior retorno a esse mesmo entendimento. Nesse ponto, expõe-se a divergência verificada entre os julgadores e os fundamentos que sustentaram os respectivos votos. Em seguida, por meio de análise crítica, demonstra-se que os argumentos apontados como óbice à execução provisória são plenamente refutáveis, e que a admissão dessa modalidade de execução, levando em conta a sistemática recursal brasileira e a necessidade de dar efetividade à função instrumental do processo, é inclusive desejável. Conclui-se, assim, que, no exercício da inafastável tarefa de atribuir um significado ao preceito constitucional, a melhor interpretação parece ser aquela que admite a execução da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias, conforme o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena. Princípio da presunção de inocência. Duplo grau de jurisdição. Função instrumental do processo.

ABSTRACT

This paper proposes the investigation of the compatibility of the provisional execution of the sentence with the Brazilian legal system, considering the normative conformation of the principle of presumption of innocence and its interpretative possibilities. For that, it proceeded to the analysis of three paradigmatic trials of the Federal Supreme Court, which defined the main changes on the understanding about the matter. After a short historical description, it presents the orientation initially adopted by the Supreme Court, of admitting the execution of the sentence after the second degree judgment, and the two subsequent revisions, which promoted the inversion of the original position and the posterior return to that same understanding. In this point, it exposes the divergence between the judges and the foundations that sustained their respective votes. Next, by means of a critical analysis, it shows that the arguments pointed out as an obstacle to the provisional execution can be totally refuted, and that the admission of this modality of execution, taking into account the Brazilian recursional system and the need to give effectiveness to the instrumental function of the process, is even

desirable. It concludes, then, that, in the exercise of the unquestionable task of assigning a meaning to the constitutional precept, the best interpretation seems to be the one that admits the execution of the sentence after having exhausted the ordinary instances, according to the most recent position of the Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Provisional execution of the sentence. Principle of presumption of innocence. Double degree of jurisdiction. Instrumental function of the process.

Introdução

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, resgatando posicionamento vigente até o início do ano de 2009, afirmou, ainda que em julgamentos não unânimes, a possibilidade de execução provisória da pena, reacendendo, assim, o debate em torno do alcance do denominado princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

Positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, como resultado do avanço democrático brasileiro e do compromisso assumido pelo constituinte de se adequar aos textos internacionais de direitos humanos e às cartas constitucionais ocidentais²⁶⁷, o referido princípio, em sua vertente de regra de tratamento, é constantemente objeto de divergências entre os juristas, a exemplo do que se tem verificado na mais alta Corte do país.

O que se busca com o presente estudo é investigar se a execução provisória da pena é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando a conformação normativa do princípio da presunção de inocência e as suas possibilidades interpretativas.

Para essa finalidade, estruturou-se o presente trabalho em três capítulos.

O primeiro indicará a evolução da presunção de inocência e a forma como se deu a sua positivação no direito brasileiro, a fim de que seja constituído o pano de fundo necessário ao exame dos seus efeitos no campo específico da execução da pena.

O segundo capítulo será dedicado à apresentação das principais orientações adotadas pela Corte Suprema até o presente momento – representadas pelas decisões paradigmáticas proferidas no HC n. 68.726/DF, no HC n. 84.078/MG e no HC n. 126.292/SP –, com a

²⁶⁷ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 44.

exposição da divergência verificada entre os julgadores e dos fundamentos que sustentaram os respectivos votos.

O terceiro e último capítulo mostrará, por meio de análise crítica, de que maneira os argumentos apontados como óbice à execução provisória podem ser refutados, considerando a sistemática recursal brasileira e os entendimentos doutrinários sobre o assunto.

1 Perspectiva histórica

Para Ricardo Alves Bento, a evolução da presunção de inocência está relacionada com o reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão em face do exercício da pretensão punitiva estatal.²⁶⁸ Segundo o mesmo autor, embora se possa identificar manifestações do *in dubio pro reo* já no direito romano, foi com a reforma empreendida com a Revolução Liberal do século XVIII – quando verificada a necessidade de reação contra o processo penal inquisitório, o qual se caracterizava pela presunção de culpabilidade e pela prevalência do poder estatal sobre a liberdade individual do cidadão – que se estabeleceu o princípio como verdadeiro postulado fundamental.²⁶⁹

Nesse contexto de reestruturação, obras humanistas e textos internacionais surgiram afirmando a necessidade de reformulação dos preceitos inquisitivos e de garantia da liberdade do indivíduo até a existência de culpa formada, tendo culminado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, considerada “o marco inicial da positivação da presunção de inocência”.²⁷⁰ Em seu artigo 9º, dispôs-se que “todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; e ninguém pode ser castigado a não ser em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada”.²⁷¹

No Brasil, não obstante a positivação da presunção de inocência só tenha ocorrido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o preceito já havia sido recepcionado em nosso ordenamento jurídico com a adesão brasileira à Declaração Universal dos Direitos do Homem,

²⁶⁸ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 18.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 27.

²⁷⁰ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 38.

²⁷¹ BRASIL. Senado Federal. **Direitos humanos: instrumentos internacionais: documentos diversos**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 15. *apud* CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 29.

na vigência da Constituição de 1946,²⁷² que assim estabeleceu em seu artigo 11.1: “Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.²⁷³

Vê-se que o supracitado dispositivo atribui à presunção de inocência o significado de regra probatória, uma vez que impõe à acusação a prova da culpabilidade do indivíduo. Antes, porém, outro significado já havia sido cunhado, com a Declaração de 1789, que trouxe à presunção de inocência a interpretação de regra de tratamento, impondo limitações às medidas de restrição à liberdade pessoal.

Sob este último viés é que se constrói a divergência doutrinária e jurisprudencial no Brasil, pois a expressão “ninguém será considerado culpado”, constante do artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, “necessariamente, conduz ao entendimento de que a orientação maior do princípio, ao menos no teor dessa linguagem, é no sentido de regra de tratamento do indivíduo”.²⁷⁴

A amplitude do preceito constitucional, a falta de adequado debate previamente à sua aprovação e a deficiência nas justificativas apresentadas propiciaram o surgimento da questão que ora se coloca: é possível a execução provisória da pena no caso brasileiro? Enquanto, para uns, “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal”,²⁷⁵ para outros, “a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena”.²⁷⁶

²⁷² CAMARGO, *op. cit.*, p. 1.

²⁷³ BRASIL. Senado Federal. **Direitos humanos: instrumentos internacionais: documentos diversos**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 15. *apud* CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 55.

²⁷⁴ CAMARGO, *op. cit.*, p. 241.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 11.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 97 e 98.

Os argumentos que sustentam ambos os posicionamentos foram apresentados pela Corte Suprema em três momentos distintos, e, dada a sua relevância para a busca do sentido do texto aprovado pelo constituinte, serão eles analisados nos tópicos seguintes.

2 Evolução jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal

Analisando os efeitos dos discursos produzidos pelos Tribunais Constitucionais, Diogo Bacha e Silva destaca que, “se a Constituição é a norma capaz de reger a sociedade, o discurso produzido, manifestado através dela, poderia modificar a mesma”.²⁷⁷ Com a premissa de que a norma é construída pelo intérprete, e tendo em vista que a esse papel, no âmbito constitucional, se presta, por excelência, o Supremo Tribunal Federal, passa-se à análise de três paradigmáticos julgados ali produzidos.

2.1 Primeiro momento: HC n. 68.726/DF

Ao primeiro se manifestar sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal partiu de duas concepções básicas: a) relativização do que se entende por trânsito em julgado da condenação; e b) atribuição do caráter processual à ordem de prisão emanada de órgão julgador de segundo grau. Em outras palavras, para afirmar a possibilidade de execução provisória da pena, entendeu a Corte Suprema que é possível considerar como transitada em julgado a sentença quando não mais cabíveis recursos de caráter ordinário, embora ainda possam ser admitidas impugnações na via extraordinária; e que a prisão após o julgamento da apelação se justifica pela necessidade de se garantir a aplicação da lei penal.

Baseou-se o Relator do *writ* na doutrina de Eduardo Espínola Filho, segundo a qual há que se estabelecer uma diferenciação entre o caso julgado e a coisa julgada. Diz o autor que, para ter-se esta, é necessário “que, contra a decisão, não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando

²⁷⁷ SILVA, Diogo Bacha e. Da mutação constitucional à living constitution: a hermenêutica constitucional entre a sintática e a pragmática jurídica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 10, n. 12, p. 113-131, jul./dez. 2012. p. 114.

pode ser executada, se bem que ainda seja suscetível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário”.²⁷⁸

Confirmando a viabilidade de tal diferenciação, em razão da ausência de definição exata do momento em que ocorre o trânsito em julgado para fins de execução da pena, José Antonio Paganella Boschi expõe que “em face da exigência do pressuposto do trânsito em julgado da sentença para o início do processo executório a questão consiste em determinar, precisamente, o momento em que ocorre esse fenômeno jurídico”.²⁷⁹ Há, ainda, quem defenda a existência de capítulos autônomos na decisão judicial, o que permitiria que houvesse diferentes momentos de trânsito em julgado em relação a uma mesma sentença.²⁸⁰ Nesse sentido, Fernando Brandini Barbagalo defende que “a coisa julgada em matéria penal não possui um sentido unívoco, comportando variações de sentido e de amplitude. [...] A ‘intangibilidade do caso julgado’ poderá atingir apenas uma parcela da causa, abrangendo um dos temas tratados no julgamento e não outro”.²⁸¹

Quanto à cautelaridade da ordem de prisão após o julgamento em segundo grau, Roberto Delmanto Junior sustenta que, por se tratar de prisão verificada antes do trânsito em julgado da condenação, pode ser classificada como provisória. No entanto, manifesta o autor sua objeção a que a determinação de recolhimento do apenado se dê de forma automática, sem motivação cautelar: “Igualmente inaceitável, outrossim, é que os Tribunais expeçam mandado de prisão, praticamente de forma automática, com base em condenação não passada em julgado, sem qualquer motivação a respeito da necessidade cautelar do aprisionamento ante tempus”.²⁸² Diz, ademais, que o raciocínio segundo o qual a prisão, aí, estaria justificada na necessidade de se garantir a aplicação da lei penal “não conta com nosso apoio [...] porque ele implica verdadeira presunção de que, uma vez tendo a condenação sido confirmada ou decretada em segunda instância, o acusado irá fugir”.²⁸³

²⁷⁸ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 1959, p. 296. *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 68.726/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgado em 28.6.1991. DJ de 20.11.1992. p. 396.

²⁷⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. **Fascículos de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, n. 4, p. 25-29, out./dez. 1993. p. 26.

²⁸⁰ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado. **Revista de processo**, v. 28, n. 111, p. 290-305, jul./set. 2003.

²⁸¹ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. p. 108.

²⁸² DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

²⁸³ *Ibid.*, p. 233.

2.2 Segundo momento: HC n. 84.078/MG

Passados quase vinte anos, deliberou-se por afetar a matéria ao Pleno da Corte Suprema, momento em que afastado o entendimento anterior, dando lugar à orientação de que a execução da sentença após o julgamento da apelação implica restrição ao direito de defesa, mostrando-se incompatível com o texto constitucional. A ordem foi concedida por maioria, nos termos do voto do Relator, o Ministro Eros Grau. Invertendo-se a lógica até então adotada, afirmou-se que “a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado; não há título a justificar a prisão do réu anteriormente a esse julgamento”.²⁸⁴

Tecendo uma crítica a esse posicionamento, diz Paulo Silveira Fernandes que “no Brasil foram adotadas doutrinas e jurisprudências extremistas, que alargaram o princípio da inocência, estenderam o conceito penal de prisão cautelar e elevaram o direito à liberdade individual quase à intangibilidade”.²⁸⁵ No mesmo sentido se manifestou o Ministro Menezes Direito, ao inaugurar a divergência no citado *writ*: “não me parece, acentuo desde logo, que o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República ganhe o alcance que se vem pretendendo conferir-lhe”.²⁸⁶ Merece destaque, ainda, a opinião do Ministro Joaquim Barbosa: “o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontestável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da prisão temporária”.²⁸⁷

Os argumentos que sustentaram o entendimento prevalecente, em resumo, são estes: a) a Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), em seu artigo 105, teria condicionado a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença; b) a Lei n. 8.038/1990 – que estabeleceu que os recursos extraordinários seriam recebidos no efeito devolutivo –, teria sido editada em um contexto de política criminal vigorosamente repressiva; c) a prisão cautelar possuiria função exclusivamente processual e, por esse motivo, não poderia ser utilizada com o fim de antecipar a pretensão punitiva do Estado; d) haveria uma incompreensível repulsa à

²⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 465/466. *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1063.

²⁸⁵ SILVEIRA, Paulo Fernandes. O princípio da inocência e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. **Revista Juris Plenum**, v. 6, n. 34, p. 85-102, jul. 2010. p. 87.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1101.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1143.

presunção de inocência, com “raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático”²⁸⁸; e) não caberia falar em esvaziamento progressivo da presunção de inocência, a qual só se desfaria com o reconhecimento definitivo da culpabilidade; f) não haveria como reparar o indivíduo que, após sofrer a restrição ou a perda de sua liberdade, fosse declarado inocente; g) se não há possibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, o mesmo entendimento deveria ser aplicado no que se refere às penas privativas de liberdade; h) nos termos do inciso LXI do artigo 5º da CF/88, somente o flagrante delito relativizaria, de forma automática, o direito à presunção de não culpabilidade para o fim de prisão; i) um processo que permitisse a execução da pena sem reconhecimento definitivo de culpa poderia até ser legal, mas não seria justo, e, portanto, não atenderia ao princípio constitucional.

Os argumentos que ampararam a divergência, por sua vez, podem ser assim sintetizados: a) a discussão no âmbito dos recursos de caráter extraordinário restringe-se à tese jurídica, não havendo exame de matéria de fato, o qual se exaure nas instâncias ordinárias; b) a vedação da execução da pena antes da apreciação dos recursos extraordinário e especial significaria atribuir efeito suspensivo a esses recursos, e “levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários”²⁸⁹; c) admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado e não admitir a prisão para a execução da pena seria “reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão”²⁹⁰; d) seria incoerente dizer que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da condenação ora viola ora não viola o princípio da presunção de inocência; e) observado o devido processo nas instâncias ordinárias, e considerando a falta de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial, a execução provisória da pena seria “consequência possível, que, sem dúvida, pode ser afastada por meio dos instrumentos próprios, incluído o *habeas corpus*”²⁹¹; f) haveria recursos suficientes para, se o caso, suspender o decreto prisional; g) as decisões proferidas pelas instâncias *a quo* deveriam “ser respeitadas e levadas a sério, pois os órgãos judiciários prolatores de decisões de mérito são presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer”²⁹²; h) a possibilidade de execução provisória decorreria da “necessidade de dar efetividade ao processo,

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 1116.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 1101.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 1102.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1106.

²⁹² *Ibid.*, p. 1142.

evitando que se frustrasse a condenação já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias, em que a ação penal tramitou e foi submetida à análise percuciente pelos órgãos competentes para análise dos fatos”²⁹³; i) a Emenda Constitucional n.º 45, ao condicionar a admissão do recurso extraordinário à demonstração da existência de repercussão geral, teria reforçado o entendimento de que a execução provisória da pena é compatível com o nosso sistema constitucional; j) o artigo 105 da Lei de Execução Penal diria respeito à expedição da guia de execução definitiva, e não haveria óbice legal à expedição de guia de recolhimento provisório antes do trânsito em julgado; k) a mera presunção não poderia se sobrepor ao juízo, “porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória”.²⁹⁴

Votaram com o Relator os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e o então Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

2.3 Terceiro momento: HC n. 126.292/SP

Por fim, mais recentemente, o Pretório Excelso, já com a composição significativamente alterada, retomou o posicionamento inicial, embora com contornos um pouco distintos. Sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o HC n. 126.292/SP ficou assim ementado: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.²⁹⁵

Amparou-se o Relator, essencialmente, na constatação de que “é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”.²⁹⁶ Com essa lógica, seria possível concluir que é no Tribunal de apelação que se concretiza o duplo grau de jurisdição e que, após o julgamento em segundo grau, há a inversão do princípio da presunção de inocência observado até então, dando espaço a um juízo de culpa. Esse, aliás, seria o raciocínio adotado

²⁹³ *Ibid.*, p. 1142 e 1143.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 1169.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 1.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 6.

no cenário internacional, pois, como anotado pela Ministra Ellen Gracie, “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.²⁹⁷

Referiu-se o Ministro, ainda, à doutrina segundo a qual não há óbice legal ao tratamento do acusado de forma progressivamente mais gravosa. Vale transcrever, aqui, o trecho citado no voto, da autoria do Ministro Gilmar Mendes:

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

[...]

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.²⁹⁸

Insistiu o Relator, portanto, na alegação de que os recursos excepcionais não se prestam ao debate de matéria fático-probatória, bem como nas teses de que: a) a inserção da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário reforça a ideia de que, naquela via, a finalidade não é examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos; b) por não acarretarem a interrupção do prazo prescricional, os apelos extremos, “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”²⁹⁹; e c) nos casos de equívocos ocorridos nos juízos proferidos pelas instâncias ordinárias, “sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.886/RJ. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 6.9.2005. DJ de 28.10.2005. p. 227.

²⁹⁸ MATOS, Miguel. **Marco Aurélio Mello: ciência e consciência**. v. 2. São Paulo: Migalhas, 2015. *apud* BRASIL, *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, *op. cit.*, p. 7 e 8.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 18.

necessário, a execução provisória da pena”³⁰⁰, tais como o deferimento de medida cautelar para a atribuição de efeito suspensivo aos recursos e a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Seguiu-se com a manifestação do Ministro Edson Fachin, o qual, acompanhando o voto do Relator, asseverou não ser possível atribuir ao artigo 5º, LVII, da CF/88, caráter absoluto, “desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena”.³⁰¹ Em suma, o julgador reafirmou a soberania das instâncias ordinárias na avaliação das provas e na definição das versões fáticas apresentadas pelas partes e a circunstância de que “o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade”³⁰², prestando-se apenas de forma reflexa à apreciação de situações de injustiças individuais.

Também acompanhando o voto do Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou os seguintes fundamentos jurídicos: a) o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não seria o trânsito em julgado da condenação, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; b) a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado não esvaziaria a presunção de inocência, porquanto “há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais [...] e os efeitos penais secundários [...]”³⁰³; c) a presunção de inocência, por se tratar de um princípio, estaria sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais, tais como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas, devendo adquirir peso gradativamente menor na medida em que o processo avança e as condenações ocorrem, pois o sacrifício que se impõe ao princípio seria superado pelo que se ganharia em efetividade e credibilidade da Justiça; d) após a condenação em segundo grau, a execução da pena constituiria exigência de ordem pública, como forma de assegurar a credibilidade das instituições.

Com a alegação de que a jurisdição constitucional tem uma inegável dimensão política, o citado Ministro utilizou-se, ainda, de alguns fundamentos de ordem pragmática, a saber: a) a execução provisória da pena contribuiria para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 19.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 21 e 22.

³⁰² *Ibid.*, p. 23.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 37.

de justiça criminal, pois ensejaria a redução do estímulo à utilização abusiva e protelatória da extensa gama de recursos previstos em nosso ordenamento jurídico; b) a execução provisória permitiria a diminuição da seletividade do sistema criminal, o qual, atualmente, possibilita que pessoas com mais recursos financeiros não cumpram a pena ou procrastinem por longo tempo a sua execução; e c) haveria uma quebra do paradigma da impunidade.

O primeiro voto divergente foi proferido pela Ministra Rosa Weber, que, registrando ter “alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte”³⁰⁴, assim se pronunciou: “há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto”.³⁰⁵

O Ministro Luiz Fux, retomando a orientação favorável à execução provisória da pena, sustentou a ocorrência de “uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade”³⁰⁶. Para tanto, utilizou-se desta argumentação:

A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência.³⁰⁷

Outro fundamento contido em seu voto está relacionado à ideia já anteriormente trazida de trânsito em julgado de apenas alguns capítulos da decisão. Considerando que a análise do mérito da acusação e das provas se exaure nas instâncias ordinárias, seria possível entrever a ocorrência de coisa julgada já nesse momento.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 55.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 57.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 58.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 58.

Expôs o Ministro, por fim, que “quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social [...], nesse caso, ela também fica disfuncional”.³⁰⁸

Na sequência, a Ministra Cármen Lúcia, mantendo sua posição anteriormente adotada, sustentou que “as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas com o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais”.³⁰⁹ Aduziu, nesse sentido, que “o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado”.³¹⁰

Também nessa linha, mas revertendo seu posicionamento anterior, votou o Ministro Gilmar Mendes. Após reflexão a respeito da singularidade do sistema jurídico penal brasileiro, em que se admitem sucessivas impugnações mesmo depois da decisão de apelação, concluiu o constitucionalista que “esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária”.³¹¹ A isso, acrescentou que é preciso “reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas”.³¹² Apresentou, ainda, a seguinte dificuldade prática: o argumento de que a prisão antes do trânsito em julgado poderia ser decretada a título cautelar, como forma de garantir a ordem pública, não serviria, por exemplo, aos casos graves de homicídio, pois, não obstante a extrema gravidade que lhes pudesse caracterizar, não haveria como cogitar de uma possível repetição a justificar a custódia.

O segundo voto divergente coube ao Ministro Marco Aurélio, o qual, mantendo seu entendimento original, afirmou que o preceito constitucional ora em debate “não permite interpretações”.³¹³ Asseverou, ainda, que “pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título”³¹⁴, o que não ocorreria na seara penal, pois, uma vez perdida a liberdade, não haveria como restituí-la.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 59.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 61.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 62.

³¹¹ *Ibid.*, p. 68.

³¹² *Ibid.*, p. 71.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 77.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 78.

O Ministro Celso de Mello, também conservando a orientação inicialmente adotada, proferiu a terceira divergência, consignando que a presunção de inocência “deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral”.³¹⁵ Ressaltou que se mostra inadequada a comparação com a prática verificada em países como a França e os Estados Unidos, pois as Constituições ali existentes, “ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal”.³¹⁶

Completando quatro votos divergentes, o Ministro Ricardo Lewandowski reafirmou o seu entendimento de que o preceito constitucional é absolutamente taxativo, não admitindo interpretações. Destacou, ademais, a precariedade do sistema penitenciário brasileiro. Em sua visão, a admissão da execução provisória da pena implicaria o acréscimo de milhares de novos presos aos mais de duzentos mil presos provisórios hoje existentes no Brasil.

No ponto, discordou o Ministro Luiz Fux. Para ele, a modificação da jurisprudência do Supremo incentivaria a liberação dos presos provisórios e o recolhimento daqueles condenados em segundo grau.

Com a maioria de seis votos, em 15/12/2015, operou-se nova mudança jurisprudencial, a qual, até o presente momento, permanece em vigor.

3 Análise crítica

O que se percebe da exposição ora realizada é que, excluídos os argumentos de caráter infraconstitucional – pois, como destacado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, “interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”³¹⁷ –, eventual óbice à execução provisória da pena no caso brasileiro decorreria de cinco aspectos principais: a) taxatividade do dispositivo constitucional; b) impossibilidade de reparação do indivíduo em caso de reforma da condenação; c) incompatibilidade com o regime democrático; d) existência de outro preceito

³¹⁵ *Ibid.*, p. 84.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 88.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 39.

constitucional relativizando a presunção de inocência para fins de prisão somente na hipótese de flagrante; e e) incapacidade do sistema penitenciário brasileiro de receber novos presos.

Tais argumentos, porém, não resistem a uma análise mais aprofundada.

Corroborando o entendimento de que é taxativo o preceito constitucional, Gisela Gondin Ramos defende que,

não obstante se tratar de um princípio, ele vem apresentado pelo dispositivo constitucional numa fórmula deveras objetiva, ou seja, até que haja o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, qualquer acusado é presumidamente inocente, e não poderá ser tratado como culpado. Ora, o trânsito em julgado é um fato concreto passível de constatação objetiva, de forma que a presunção de inocência, pelo menos neste aspecto em particular, atua, na prática, como verdadeira regra jurídica, uma vez que não permite um cumprimento gradual, ou a ponderação com os valores que professa.³¹⁸

Contrariamente a essa percepção, Fernando Brandini Barbagalo sustenta que

não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem “sempre satisfeitas ou insatisfeitas”, numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (all or nothing), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal, “inconstitucionalizando”, como afirmou Hassemer, toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público.

Por outro lado, verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina a verificação da preponderância da presunção de inocência ou quando obterá maior densidade ou maior peso ao colidir com outras normas.³¹⁹

Há que se ter em mente, ainda, que “as palavras expressam conceitos, que em geral são vagos ou plurissignificativos, e como o direito se expressa em palavras, é difícil dizer-se o que é e o que não é juridicamente correto”.³²⁰

³¹⁸ RAMOS, Gisela Gondin. O princípio da presunção de inocência. **Interesse público**, v. 15, n. 77, p. 173-181, jan./fev. 2013. p. 181.

³¹⁹ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. p. 65.

³²⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Garantia constitucional da presunção de inocência e execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. **Interesse público**, v. 18, n. 99, p. 37-45, set./out. 2016. p. 37.

Antonio Magalhães Gomes Filho assim colocou a questão:

Como observou Carrió, grande parte das divergências entre os juristas decorre da falta de clareza acerca de como devem ser interpretados certos enunciados que aparecem na teoria jurídica; isso ocorre, fundamentalmente, em razão do “significado emotivo” de certas palavras, pelo qual elas possuem a virtude de despertar atitudes de aprovação ou de desaprovação quando empregadas no discurso.

A expressão “presunção de inocência”, em face do que acabamos de expor, inclui-se certamente nessa classe, seja pelas peculiaridades do momento histórico em que foi inicialmente utilizada, seja por seu multiforme emprego nas legislações e pela diversidade de interpretações que tem propiciado, revelando, basicamente, um estado de ânimo em relação à repressão penal e ao acusado.³²¹

Evidenciando essa problemática, Paulo Rangel diz que “a terminologia, presunção de inocência, não resiste a uma análise perfunctória”.³²² Explica o autor que “o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência”.³²³

Com idêntico raciocínio, Barbagalo expõe que

o enunciado do art. 5º, LVII, da Constituição, levado ao pé da letra, impede qualquer tipo de condenação, pois se ninguém pode ser considerado culpado “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e, sabemos todos que o juiz deve estar convicto ao pronunciar o decreto condenatório, logo, como condenar em primeira instância quem é considerado inocente até o trânsito em julgado?³²⁴

Como visto ao longo do presente estudo, não há consenso sobre o que é ser considerado culpado, tampouco acerca do momento em que se passa a admitir o início da execução da pena, justamente em razão da falta de definição legal.

³²¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 35.

³²² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

³²³ *Ibid.*, p. 25.

³²⁴ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. p. 67.

Abre-se espaço, portanto, para a interpretação. Merece destaque, no ponto, a lição de Adriano Sant’Ana Pedra, segundo a qual “o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo. No paradigma atual, [...] o que se tem é uma *atribuição* e não uma *descoberta* de um significado preexistente no enunciado linguístico”.³²⁵

Surge, aí, a preocupação externada pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC n. 84.078/MG: “se resolvermos, politicamente - porque essa é uma decisão política -, que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o recurso extraordinário julgado por esta Corte, temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão”.³²⁶ E, com ela, os argumentos referentes à seletividade do sistema criminal, à efetividade da jurisdição penal, ao papel das instâncias extraordinárias no sistema jurídico penal brasileiro e às estatísticas de reforma ali alcançadas.

Em se tratando de uma decisão política, o embate parecer surgir no momento de definir o que será a regra e o que será a exceção. Um dos pontos de vista estabelece como regra a pronta execução da sentença condenatória, após o esgotamento das instâncias ordinárias, e como exceção a possibilidade de impetração de *habeas corpus* com o fim de suspender o decreto prisional, em hipóteses de erro grave ou de nulidade insanável. O ponto de vista contrário estabelece como regra a liberdade do indivíduo mesmo após o julgamento em segundo grau, e como exceção a possibilidade de decretação da prisão cautelar, quando se verifique risco à sociedade ou à aplicação da lei penal. Seria coerente perquirir, assim, qual procedimento ensejaria mais ganhos e menos prejuízos, considerando as expectativas da sociedade e as eventuais injustiças nos casos concretos.

Introduz-se, dessa forma, como não poderia deixar de ser, a ideia de proporcionalidade. Vale conferir, a propósito, a seguinte conclusão de Maurício Zanoide de Moraes:

Demonstrou-se que todo direito fundamental que possua estrutura normativa de princípio, como é o caso da presunção de inocência, é restringível e que essa restrição pode advir ou de uma prisão legal infraconstitucional, ou de colisões entre ela e outras normas jurídicas (regras ou princípios). Porém, da mesma forma que não há direito absoluto, também não há restrição ilimitada. Para isso inseriu-se o importante papel que a proporcionalidade ocupa nessa

³²⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 19, n. 74, p. 15-35, jan./mar. 2011. p. 16.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1136 e 1137.

divisão de águas entre as intervenções constitucionalmente justificadas (restrições) e aquelas que não o são (violações).³²⁷

Importa destacar que o princípio da proporcionalidade, especialmente no âmbito penal e processual penal, possui dupla função: “De um lado, serve como um dos principais limites às restrições impostas aos direitos fundamentais (proibição do excesso), ao passo que, de outro, funciona como imperativo de atuação eficiente do Estado no desempenho de seus deveres de proteção (proibição da proteção deficiente)”.³²⁸

No que se refere à impossibilidade de reparação do indivíduo na hipótese de reforma do título nas instâncias extraordinárias, há que se levar em conta os seguintes contra-argumentos: a) a prisão de caráter processual, amplamente admitida na doutrina e na jurisprudência, também acarreta esse risco; b) as chances de reforma da condenação nas ditas instâncias são bastante reduzidas, tendo em vista que o exame fático-probatório se exaure nas instâncias ordinárias, o que leva a crer que, após o julgamento da apelação, há elevado grau de certeza da culpabilidade do acusado; c) o acesso a tais instâncias se dá de forma excepcional, sobretudo no STF, em que há a exigência de repercussão geral da matéria, demonstrando que a finalidade precípua desses Tribunais não é a correção de injustiças em casos concretos; e d) havendo manifesta ilegalidade passível de ser reparada na via extraordinária, há instrumentos capazes de obstar a execução da pena até o pronunciamento da Corte Superior, a exemplo da medida cautelar para a atribuição de efeito suspensivo aos recursos e o *habeas corpus*.

Relativamente ao argumento da incompatibilidade com o regime democrático – dentro do qual se situaria a afirmação de que “um processo que permita execução provisória de pena, sem juízo definitivo de condenação e, o que releva, sem reconhecimento definitivo de culpa, decididamente pode ser legal, mas justo não é, e, não sendo justo, não é processo que atenda ao princípio constitucional”³²⁹ –, vê-se que se trata de questão de foro íntimo, de convicção pessoal.

³²⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 331.

³²⁸ RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas: uma análise de legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. **Revista dos Tribunais**, v. 99, n. 899, p. 386-430, set. 2010. p. 423.

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1165.

Não se pode negar, no entanto, que há certa contradição em se afirmar que o Supremo Tribunal Federal não inviabiliza a prisão cautelar por reconhecer “a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e a proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular”³³⁰, e, ao mesmo tempo, entender que não pode ser admitida a custódia quando já exauridas as instâncias responsáveis pela prova da culpa do indivíduo.

Quanto ao conteúdo do artigo 5º, inciso LXI, da CF/88, como bem colocado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, é possível enquadrar o acórdão condenatório na exceção constitucional de prisão antes do trânsito em julgado “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. Segundo o julgador,

o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa.³³¹

Por fim, no que concerne à alegada incapacidade do sistema penitenciário brasileiro de receber novos presos, há que se indagar se, de fato, a admissão da execução provisória da pena provocaria o incremento no número total de presos, ou se, tal como expôs o Ministro Luiz Fux, os magistrados de primeiro grau adotariam uma postura mais criteriosa no momento de verificar a necessidade de decretação da prisão preventiva, levando a uma redução do número de presos provisórios, o que seria desejável, e dando espaço ao recolhimento de indivíduos com culpa já reconhecida.

Por mais que se queira atribuir à presunção de inocência o máximo de efetividade em termos de garantia do cidadão, não se pode olvidar o também relevante caráter instrumental do processo penal, no sentido de dirimir conflitos e aplicar punições. Como bem expôs Igor Nery Figueiredo,

de par com esse objetivo designado de proteger o réu, os princípios fundamentais de natureza penal perseguem outro escopo de igual estatura. É que a leitura da Carta de 1988 conduz naturalmente à conclusão de que a

³³⁰ *Ibid.*, p. 1117.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 37.

persecução penal é imprescindível no Brasil, exercendo, também ela, o papel de tutela de direitos fundamentais.³³²

A esse respeito, Fernando Barbagalo afirma que “o processo penal deve atender à sua finalidade instrumental, efetivando em tempo adequado a proposta penal”.³³³ Assevera, ademais, que, “em tempos de criminalidade crescente, com uma sociedade assustada, revela-se, cada vez mais, o problema nevrálgico do processo penal: equacionar as exigências comunitárias da repressão ao crime e a proteção da esfera das liberdades fundamentais”.³³⁴ Sobre os obstáculos existentes à efetivação dessa função instrumental, expõe que,

diante da sistemática recursal brasileira aliada à interpretação atual, admitindo seguidos embargos de declaração e agravos regimentais, existe, como se viu, a possibilidade de protelar infinitamente o trânsito em julgado da decisão questionada para obter a prescrição intercorrente ou executória.³³⁵

Deve-se considerar, portanto, a sistemática recursal aqui adotada. Para além da extensa gama de recursos disponíveis, há que se observar, como bem destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, que as Cortes Excepcionais, da maneira como estruturadas no Brasil, não se prestam a dar respostas rápidas às demandas a elas submetidas.

Atento a essa realidade, o Supremo Tribunal Federal já vinha determinando, em alguns casos – quando, por exemplo, configurado o risco de prescrição ou utilizado o recurso com fins procrastinatórios –, a baixa dos autos para execução da sentença penal independentemente da publicação do acórdão ali proferido e da interposição de qualquer outra espécie recursal. E, nas palavras de Barbagalo, essas decisões autorizam a conclusão de que, mesmo antes da mudança de posicionamento operada com o julgamento do HC n. 126.292/SP, o STF já entendia que “a não ocorrência do ‘trânsito em julgado da sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII, CF/88) [...] não proíbe em absoluto a execução da sentença condenatória criminal”.³³⁶

³³² FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 62.

³³³ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015. p. 35 e 36.

³³⁴ *Ibid.*, p. 36.

³³⁵ *Ibid.*, p. 102 e 103.

³³⁶ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015. p. 108.

É certo que não se pode pretender o início da execução da pena com inobservância da garantia do duplo grau de jurisdição. No Brasil, porém, “o duplo grau de jurisdição se esgota nos recursos cabíveis no âmbito da revisão, por uma única vez. O recurso especial para o STJ, e o extraordinário para o STF não se enquadram nessa garantia”.³³⁷ Com efeito, tais vias de impugnação “se restringem à manutenção da interpretação da legislação federal e hegemonia do texto constitucional, respectivamente, sem referência diretamente ao interesse das partes”.³³⁸

Justamente por não ser o direito subjetivo da parte a finalidade dos recursos especial e extraordinário, não se admite o reexame das provas produzidas na origem, e, assim, poder-se-ia sustentar o trânsito em julgado da matéria fática já nessa fase.

Merece nota o fato de que, à época do julgamento do HC n. 84.078/MG, o Presidente do Supremo Tribunal Federal apresentou proposta de emenda constitucional com a finalidade de antecipar o marco que define o trânsito em julgado do processo judicial para a decisão dos Tribunais de segundo grau. À questão da impossibilidade de reparação do réu injustamente condenado na hipótese de reforma da sentença pelas Cortes Superiores, o Ministro respondeu que “os números mostram que não é o recurso extraordinário, mas o habeas corpus – que não seria atingido pela PEC –, o instrumento mais utilizado para reverter prisões ilegais”.³³⁹

Importa destacar, ainda, que, no caso objeto do mencionado *writ*, após a interposição de sucessivos recursos (recurso especial, agravo contra a decisão de inadmissão do REsp, agravo regimental, embargos de declaração, embargos de divergência, novo agravo regimental, novos embargos de declaração), foi apresentada petição à Presidência do Superior Tribunal de Justiça requerendo o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o que foi deferido.

Vê-se, dessa forma, que a função instrumental do processo se encontra, atualmente, em razão da multiplicidade de recursos e de graus de jurisdição, bastante comprometida. Mas não apenas ela: também a função das Cortes Superiores se encontra banalizada. O estabelecimento do trânsito em julgado após o julgamento em duas instâncias, assim, seria medida que, “além de diminuir a quantidade de graus de jurisdição – contribuindo para o encurtamento do processo

³³⁷ *Ibid.*, p. 97.

³³⁸ *Ibid.*, p. 113.

³³⁹ *Ibid.*, p. 126.

e conseqüentemente para a efetividade do processo penal perante a sociedade –, melhoraria a qualidade dos provimentos apresentados pelos tribunais de superposição”.³⁴⁰

Como bem colocado por Marco Aurélio Nogueira,

mais importante que se apegar a modelos e sistemas jurídicos, importa que o processo esteja adaptado para melhor corresponder a uma justiça efetiva. Neste pensamento, a ideia de que a lide possa encontrar seu término definitivo logo na segunda instância não parece ruim, ainda mais em se tratando da matéria penal, cuja seriedade exige uma resposta judicial em prazo razoável.³⁴¹

Por fim, tal como anotado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento de medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44, não há espaço, na presente discussão, para argumentações referentes à utilidade da pena privativa de liberdade na repressão ao crime:

No âmbito da política criminal, por exemplo, há quem veja nos aparelhos repressores do Estado a panaceia para qualquer infração à lei, cuja solução é a violência estatal própria da prisão. Outros, diversamente, ao oposto, por pior que seja o crime cometido, pregam a extinção da pena privativa de liberdade, representativa de uma violência que julgam sempre irracional, desnecessária e ineficaz.

[...] A Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos. Deslegitimar o direito penal como um todo, com a devida vênia, não encontra guarida na Constituição. Há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a proteção penal.³⁴²

E, para refutar o argumento de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP, “sucumbiu aos anseios de uma criticável ‘sociedade punitivista’”³⁴³, o Ministro fez um apanhado de diversos casos emblemáticos em que o Brasil foi condenado pela Comissão

³⁴⁰ NOGUEIRA, Marco Aurélio. A relação entre a multiplicidade de graus de jurisdição e a efetividade do processo penal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 12, n. 21, p. 135-177, jul./dez. 2013. p. 172.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 167.

³⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 5/10/2016. DJe 11/10/2016. p. 2 e 3.

³⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 5/10/2016. DJe 11/10/2016. p. 6.

Interamericana de Direitos Humanos por ineficiência da proteção penal, a exemplo daquele que resultou na edição da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Concluiu o mesmo julgador que

dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos.³⁴⁴

Essa é a conclusão a que se chega neste estudo. Não há verdadeiro óbice à execução provisória da pena no caso brasileiro, e, dentro do espaço de conformação atribuído pelo artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, a melhor interpretação parece ser a que reconhece a excepcionalidade das funções desempenhadas pelas Cortes Excepcionais e que aponta o julgamento em segundo grau como o momento em que a condenação estará pronta para execução.

Conclusão

Como se pôde demonstrar, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 é dispositivo que, por sua amplitude conceitual, demanda a atuação do intérprete, e, nessa tarefa, consideradas as especificidades do nosso sistema jurídico, em especial a extensa gama de recursos disponíveis e a maneira como estruturadas as Cortes Excepcionais – o que não raras vezes leva à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva –, o melhor resultado parecer ser o de admitir a execução da pena após o julgamento em segundo grau, conforme o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, verificou-se que: a) o dispositivo constitucional não apresenta tanta clareza interpretativa, e, se interpretado literalmente, é inclusive incoerente; b) é necessário atribuir um significado ao preceito, podendo-se dizer que se trata de uma decisão política; c) as chances de reforma do título após o julgamento em segundo grau são reduzidas, porquanto já exauridas as instâncias responsáveis pela análise do mérito da acusação e das provas; d) o acesso às Cortes

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 9 e 10.

Superiores se dá de forma excepcional, não sendo de sua competência a correção de injustiças em casos concretos; e) há instrumentos capazes de obstar a execução da pena em casos de manifesta ilegalidade, a exemplo do *habeas corpus*; f) há certa contradição em se afirmar que é possível a prisão cautelar para proteger os interesses da coletividade e, ao mesmo tempo, se entender que não pode ser admitida a prisão nos casos de culpa já reconhecida; g) é possível enquadrar a execução provisória na exceção constitucional de prisão antes do trânsito em julgado “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”; e h) há que se ter em conta o também relevante caráter instrumental do processo penal, o qual se encontra bastante comprometido com a sistemática recursal brasileira.

Sabendo que a jurisprudência estará sempre sujeita a revisões, como, aliás, já sinalizou o próprio Ministro Gilmar Mendes em entrevista concedida a jornalistas em 26/5/2017, espera-se, sobretudo, que, a partir das considerações trazidas com o presente estudo, possa haver maior reflexão a respeito do tema e, assim, maior firmeza na escolha do entendimento a ser aplicado, trazendo segurança jurídica aos jurisdicionados.

Referências

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Brasília: TJDF, 2015.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. **Fascículos de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, n. 4, p. 25-29, out./dez. 1993.

BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 150-207, set./out. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 5/10/2016. DJe 11/10/2016.

_____. *Habeas Corpus* n. 68.726/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgado em 28.6.1991. DJ de 20.11.1992.

_____. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010.

_____. *Habeas Corpus* n. 85.886/RJ. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 6.9.2005. DJ de 28.10.2005.

_____. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 269-290, jan./fev. 2008.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado. **Revista de processo**, v. 28, n. 111, p. 290-305, jul./set. 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MACHADO, Hugo de Brito. Garantia constitucional da presunção de inocência e execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. **Interesse público**, v. 18, n. 99, p. 37-45, set./out. 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. A relação entre a multiplicidade de graus de jurisdição e a efetividade do processo penal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 12, n. 21, p. 135-177, jul./dez. 2013.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 19, n. 74, p. 15-35, jan./mar. 2011.

RAMOS, Gisela Gondin. O princípio da presunção de inocência. **Interesse público**, v. 15, n. 77, p. 173-181, jan./fev. 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas: uma análise de legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. **Revista dos Tribunais**, v. 99, n. 899, p. 386-430, set. 2010.

SILVA, Diogo Bacha e. Da mutação constitucional à living constitution: a hermenêutica constitucional entre a sintática e a pragmática jurídica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 10, n. 12, p. 113-131, jul./dez. 2012.

SILVEIRA, Paulo Fernandes. O princípio da inocência e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. **Revista Juris Plenum**, v. 6, n. 34, p. 85-102, jul. 2010.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

A INSTITUIÇÃO DE HIPOTECA NO ÂMBITO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A SÚMULA 308 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Marcelo Toledo de Freitas*³⁴⁵

RESUMO: O presente artigo possui o intuito de analisar o instituto da hipoteca, no âmbito da incorporação imobiliária, assim como os fundamentos que deram origem à Súmula nº 308, do Superior Tribunal de Justiça, pois, ao assim sumular, a referida Corte confrontou os princípios e efeitos milenares da garantia hipotecária com princípios mais recentes do Direito Civil brasileiro. Analisa-se, neste estudo, se houve violação à ordem jurídica no que tange ao instituto da hipoteca, em especial o exercício e a oponibilidade do direito do direito real em face de terceiros e, inclusive, quanto ao direito de sequência de que é investido o credor da garantia em análise. Para tanto, pretende-se proceder à análise apurada da legislação aplicável, assim como pesquisas bibliográficas e estudo dos julgados que deram origem à Súmula nº 308, do Superior Tribunal de Justiça. Pretende-se, ao final, demonstrar a inexistência de violação aos princípios e características do instituto da hipoteca pela Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, a qual reputa como ineficaz, perante os adquirentes de imóvel, a hipoteca firmada entre incorporador e agente financeiro, no âmbito da incorporação imobiliária.

PALAVRAS-CHAVE: INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. HIPOTECA. INEFICÁCIA. SÚMULA 308 STJ.

INTRODUÇÃO

A incorporação imobiliária está prevista na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1.964, com a finalidade de possibilitar a venda de futuras unidades autônomas antes, durante e depois da fase de construção de um empreendimento imobiliário. Em outras palavras, a incorporação imobiliária possui o escopo deviabilizar a chamada “venda de imóveis na planta”, sejam eles comerciais ou residenciais.

Importante notar que ao incorporador é permitido, a seu critério, erigir o empreendimento com recursos próprios ou, como costumeiramente ocorre nos dias atuais, obter recursos perante instituições bancárias. Todavia, o empréstimo de dinheiro para a construção do empreendimento imobiliário requer a prestação de uma garantia em favor do agente financeiro. A aludida garantia, via de regra, é a hipoteca que passa a incidir sobre o terreno e suas futuras acessões.

³⁴⁵ Advogado. Especialista em Direito Empresarial pela FGV – Fundação Getúlio Vargas. E-mail: mtoledofreitas@yahoo.com.br

Artigo apresentado ao Instituto de Direito Público – IDP, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Imobiliário, sob orientação do Professor João Pedro Câmara. Brasília, 2017.

Ocorre que, posteriormente à vigência da Lei nº 4.591/64 – e anteriormente à edição da Súmula nº 308, do Superior Tribunal de Justiça³⁴⁶, a qual foi editada em 30/03/2005 – houve inúmeros casos de incorporadores que deixaram de honrar com o seu compromisso de quitar a dívida perante o agente financiador da obra. Não é demais lembrar que a situação se revela ainda mais grave, pois nada obstante os incorporadores haverem recebido o produto da venda das futuras unidades dos respectivos adquirentes, deixaram de cumprir com a sua obrigação de repassar o dinheiro às instituições financeiras.

Diante de tal inadimplência, as instituições financeiras fizeram valer o seu direito de excutir a garantia hipotecária de que era titular, a qual recaía sobre os terrenos e respectivas acessões (nos casos de empreendimentos ainda em construção), ou sobre as unidades autônomas já individualizadas (nos casos de empreendimentos com a “Carta de Habite-se” emitida, com a decorrente Instituição, Divisão e Especificação de Condomínio).

Destarte, os adquirentes, consumidores tutelados por legislação específica (a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1.990) e terceiros de boa-fé, se viram obrigados a enfrentar em Juízo o robusto e milenarmente sedimentado direito real de hipoteca de que são titulares as instituições bancárias financiadoras da obra.

Note-se que, se por um lado há o direito das instituições bancárias de excutir os bens hipotecados, por outro, está o direito dos consumidores, amparado pela nova teoria contratual positivada pelo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002), calcada, por exemplo, no princípio da boa-fé contratual, no princípio da boa função social do contrato e no princípio da função social da propriedade.

No cenário que antecedeu à Súmula nº 308 em estudo, inúmeras demandas judiciais, país afora, seguiram seus trâmites até subirem para decisão do Superior Tribunal de Justiça. A referida Corte Superior enfrentou a questão e os interesses antagônicos em disputa até consolidar a jurisprudência e o entendimento no sentido de que a garantia hipotecária, nas hipóteses em questão, é ineficaz perante os adquirentes das unidades.

Observe-se, nesse diapasão, que o ponto central do presente estudo é exatamente o fato de que o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem proteger os

³⁴⁶A Súmula 308, do Superior Tribunal de Justiça, dispõe da seguinte forma: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

adquirentes dos imóveis desenvolvidos no âmbito da incorporação imobiliária, reputando como ineficaz a garantia hipotecária perante tais adquirentes, nada obstante os conceitos amplamente sedimentados acerca dos direitos reais e da garantia hipotecária.

O objetivo do trabalho, portanto, é proceder à análise da legislação, doutrina e jurisprudência atinentes à matéria, com a finalidade de avaliar se a Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça violou de alguma forma a ordem jurídica no que tange ao instituto da hipoteca, em especial o exercício e a oponibilidade do direito real em face de terceiros.

Assim, no início deste trabalho, analisa-se a legislação referente à incorporação imobiliária, mais precisamente os termos da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1.964 (a conhecida Lei de Condomínios e Incorporações), definindo-se os principais conceitos atinentes ao instituto em questão, assim como delimitando-se o conceito da figura do incorporador.

Adentrando à questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1.990, investiga-se a relação de consumo existente no negócio jurídico firmado entre o incorporador e o adquirente de unidade residencial na planta, inclusive com a análise dos princípios e mecanismos de defesa do consumidor aplicados à matéria.

O presente trabalho aborda ainda o contexto em que é feita a contratação da hipoteca objeto deste estudo, com uma breve análise acerca da forma como é tomado o financiamento à produção de empreendimentos imobiliários no âmbito do SFH – Sistema Financeiro de Habitação.

Posteriormente, investiga-se a própria natureza de direito real da hipoteca, sua forma de aquisição e a publicidade que lhe é conferida, assim como os efeitos dela decorrentes, a exemplo da sua oponibilidade *erga omnes* e o direito de sequência e de preferência a ela inerentes. Por fim, analisa-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que antecedeu à edição da Súmula nº 308 em tela, assim como a nova teoria contratual aplicada.

Este estudo, portanto, tem por objeto uma investigação legislativa, doutrinária e jurisprudencial acerca dos institutos e princípios de Direito que envolvem a Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça, justificando-se pela sua relevância jurídica, uma vez que há interesses antagônicos envolvidos. Com efeito, verifica-se, por um lado, a pretensão

das instituições financeiras de excutir a garantia real e, por outro lado, o interesse dos adquirentes dos imóveis de ver os seus bens livres do gravame hipotecário.

A rigor, o presente trabalho visa confrontar os princípios atinentes aos direitos reais de garantia, em especial a hipoteca, com a referida nova teoria contratual, a qual é balizada, fundamentalmente, na boa fé objetiva e na função social dos contratos, demonstrando-se, a final, a inexistência de afronta aos princípios que regem o direito real de hipoteca pela Súmula nº 308, do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque, conforme se aprofundará neste trabalho, os incorporadores, ao receberem dos adquirentes o produto da venda e ao deixarem de repassá-lo ao agente financiador da obra, violam frontalmente a cláusula contratual geral de boa fé e a função social do contrato.

1. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Visando a melhor compreensão e definição do ponto central deste estudo, qual seja, a instituição de garantia real de hipoteca sobre terrenos e futuras acessões de empreendimentos imobiliários erigidos sob o regime de incorporação imobiliária, passa-se a abordar, inicial e brevemente, a definição e conceito da incorporação imobiliária, assim como da figura do incorporador. Cumpre ressaltar que, nessa primeira etapa do trabalho, relativa às definições e conceitos atinentes à legislação aplicável, foram utilizados conceitos e definições já abordados em outro trabalho de nossa autoria³⁴⁷.

O regime de incorporação imobiliária está previsto na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1.964, o qual, em linhas gerais, permite que o incorporador, após o cumprimento de todas as exigências previstas no mencionado diploma legal, proceda à alienação das futuras unidades autônomas a terceiros adquirentes, para posterior construção do empreendimento imobiliário.

Há que se ressaltar também, em uma abordagem social e econômica do instituto da incorporação imobiliária, que configura ela uma excelente alternativa de acesso à moradia, na medida em que resulta na divisão do espaço geográfico e da propriedade de um

³⁴⁷FREITAS, Marcelo Toledo. Monografia apresentada à FGV – Fundação Getúlio Vargas, para obtenção do título de Especialista em Direito Empresarial: “*A responsabilidade civil dos incorporadores na hipótese de atraso na entrega de empreendimentos imobiliários*”. Brasília: 2015.

imóvel, com a consequente criação de unidades autônomas, no mais das vezes verticalmente, reduzindo sobremaneira o custo da moradia.

A esse respeito, vale acrescentar a visão de Fabio de Oliveira Azevedo:

Nota-se, ao menos em princípio, ser a operação atraente para as duas partes. Primeiro para o incorporador, que não precisará alocar recursos próprios para construir, podendo buscá-los com o próprio adquirente, com instituições financeiras ou grupos de investidores, oferecendo como garantia o próprio terreno através da hipoteca, alienação fiduciária ou a cessão fiduciária de créditos. E também para o adquirente, que poderá parcelar o pagamento do preço durante a construção.³⁴⁸

Ou seja, analisando-se pelo ponto de vista empresarial, tem-se que o incorporador investe em um empreendimento imobiliário o dinheiro que recebe a título de empréstimo e o restitui ao agente financiador, com encargos financeiros, à medida que recebe o produto da venda realizada aos adquirentes das futuras unidades autônomas, resguardada a sua margem de lucro. Essa operação viabiliza aos adquirentes a compra dos imóveis mediante pagamento a prazo, o que traduz a vantagem financeira para todas as partes envolvidas: incorporador, adquirente e agente financeiro.

A própria Lei nº 4.591/64, em seu art. 28, parágrafo único, traz o conceito de incorporação imobiliária, a seguir transcrito, corroborando as assertivas anteriores acerca do negócio entabulado entre as partes envolvidas.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Aliás, acerca da figura do incorporador, a mesma Lei nº 4.591/64, em seu art. 29, traz expresso o respectivo conceito. São os termos do referido dispositivo legal:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e

³⁴⁸AZEVEDO, Fabio de Oliveira. Incorporação Imobiliária. In: AZEVEDO, Fabio de Oliveira; MELO, Marco A. Bezerra (Coords.). *Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 451.

responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Pois bem, considerando o enfoque prático que se pretende abordar neste estudo, é importante deixar assente que, via de regra, os incorporadores são pessoas jurídicas, constituídas por sociedades por cotas de responsabilidade limitada, cujo objeto social é o planejamento, promoção, desenvolvimento, construção e venda de um único empreendimento imobiliário.

Referidas sociedades são conhecidas como “SPE”, ou seja, Sociedades de Propósito Específico, constituídas exclusivamente para a realização e gestão de um determinado empreendimento, sobre o qual pode ser, a critério do incorporador, instituído o regime de Patrimônio de Afetação, previsto no art. 31-A e seguintes da Lei 4.591/64.

Esse mecanismo é adotado, de há muito, pelas grandes incorporadoras, as quais possuem diversos empreendimentos no país afora, cada qual vinculado a uma “SPE” específica. Essa prática, sem sombra de dúvidas, facilita sobremaneira a gestão da obra e do empreendimento como um todo, especialmente quanto aos aspectos administrativos, financeiros e tributários.

O conceito é bastante simples, cada “SPE” tem as suas próprias contas bancárias, recebíveis, contratos, clientes, dívidas e obrigações, assim como cada qual tem seus próprios funcionários nas respectivas obras, com o consequente eventual passivo trabalhista, sendo certo que, muito embora eventualmente geridas pela mesma equipe situada na sede da matriz empresarial, possuem independência financeira, tributária e econômica entre si.

No campo das S. A. (Sociedades por Ações), há a chamada *holding*, empresa controladora de capital aberto e, paralelamente, são criadas as empresas controladas, que são as Sociedades de Propósito Específico, assim como eventuais outras empresas do mesmo conglomerado econômico. A *holding*, via de regra, é sócia majoritária das Sociedades de Propósito Específico e, por tal motivo, já é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que há responsabilidade solidária da *holding* em relação às obrigações assumidas por tais sociedades.

2. A PROTEÇÃO DOS ADQUIRENTES E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para se instituir o regime de incorporação imobiliária a um determinado empreendimento, o incorporador, após a aquisição do terreno (se o caso, pois inexistência legal para que o incorporador seja o proprietário do terreno), deve registrar a incorporação perante o Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária em que localizado o terreno, anexando-se ao Memorial de Incorporação toda a documentação elencada nas alíneas “a” a “p”, do art. 32, da Lei nº 4.591/64.

O Memorial de Incorporação é o documento pelo qual o incorporador descreve pormenorizadamente todas as características do futuro empreendimento imobiliário, notadamente quanto aos pavimentos e às unidades autônomas, com as respectivas metragens e frações ideais de terreno. Em tal documento também é descrita toda a área comum da edificação, a exemplo dos subsolos e das respectivas vagas de garagem, elevadores, escadaria, guarita, áreas de serviços, assim como os ambientes da área de lazer, tais como salões de festas, playground, quadras, piscinas, academias, espaço gourmet, dentre tantos outros que porventura estejam contemplados no projeto arquitetônico do empreendimento, o qual é previamente aprovado pelo órgão público competente.

Com relação à documentação que o incorporador deve arquivar junto ao Cartório de Registro de Imóveis, conforme o rol constante das quinze alíneas (“a” a “p”) do art. 32, da Lei nº 4.591/64, note-se que tem ela, basicamente, três objetivos principais referentes ao empreendimento: atestar quanto à idoneidade do incorporador, seja pessoa física ou jurídica; comprovar a regularidade do imóvel; e prestar informações acerca do empreendimento.

Não se tem aqui a pretensão de esgotar a análise de todo o rol de documentos elencados na legislação, porém, em breve menção àqueles que podem ser considerados os principais deles, importa ressaltar que, como forma de comprovar a sua idoneidade, ao incorporador é dada a obrigação de apresentar ao Oficial do Registro de Imóveis todas as certidões negativas arroladas na alínea “a”, do art. 32, da Lei nº 4.591/64, além de declaração de idoneidade financeira fornecida por estabelecimento que opere no país há mais de cinco anos.

Quanto à regularidade do imóvel, são apresentados, dentre outros, o histórico dos títulos de propriedade do terreno, dos últimos vinte anos, com os respectivos registros, o Projeto de Construção devidamente aprovado pelo órgão público competente, acompanhado do correspondente Alvará de Construção, além das certidões negativas de tributos do imóvel.

Todos os demais documentos previstos na legislação em tela referem-se às características e descrição da edificação, citando-se, a título de exemplo, os principais deles: cálculos das edificações, memorial descritivo das especificações da obra, avaliação do custo da obra, quadro das frações ideais de terreno distribuídas por unidade autônoma, minuta da futura convenção de condomínio e declaração acerca da capacidade de veículos que comporta a garagem coletiva do empreendimento.

Importante salientar que, embora o art. 32 da Lei nº 4.591/64 faça referência ao mero arquivamento da mencionada documentação no Registro de Imóveis, é fato que, para que ocorra o devido registro da incorporação imobiliária, o Oficial faz minuciosa análise da documentação apresentada, inclusive quanto às contingências relativas às demandas judiciais envolvendo a empresa. A esse respeito, adverte Claudia Fonseca Tutikian:

Evidentemente que, se após a análise dos documentos e certidões anexadas pela empresa, ficar configurada uma situação de caos econômico, de diversas ações judiciais dos seus clientes ou quaisquer situações similares, o adquirente deve repensar sua decisão de comprar o imóvel. Nesta situação, convém que o adquirente vislumbre a possibilidade de adquirir imóvel de outra construtora com situação mais estável e confiável, evitando, com tal conduta, riscos desnecessários.³⁴⁹

Afinal, a minuciosa análise da documentação apresentada pelo incorporador e o consequente registro da incorporação imobiliária é que irá cumprir o escopo legislativo de conferir aos adquirentes a necessária segurança jurídica para a celebração do compromisso de compra e venda de futura unidade residencial adquirida ainda na planta.

Não por outro motivo, é vedada pela legislação toda e qualquer comercialização das futuras unidades autônomas, antes de efetivado o registro da incorporação

³⁴⁹TUTIKIAN, Claudia Fonseca. *Da Incorporação Imobiliária: Implementação do Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008. p. 113.

imobiliária perante o Cartório de Registro de Imóveis, incorrendo o infrator em contravenção penal expressamente prevista no art. 66, inciso I, da Lei nº 4.591/64, nos seguintes termos:

Art. 66. São contravenções relativas à economia popular, puníveis na forma do artigo 10 da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951:

I - negociar o incorporador frações ideais de terreno, sem previamente satisfazer às exigências constantes desta Lei;

Abre-se aqui breves parênteses para mencionar que, após a entrega do empreendimento imobiliário, com a pertinente emissão do Auto de Conclusão (a chamada “Carta de Habite-se”), pelo Poder Público e, bem assim, a consequente averbação da construção e registro da instituição de condomínio no Cartório de Registro de Imóveis e, ainda, após a realização da Assembleia de Instalação de Condomínio, o chamado condomínio edilício torna-se independente, passando seu regime jurídico para a égide do Código Civil brasileiro, arts. 1.331 e seguintes, sem prejuízo da incidência das disposições da Lei nº 4.591/64, no que couber.

Com relação à aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor, é importante ressaltar, desde logo, que inexistem quaisquer dúvidas ou discussões, sejam jurisprudenciais ou doutrinárias, acerca da relação de consumo havida no negócio jurídico realizado entre incorporador e compradores de imóveis na planta, como destinatários finais, sob a égide da Lei nº 4.591/64.

Com efeito, de acordo com o conceito legal insculpido no art. 2º. da Lei nº 8.078/90, consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. É certo que, como visto anteriormente, no regime de incorporação imobiliária, a futura unidade autônoma é adquirida mediante a assinatura de compromisso de compra e venda, para entrega futura, pronta e acabada.

De outra parte, a definição de fornecedor está expressa no bojo do art. 3º. da Lei nº 8.078/90, como sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Ou seja, a atividade desenvolvida pelo incorporador, sem sombra de dúvidas, está inserida no conceito legal de fornecedor. Demais disso, o parágrafo 1º. do mesmo art. 3º.

define produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, o que, de igual modo, vem corroborar a relação de consumo havida na promessa de compra e venda levada a efeito em negócio jurídico decorrente de incorporação imobiliária.

Destarte, como consequência do reconhecimento da existência de relação de consumo no negócio jurídico ora em estudo, alguns importantes mecanismos de defesa do consumidor passam a interferir diretamente nas cláusulas contratuais atinentes à questão da hipoteca já constituída – ou a ser constituída – sobre o terreno e futuras acessões, em favor do agente financeiro, para o desenvolvimento do empreendimento imobiliário.

Partindo-se do pressuposto de que o consumidor é reconhecidamente a parte vulnerável da relação estabelecida com o fornecedor, a Política Nacional de Relações de Consumo estabelece mecanismos que visam equilibrar os negócios havidos entre fornecedores e consumidores, alguns deles insculpidos nos próprios princípios norteadores da proteção e defesa do consumidor, dentre eles os princípios da equidade e da coibição ao abuso.

Ainda sobre as disposições havidas nos contratos firmados com os consumidores, frise-se que são muitos os dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor que procuram estabelecer uma relação equilibrada entre fornecedor e consumidor, a começar pela própria interpretação das cláusulas contratuais, que, nos precisos termos do respectivo art. 47, deve ocorrer da maneira mais favorável ao consumidor.

Transportando-se tais conceitos para a questão concernente à cláusula mandato que autoriza a constituição de hipoteca sobre o imóvel, é importante firmar o entendimento e partir do princípio de que todas e quaisquer cláusulas constantes da promessa de compra e venda firmada com os adquirentes que vierem a ser consideradas abusivas, serão nulas, de pleno direito, nos expressos termos do art. 51, do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme se verá adiante, a corrente jurisprudencial plenamente dominante se enverga no sentido de proteger os adquirentes de unidades em relação às estipulações contratuais atinentes à constituição da hipoteca em favor do agente financeiro.

3. O FINANCIAMENTO À PRODUÇÃO E A GARANTIA HIPOTECÁRIA

Conforme anteriormente exposto, o incorporador somente estará legalmente autorizado a alienar as futuras unidades autônomas do empreendimento após o registro da incorporação imobiliária perante o Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária a que pertence o imóvel.

Todavia, certo é que, anterior ou posteriormente ao início da comercialização de tais unidades autônomas, o incorporador pode buscar o financiamento à produção do empreendimento, perante instituição bancária, ou seja, perante o chamado “agente financeiro”. Esse produto oferecido pelas instituições financeiras é chamado de “Plano Empresário”, como alternativa de solução de crédito para construtoras e incorporadoras que desejam financiar a construção de empreendimentos imobiliários, sejam eles residenciais ou comerciais.

O financiamento à produção é realizado à luz da legislação atinente ao SFH – Sistema Financeiro de Habitação, com o objetivo de promover o desenvolvimento imobiliário e o acesso à moradia, nos termos da Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964. De acordo com a sistemática do Sistema Financeiro de Habitação, as instituições financeiras, além de promover o financiamento bancário diretamente para os adquirentes de unidades habitacionais, promovem também o financiamento à produção de empreendimentos imobiliários, como desiderato de estimular a construção civil.

Os recursos do SFH – Sistema Financeiro de Habitação – oriundos da caderneta de poupança e do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) – são disponibilizados pelas instituições financeiras para as construtoras e incorporadores, as quais recebem o produto do financiamento, e instituem a hipoteca como garantia de pagamento. Os terceiros adquirentes, após a conclusão do empreendimento, quitam a unidade habitacional perante a construtora, seja com recursos próprios, seja com recursos provenientes de financiamento bancário.

Ao receber o produto da venda de um apartamento, a construtora quita parcialmente sua dívida perante a instituição financeira e procede à liberação de baixa do gravame hipotecário perante o Cartório de Registro de Imóveis, junto à matrícula já individualizada do apartamento. Caso o novo adquirente tenha obtido financiamento bancário para a aquisição da moradia, será constituída nova hipoteca ou garantia fiduciária (geralmente

esta última) sobre a unidade residencial, dessa feita figurando o agente financiador como credor e o adquirente como devedor. Ou seja, não há qualquer intervenção da incorporadora.

Há que se observar, nesse diapasão, que a hipoteca de início constituída sobre o terreno é elemento fundamental para a sistemática criada pelo Sistema Financeiro de Habitação, a fim de viabilizar a efetiva circulação do dinheiro no âmbito da construção civil, na consideração de que é ela, a garantia hipotecária, que garante o retorno dos recursos ao Sistema Financeiro de Habitação, em caso de inadimplemento do incorporador.

Vale trazer à colação o posicionamento de Frederico Henrique Viegas de Lima, corroborando as assertivas relativas à hipoteca acima expostas, o qual, ao proceder ao estudo da circulação do crédito hipotecário no Sistema Financeiro de Habitação, assim concluiu:

No Direito brasileiro, a hipoteca é seguramente um dos principais, se não for o principal direito real de garantia, dada sua larga utilização. Um dos campos mais profícuos de sua utilização aparece no Sistema Financeiro de Habitação, à medida que este visa, basicamente, a facilitar a aquisição da casa própria pela maior parcela da população.

A hipoteca, relacionada entre os direitos reais sobre coisas alheias, é um dos pilares principais da mobilidade do tráfego do crédito financeiro na sociedade moderna, embora desconheça o Direito pátrio, diferença conceitual distinta daquela prevista no Código Civil, posto que relaciona somente como espécies de hipoteca, *a convencional, a legal e a judicial*.³⁵⁰

Evidentemente que todo e qualquer incorporador tem total liberdade para idealizar, desenvolver, alienar e erigir um empreendimento imobiliário com recursos próprios, sem necessidade de buscar financiamento à produção em instituição financeira. Todavia, o que ocorre na prática é que, em quase a totalidade dos empreendimentos imobiliários desenvolvidos em território nacional, é firmado o contrato de financiamento à produção entre o incorporador e agente financeiro.

De toda sorte, cumpre esclarecer que o financiamento bancário destinado à produção de um empreendimento imobiliário importa na liberação gradual de recursos para o incorporador, à medida em que a edificação avança no cronograma das suas diversas etapas de construção. Ou seja, em outras palavras, não há liberação imediata de 100% (cem por cento) do

³⁵⁰LIMA, Frederico Henrique Viegas. *Direito Imobiliário Registral na Perspectiva Civil-Constitucional*. Porto Alegre: IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2004. p. 97.

valor financiado já na assinatura do contrato de financiamento, pois o incorporador recebe gradativamente os recursos, na medida em que comprova que completou as etapas pré-definidas com o agente financeiro. Vale observar que inexistente disposição legal que determine tal procedimento, porém certo é que tal prática se verifica cotidianamente na atividade empresarial dos incorporadores e agentes financeiros.

Nada obstante a liberação parcial dos recursos, o contrato de financiamento requer a constituição de uma garantia prestada pelo incorporador ao agente financeiro, com vistas a fazer frente à totalidade da dívida contraída pelo incorporador, em caso de inadimplemento. Referida garantia, em regra, é a hipoteca objeto deste estudo, ou seja, aquela que é constituída sobre o terreno sobre o qual será erigido o empreendimento. Todavia, por força de disposição legal expressa, o aludido ônus também haverá de incidir sobre as futuras unidades autônomas do empreendimento. É o quanto dispõe o art. 1.474, do Código Civil brasileiro, abaixo transcrito.

Art. 1.474. A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.

Conforme se verá mais adiante, é o registro imobiliário que confere à garantia hipotecária a devida publicidade, o que lhe garante a produção dos efeitos de direito real em face de terceiros, notadamente o efeito *erga omnes* e o direito de sequência sobre o bem.

Vale antecipar que, no âmbito do Registro Imobiliário, a hipoteca será inicialmente registrada na matrícula do terreno, a qual é popularmente conhecida como “matrícula mãe” do empreendimento. Com relação às matrículas das unidades autônomas do empreendimento, assim como o ônus hipotecário que deverá recair sobre cada um dos imóveis dela objeto, ressalte-se que há duas formas diversas com que trabalham os Cartórios de Registro de Imóveis no Brasil.

Na primeira delas, o Cartório de Registro de Imóveis procede à abertura das matrículas das unidades do empreendimento já no registro da incorporação, ou seja, com o imóvel ainda na planta. Essa é a forma com que trabalham os Cartórios do Distrito Federal, por exemplo. A outra maneira é aquela utilizada, por exemplo, pelos Cartórios do Estado de São Paulo, cuja abertura das matrículas de cada uma das unidades autônomas ocorre tão

somente no ato da averbação da construção do empreendimento (o que somente se dá com a emissão da Carta de Habite-se pelo poder público competente) e do registro da Especificação e Instituição do Condomínio.

De uma forma ou de outra, quando da abertura das matrículas das unidades autônomas do empreendimento, o ônus da garantia hipotecária também constará dessas novas matrículas, inclusive por força do art. 1.474, do Código Civil brasileiro, supra mencionado, que determina que o ônus hipotecário incida sobre o imóvel objeto da garantia, assim como sobre as respectivas acessões.

Mas é importante salientar que, mesmo hipotecadas, as futuras unidades autônomas do empreendimento podem ser – e via de regra o são – objeto de alienação, por meio de compromisso de compra e venda, a teor do disposto no art. 1.475, do Código Civil brasileiro³⁵¹. Acrescente-se ainda que o compromisso de compra e venda, uma vez registrado, confere ao adquirente direito real sobre o imóvel.

Corroborando a possibilidade de alienação de um bem hipotecado, assim como explanando acerca dos respectivos efeitos, escrevem com especial clareza Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra:

Não há razão teórica para esta proibição, uma vez que a hipoteca é um direito real e, como tal, a ela é garantido o direito de sequência, o qual permite que o direito real seja exercido nas mãos de quem quer que o bem se encontre. Dessa forma, havendo alienação para quem quer que seja, a dívida continua garantida, pois o imóvel poderá ser levado à praça para ser convertido em dinheiro para o pagamento da dívida independentemente da concordância dos adquirentes.

Apesar de clara a resposta do ponto de vista teórico, a questão também se encontra expressa em nosso Código Civil, que em seu art. 1.475 vai além, estabelecendo que eventual cláusula que proíba o proprietário devedor de alienar imóvel hipotecado é nula.

...

Devemos lembrar que, no caso da alienação do imóvel hipotecado, a dívida acompanha o imóvel e não responsabiliza o adquirente por mais que a simples entrega do imóvel, a não ser que tenha pessoalmente se responsabilizado pela dívida no instrumento de aquisição, como se extrai do art. 1.479 do Código Civil, o qual dispõe que o adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se

³⁵¹ O art. 1.475, do Código Civil brasileiro, dispõe da seguinte forma: “Art. 1.475. É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado”.

tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel.³⁵²

Portanto, é importante que se tenha em mente que a possibilidade de alienação do imóvel, a rigor, em nada altera da higidez do direito real de garantia sobre ele constituído, desde que regularmente constituído nos termos da legislação aplicável, conforme a seguir exposto.

4. O DIREITO REAL DE HIPOTECA

Conforme salientado na introdução deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça, com a edição da respectiva Súmula nº 308, reputou como ineficaz a hipoteca constituída pela construtora, em favor do agente financeiro, no âmbito da incorporação imobiliária. Ao assim sumular, a referida Egrégia Corte consolidou orientação jurisprudencial que já ganhava destaque nos nossos Tribunais.

O que se pretende mostrar com o presente estudo é que, ao assim decidir, o Superior Tribunal de Justiça confrontou os robustos e sedimentados princípios atinentes aos direitos reais de garantia com a nova teoria contratual que é balizada, fundamentalmente, na boa fé objetiva e na função social dos contratos. Por tal motivo, passa-se a discorrer, neste tópico, acerca da hipoteca e suas principais características.

A hipoteca, assim doutrinariamente classificada como direito real de garantia constituído sobre coisa alheia, está positivada, no direito civil brasileiro, no art. 1.225, inciso IX, do Código Civil³⁵³. Revela-se instituto de direito largamente utilizado no Brasil como garantia de negócios jurídicos das mais variadas espécies, com especial destaque para aqueles de natureza imobiliária, sempre observada a sua característica acessória a uma contratação principal.

Com efeito, a hipoteca constitui direito real de garantia estipulado em favor de terceiro. Ao instituir a hipoteca, o proprietário de bem imóvel o oferece em garantia de uma dívida (própria ou de terceiro), de tal sorte que a garantia subsistirá até a efetiva liquidação da

³⁵²SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. *Registro de Imóveis II Atos Ordinários*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 19/20.

³⁵³O art. 1.225, inciso IX, do Código Civil, dispõe da seguinte forma: “Art. 1.225. São direitos reais: ... IX - a hipoteca”.

dívida e a consequente liberação pelo credor, nos termos do disposto no art. 1.499, inciso I, do Código Civil Brasileiro³⁵⁴.

Importa abrir breves parênteses para mencionar que a garantia hipotecária, além de incidir sobre bens imóveis, pode recair, ainda, a teor de previsão legal expressa disposta no art. 1.473, do Código Civil brasileiro, sobre outras modalidades de bens e direitos, mencionando-se, a título de exemplo, os navios, estradas de ferro e aeronaves.

Silvio de Salvo Venosa, ao lecionar acerca dos efeitos da hipoteca, discorre da seguinte forma:

Seu principal efeito é vincular um bem ao cumprimento e à extinção de uma dívida.

O devedor ou terceiro que oferece bem em hipoteca sofre restrição em seu direito de propriedade, representado pelo ônus do pagamento da obrigação. Não pode praticar nenhum ato que diminua substancialmente o valor do bem, sob pena de desfaltar a garantia (art. 1.425, I). Não perde, no entanto, a disponibilidade sobre a coisa, pois a hipoteca a acompanhará, como decorrência da sequência. Vimos que o art. 1.475 do Código estabelece a nulidade de cláusula que proíba a alienação do imóvel hipotecado. O bem continua no comércio. Como vimos, pode também estabelecer outras hipotecas sobre o mesmo bem, se o negócio constitutivo não o proibir. Mantendo a posse do bem, mantém a possibilidade de se valer dos meios possessórios para defendê-lo.

Ainda, o devedor pode extinguir a dívida, antecipando-lhe o pagamento, podendo pois remi-la a qualquer tempo (Decreto nº 22.626/33, art. 7º).

O credor, por seu lado, tem o direito de exigir que o bem seja mantido íntegro no curso da garantia. O não pagamento autoriza-lhe a excussão do bem hipotecado, como decorrência da exigibilidade da obrigação. Levem-se em conta as hipóteses em que pode considerar vencida antecipadamente a obrigação (art. 1.425). Pode pedir reforço de garantia, quando esta se desfaltar, sob pena de vencimento antecipado. A possibilidade trazida pelo Código de 2002 de poder a hipoteca ser constituída para garantia de dívida futura trará outra série de questões (art. 1.487). O princípio da prioridade, por outro lado, assegura direito preferencial ao credor hipotecário mais antigo.³⁵⁵

Extrai-se do magistério acima, para fins do objeto deste estudo, um importante efeito da garantia hipotecária, senão o principal, que é exatamente a possibilidade de excussão hipotecária pelo credor, em caso de inadimplemento da obrigação principal. Ocorre que, conforme se verá com mais detalhes adiante, a hipoteca deverá ser considerada ineficaz e,

³⁵⁴ O art. 1.499, inciso I, do Código Civil, dispõe da seguinte forma: Art. 1.499. A hipoteca extingue-se: I - pela extinção da obrigação principal.

³⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 609/610.

pois, não produzirá tal efeito, perante os terceiros adquirentes dos imóveis, nos expressos termos da Súmula nº 308, do Superior Tribunal de Justiça.

Pois bem, a aquisição de direitos reais incidentes sobre bens imóveis, no ordenamento pátrio, somente ocorre com o registro do título aquisitivo no Cartório de Registro de Imóveis competente. É o quanto dispõe o art. 1.227, do Código Civil brasileiro, abaixo transcrito:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

A esse respeito, leciona Luiz Antonio Scavone Junior, conforme abaixo exposto, traçando um paralelo com o princípio da publicidade (o qual norteia o direito registral brasileiro):

Ordinariamente, os direitos reais sobre bens imóveis são adquiridos após o registro do respectivo título aquisitivo junto ao Oficial de Registro de Imóveis competente; já sobre os móveis, depois da tradição (transferência física da coisa), o que se afirma com supedâneo no Código Civil, arts. 108, 1.245, 1.267, 1.226 e 1.227.

Portanto, o registro (bens imóveis) e a tradição (bens móveis) atuam como meio de publicidade da titularidade de direitos reais.³⁵⁶

Aliás, o aludido dispositivo do Código Civil brasileiro de 2.002 veio em plena conformidade com o quanto já dispunha a própria Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1.973 (a conhecida Lei de Registros Públicos), a qual contém previsão expressa, em seu art. 167, inciso I, item 2, acerca da necessidade de se efetivar o registro de hipoteca na matrícula do imóvel³⁵⁷.

Importante notar, ainda, que, como visto, efetiva-se a aquisição de um direito real constituído sobre bem imóvel, salvo disposição legal em sentido contrário, com o respectivo registro no Cartório de Registro de Imóveis competente. Destarte, na hipótese em estudo, o efeito imediato da constituição do direito real de hipoteca em favor do agente

³⁵⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 4/5.

³⁵⁷ O art. 167, da Lei nº 6.15/73 dispõe da seguinte forma: “Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I - o registro: ... 2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais”.

financeiro é tornar público o fato de que sobre o terreno e as futuras acessões pesa o ônus hipotecário decorrente do financiamento bancário adquirido para a construção da edificação.

Como consequência da publicidade registral, o titular de um direito real tem a prerrogativa de opor o seu direito, a todo e qualquer terceiro. Essa característica é inerente aos direitos reais e é doutrinariamente conhecida como a “oponibilidade *erga omnes*” dos direitos reais.

O direito de seqüela é outro efeito característico dos direitos reais no direito brasileiro. É, na verdade, um corolário do direito a oponibilidade *erga omnes*, pois consiste na faculdade do titular do direito real de perseguir a coisa e a reivindicar de quem quer que injustamente a detenha.

Hércules Aghiarian acrescenta que a hipoteca existe desde a sua constituição através de instrumento público. O registro referido no já aqui analisado art. 1.227, do Código Civil brasileiro, terá o condão de conferir a ela a devida publicidade e, por conseguinte, o efeito *erga omnes*, conforme magistério abaixo transcrito.

A hipoteca se inicia no momento do contrato por instrumento público. Entretanto, sua eficácia *erga omnes*, como crédito preferente, em favor do credor hipotecário, sobre qualquer outro, salvo os trabalhistas, de alimentos e fiscais, como conhecido, se dá com o registro do título junto ao RI. Da mesma forma, sua extinção se dará por averbação de documento do credor declarando que nada mais lhe é devido, não sendo necessário documento de igual natureza.³⁵⁸

Aliás, acerca do princípio registral da publicidade, Francisco José Rezende dos Santos, destaca o seguinte:

O que faço é registrar imóveis. Sou um registrador imobiliário. Presto um serviço público. A finalidade da minha atividade é prevenir litígios, que possam decorrer de direitos antagônicos, sobre a propriedade imobiliária. O registrador de imóveis trabalha com o direito de propriedade imobiliária, ou melhor, com direitos e fatos relacionados com a propriedade imobiliária. É atividade realizada pelo Estado, que procura dar à sociedade, com este serviço,

³⁵⁸ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 169.

a concepção de garantia da efetividade e da estabilidade dos direitos que ele mesmo consagra.³⁵⁹

Prossegue o aludido autor:

A publicidade é uma forma de propagar determinados atos, fatos ou negócios jurídicos, com a finalidade de dar conhecimento a terceiros e à sociedade em geral, para a defesa de direitos e segurança jurídica. Para o sistema registral imobiliário, que se destina a prevenir litígios, que possam decorrer de direitos antagônicos sobre a propriedade imobiliária, publicar é lançar ato ou fato juridicamente relevante, seja público ou privado, em livro próprio do registro, com referência ao direito, indicando o agente interessado, para tal ato ter efeitos externos e ser de conhecimento do público. A publicidade é o oposto da clandestinidade. A publicidade é organizada como um serviço do Estado, com a finalidade de tutela dos interesses dos particulares e do próprio Estado.³⁶⁰

Nicolau Balbino Filho, ao discorrer acerca da publicidade da hipoteca, acrescenta ainda o conceito da especialidade registral:

A especialidade e a publicidade são condições específicas para um bom regime hipotecário.

A especialidade consiste na determinação precisa da responsabilidade dos imóveis que a ela ficam sujeitos.

A publicidade obtém-se pela inscrição da hipoteca na folha da matrícula do imóvel no Livro n. 2 – registro penal.³⁶¹

E, quanto às finalidades do registro da hipoteca, o mesmo autor pondera que são as seguintes:

1º) Fixar a data da hipoteca; 2º) imprimir no direito o caráter real e provê-lo da virtude preferencial; 3º) estabelecer, entre outros direitos reais também registrados, assim como as hipotecas, a ordem de preferência; 4º) tornar pública a existência do ônus hipotecário, para que tenham dele conhecimento quantos tiverem nisso interesse.³⁶²

Importa salientar, nesse diapasão, que a hipoteca confere ao seu titular preferência em processo de execução. Ou seja, uma vez descumprida a obrigação principal, o credor hipotecário terá preferência na excussão do bem hipotecado, o que significa dizer que,

³⁵⁹ SANTOS, Francisco José Rezende. A Publicidade dos Atos e a Ética do Registrador de Imóveis. In: TUTIKIAN, Claudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Orgs). *Novo Direito Imobiliário e Registral*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, p. 426.

³⁶⁰ SANTOS, Francisco José Rezende. A Publicidade dos Atos e a Ética do Registrador de Imóveis. In: TUTIKIAN, Claudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Orgs). *Novo Direito Imobiliário e Registral*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 435.

³⁶¹ BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: Doutrina, Prática, Jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 16ª. Edição, 2012. p. 192.

³⁶² BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: Doutrina, Prática, Jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 16ª. Edição, 2012. p. 193.

na hipótese em estudo, caso o incorporador se torne inadimplente com o cumprimento de suas obrigações perante o agente financeiro, este último poderá executar o bem hipotecado e, em processo de execução, terá preferência na excussão do bem. É o quanto está disposto no art. 1.422, do Código Civil brasileiro, abaixo transcrito.

Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

Acerca dos trâmites referentes à execução hipotecária, inclusive quanto à penhora e satisfação do crédito, importa colacionar o breve esclarecimento de Ivanildo Figueiredo.

A hipoteca dá ao credor, no caso de não ser adimplido o pagamento da dívida, o direito de promover a execução hipotecária, que é a cobrança judicial da dívida tendo como garantia de penhora legal o imóvel a que o empréstimo se vincula [...]. Nessa hipótese de inadimplemento da dívida, o credor pode, inclusive, adjudicar ou tomar para si o imóvel hipotecado [...]. Não sendo realizada a adjudicação direta ou a alienação por iniciativa particular [...], a lei exige, então, que o bem hipotecado seja levado a leilão público, para que o produto da venda desse imóvel venha a ser, então, entregue em pagamento ao credor hipotecário.³⁶³

Pois bem, analisados os principais aspectos da hipoteca, ou, para ser mais preciso, aqueles que mais interessam ao desenrolar do presente estudo, passa-se a discorrer, no próximo tópico, acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que resultou na declaração de ineficácia da hipoteca perante os terceiros adquirentes de boa-fé.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SÚMULA 308

A Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça foi editada no dia 30/03/2005 e publicada no Diário de Justiça do dia 25/04/2005, nos seguintes termos: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.³⁶⁴

³⁶³FIGUEIREDO, Ivanildo. *Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 22.

³⁶⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 308. Editada em: 30mar. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=sumula+308&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 16 fev. 2017.

Importa destacar que, num primeiro momento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fazia distinção entre o fato da garantia hipotecária haver sido constituída anterior ou posteriormente à aquisição da futura unidade autônoma pelo adquirente. Com efeito, a princípio, a aludida Corte entendia que a hipoteca somente seria ineficaz se constituída posteriormente à alienação para o terceiro. A *contrario sensu*, se constituída anteriormente, a hipoteca seria considerada plenamente eficaz.

Observe-se, nesse diapasão, a ementa do acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a seguir:

DIREITO CIVIL. HIPOTECA CONSTITUÍDA SOBRE IMÓVEL JÁ PROMETIDO À VENDA E QUITADO. INVALIDADE. ENCOL. NEGLIGENCIADA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INOBSERVÂNCIA DA SITUAÇÃO DO EMPREENDIMENTO. PRECEDENTE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Os arts. 677 e 755 do Código Civil aplicam-se à hipoteca constituída *invalidamente* e não à que padece de um vício de existência que a macula de nulidade desde o nascedouro, **precisamente a celebração anterior de um compromisso de compra e venda e o pagamento integral do preço do imóvel.**

II - É negligente a instituição financeira que não observa a situação do empreendimento ao conceder financiamento hipotecário para edificar um prédio de apartamentos, principalmente se a hipoteca se deu dois meses antes da concessão do habite-se, quando já era razoável supor que o prédio estivesse concluído, não sendo igualmente razoável que a obra se tenha edificado nesse reduzido período de tempo.

III - É da jurisprudência desta Corte que, "ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros adquirentes de boa-fé. [grifo nosso]."³⁶⁵

Todavia, a *posteriori*, o próprio Superior Tribunal de Justiça ampliou a abrangência da declaração da ineficácia da hipoteca e fez constar, expressamente, da Súmula nº 308 aqui em estudo, que a hipoteca, “**anterior ou posterior** à celebração da promessa de compra e venda” [grifo nosso], não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 329.968/DF. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em: 09 out. 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=34343&num_registro=200100773930&data=20020204&formato=PDF>. Acesso em: 16 fev. 2017.

Isso porque, a bem da verdade, a maioria incorporadores faz constar dos instrumentos de compromisso de compra e venda dos imóveis, mormente aqueles alienados ainda na planta, uma cláusula mandato que autoriza o incorporador a constituir posteriormente o gravame hipotecário para fins de obtenção de financiamento à produção do empreendimento. Ou, ainda, nos casos de hipoteca constituída anteriormente ao compromisso de compra e venda, há cláusula dando ciência da garantia hipotecária, com a respectiva declaração de concordância do promissário comprador.

Não se perca de vista que o contrato de compromisso de compra e venda aqui em análise é caracterizado, nos expressos termos da definição constante do art. 54, do Código de Defesa do Consumidor³⁶⁶, como um “Contrato de Adesão”, posto que as respectivas cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, sem qualquer possibilidade de discussão prévia e/ou modificação das disposições contratuais.

Ou seja, o fato de haver disposição contratual acerca da hipoteca já constituída – ou da futura garantia hipotecária a ser instituída sobre o bem – não traz a presunção de que o consumidor tenha com ela concordado e que, portanto, a ela deva se obrigar. O que ocorre, na prática, é que as referidas cláusulas são, simplesmente, impostas aos consumidores, aos quais não resta nenhuma outra alternativa, senão assinar o contrato ou não concretizar o negócio.

Realmente, o art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que são nulas, de pleno direito, as disposições contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (inciso IV).

O parágrafo único, do mesmo dispositivo legal, dispõe que é exagerada a vantagem que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence” (inciso I); ou que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual” (inciso II). E, ainda, o inciso III, do mesmo art. 51, reza que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-

³⁶⁶ O art. 54, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe da seguinte forma: “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

Diante da situação posta, o Poder Judiciário admitiu e declarou a nulidade das mencionadas cláusulas relativas à constituição de garantia hipotecária, considerando-as abusivas e, pois, em desconformidade com o Código de Defesa do Consumidor e com a nova teoria contratual em vigor no direito brasileiro. Referida teoria, diga-se, está balizada nos princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato, o que, conforme se verá a seguir, é o próprio fundamento das decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça que deram origem à Sumula nº 308 em tela.

Leonardo Mattiето aborda essa nova ordem contratual, embasada nos princípios constitucionais, com especial clareza:

A incidência dos princípios constitucionais proporcionou uma profunda modificação do Direito das Obrigações e de seu instituto historicamente mais destacado, o contrato. A obrigação, como complexo de direitos e deveres, assume uma conotação normativa que lhe atribui um perfil funcional, voltado ao atendimento de valores fundamentais do ordenamento.

O reconhecimento da aplicação dos princípios constitucionais nas relações civis reflete a preocupação com a produção de um ordem jurídica aberta aos problemas e desafios da sociedade contemporânea. Daí decorre que a renovação do Direito Civil brasileiro tem na metodologia do *direito civil constitucional*, e não propriamente no Código Civil, o seu mais firme ponto de apoio.

É forçoso empreender uma visão de sistema, para pensar o contrato não de modo isolado, mas no contexto do ordenamento jurídico em que está inserido. O contrato, tal como regulado no Código de 1916, passa por uma expressiva evolução de seu conceito, de suas finalidades e de seu conteúdo, na trajetória que leva à Constituição de 1988 e, subsequentemente, ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Civil de 2002.

[...]

No Direito brasileiro vigente, os princípios tradicionais do direito contratual – autonomia privada, relatividade do contrato e obrigatoriedade do contrato – convivem com princípios emergentes, que apontam para uma ordem jurídica renovada.³⁶⁷

Especificamente acerca do princípio da boa-fé objetiva, importa trazer ainda o magistério de Caio Mario da Silva Pereira:

³⁶⁷MATTIETO, Leonardo. Os Contratos na Complexidade Contemporânea e os Novos Princípios: Boa-fé objetiva, Função Social e Equilíbrio Contratual. In: AZEVEDO, Fabio de Oliveira; MELO, Marco A. Bezerra (Coords.). *Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 97/98.

A maior crítica que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era a de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa-fé como cláusula geral, falha imperdoável diante da consagração do princípio nos Códigos a ele anteriores, como o francês (art. 1.134) e o alemão (parágrafo 242).

O Código de 2002 preencheu essa lacuna e dispôs no seu art. 422 que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na fórmula do art. 422 os períodos pré e pós-contratual, dentro dos quais o princípio da boa-fé tem importância fundamental para a criação de deveres jurídicos para as partes, diante da inexistência nessas fases de prestação a ser cumprida. Essa omissão não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedente e posterior ao contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito.

O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas da sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso.

A boa-fé referida no art. 422 do Código é a boa-fé objetiva, que é característica das relações obrigacionais. Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.

A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar. O agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios. A boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de cuidado e segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos (proibição do *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com conduta anterior, do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado).

A positivação do princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral no Código de 2002 certamente em muito contribui para o seu desenvolvimento na doutrina e jurisprudência brasileiras.³⁶⁸

Diante dos conceitos ora expostos, cabe evidenciar que o adquirente de um imóvel – que, aliás, tem o dever de pagar pontualmente as prestações relativas à sua aquisição

³⁶⁸PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil, Volume III, Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2014. p. 19/21.

– não há de ser penalizado com o inadimplemento do incorporador, o qual tem a obrigação de repassar para a instituição financeira o produto das suas vendas.

Foi nesse cenário que surgiram as decisões do Superior Tribunal de Justiça que declaravam ineficazes, frente aos adquirentes das unidades imobiliários, as hipotecas instituídas em favor de agentes financeiros.

Diversas foram as decisões do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, de tal sorte que uma simples busca com a expressão “Súmula 308” no portal de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na Internet traz vários julgados da aludida corte superior acerca do tema.

A título de exemplo, menciona-se neste trabalho trecho do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quando do julgamento de Recurso Especial pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual mais detalhadamente adentrou nas questões atinentes à discussão em apreço.

[...] A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre “os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado” (art. 22 da Lei n. 4.864/1965), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio.

As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema.

O **princípio da boa fé objetiva** impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreciar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus

interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria **abuso de direito**, em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel – que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro, – uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.³⁶⁹

Assim, há que se concluir que não fosse a intervenção do Poder Judiciário, através de reiteradas decisões de Tribunais de Justiça em todo o país e, principalmente, pela posterior edição da Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça, as consequências do inadimplemento de um incorporador e a eventual excussão da garantia real pelo credor hipotecário seriam nefastas para os adquirentes dos imóveis, os quais, na maioria das vezes, depositam a economia e os esforços de trabalho de toda uma vida nas mãos de um incorporador, como contrapartida da promessa de ver realizado o sonho de ter o seu próprio imóvel.

Importante esclarecer que a afirmação de que as consequências seriam nefastas aos adquirentes significa dizer que o imóvel objeto da garantia hipotecária seria levado à praça pública em processo judicial, sendo certo que o produto da alienação seria destinado a saldar o débito do incorporador frente à instituição bancária, na consideração de este ostenta a condição de credor hipotecário e detentor, como visto, da preferência em processo de excussão da hipoteca. Nesse cenário, o adquirente do imóvel (parte que cumpriu fielmente com as suas obrigações contratuais), ficaria sem o imóvel e sem o dinheiro que pagou pelo bem.

Não se pode deixar de mencionar também nesse estudo o famigerado princípio da função social da propriedade, plenamente aplicável ao caso. Sobre o tema, traz-se o magistério de Melhim Namem Chalhub:

Fundamentalmente, pode-se dizer que a propriedade tem conteúdo variável de acordo com a função social ditada pela natureza do bem, conforme limites

³⁶⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 187.940/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em: 18 fev.1989. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800662022&dt_publicacao=25-10-1999&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 16 fev. 2017.

fixados em lei, garantido, entretanto, um conteúdo mínimo essencial (CF, art. 5º, XXII). É que, de fato, a garantia do direito individual não dá ao titular a faculdade de exercer seus poderes ilimitadamente, mas submete-os aos direitos alheios, de igual natureza, e ao interesse coletivo, que deve prevalecer em face do direito individual.³⁷⁰

E continua o mesmo autor, com referência aos princípios constitucionais:

A Constituição de 1988 consagrou a tese de que a propriedade constitui uma instituição diferenciada em seu conteúdo, de acordo com os diversos tipos de bens e de titulares, garantindo o direito de propriedade em geral, mas dispondo que ela *atenderá a sua função social*, tornando impenhorável a pequena propriedade rural *para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade*, e distinguindo a propriedade urbana e a propriedade rural, cada uma com seu regime jurídico peculiar, sobre o qual o princípio da função social atua diferentemente, tendo em vista o tipo de utilização que a natureza do bem comporta (arts. 5º, XXII, XXIII, XXVI, 182, 184, 185 e 186) [...].

Na linha desses princípios, a função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, na medida em que, de uma parte, é reconhecida a faculdade do sujeito ativo de exigir a abstenção dos sujeitos passivos e, de outra parte, se impõe ao titular da propriedade, na condição passiva de adimplemento, o dever de utilizar a propriedade de acordo com o interesse coletivo.

A concepção decorre da convivência dos princípios constitucionais insertos nos incisos XXII e XXIII do art. 5º e nos incisos II e III do art. 170, que dispõem sobre a garantia individual da propriedade e a exigência de sua destinação social, que, por sua vez, condiciona a valoração individual desse direito.³⁷¹

À toda evidência, não age com boa-fé contratual, nem observa a função social da propriedade, o incorporador que toma um empréstimo bancário para desenvolver um empreendimento sob o regime de incorporação imobiliária, promove a venda das futuras unidades autônomas, recebe o produto dessas vendas de terceiros adquirentes de boa-fé, porém não repassa o dinheiro ao credor, permitindo a excussão judicial da hipoteca do bem dado em garantia.

Com relação ao agente financiador da obra, diante do rumo que tomou a jurisprudência pátria a respeito do assunto, resta fazer uso da hipoteca instituída sobre eventuais unidades autônomas ainda não alienadas a terceiros. Com relação às unidades já alienadas, não

³⁷⁰CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária Função Social e Outros Aspectos*. São Paulo: Editora Renovar, 2000. p.11/12.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil, Volume III, Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense:18ª Edição, 2014. p. 19/21.

³⁷¹CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária Função Social e Outros Aspectos*. São Paulo: Editora Renovar, 2000. p.16/17.

há excussão de hipoteca, mas direito de crédito sobre os valores a serem pagos pelos compromissários compradores.

De mais a mais, cumpre ressaltar que o agente financeiro, na prática, vem tomando o prudente cuidado de contratar com os incorporadores a liberação gradativa do dinheiro para a consecução do empreendimento imobiliário, à medida que este alcança determinadas etapas contratualmente definidas da obra. Dessa forma, o incorporador procede à amortização parcial de sua dívida e, com tais providências, evita-se o inadimplemento do incorporador, pois sua saúde financeira é avaliada a cada nova etapa da edificação.

CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho é a apuração de eventual violação aos preceitos e princípios do direito real de hipoteca, pela Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça, na consideração de que o referido instituto representa direito milenarmente consolidado, dado o fato histórico da origem que remonta ao direito romano.

Cumpre observar que, de fato, o detentor de direito real de garantia hipotecária tem direito à excussão do bem, em caso de inadimplemento da dívida principal relativa à qual o bem objeto da garantia. A aquisição do direito real de hipoteca se dá através do registro do respectivo instrumento perante o Cartório de Registro de Imóveis, junto à matrícula do bem, observando-se, pois, o princípio da publicidade, que norteia o direito registral brasileiro.

A hipoteca regularmente constituída e, pois, revestida da devida publicidade, é oponível *erga omnes*, ou seja, tem eficácia e produz plenamente seus efeitos perante todo e qualquer terceiro. Como consequência da oponibilidade *erga omnes*, surge também o direito de seqüela sobre o bem, o qual confere ao credor hipotecário o direito de perseguir a coisa e a reivindicar de quem quer que injustamente a detenha. Por fim, note-se ainda que o credor hipotecário possui o direito de preferência na excussão judicial da hipoteca, a teor do art. 1.422, do Código Civil brasileiro, também devidamente abordado neste trabalho.

Em linhas gerais, essas são as características que estruturam o instituto da hipoteca no direito brasileiro. Todavia, na hipótese objeto desse estudo, o Superior Tribunal de

Justiça enfrentou a necessidade de confrontar os interesses antagônicos em disputa, o que resultou na edição da respectiva Súmula nº 308, a qual colocou uma pá de cal sobre a discussão acerca da possibilidade de terceiros adquirentes de boa-fé terem seus bens atingidos pela hipoteca dada em garantia do financiamento de empreendimento imobiliário erigido sob o regime de incorporação imobiliária.

Referida hipótese ocorre no âmbito da incorporação imobiliária, instituto jurídico previsto na Lei nº 4.591/64, a qual normatiza o desenvolvimento de empreendimentos imobiliários e, pois, viabiliza a alienação de unidades habitacionais ainda em fase de construção.

O negócio jurídico firmado entre incorporador e compromissários compradores faz incidir as normas do Código de Defesa do Consumidor, em razão da evidente relação de consumo que é estabelecida entre as partes. Dentre os diversos mecanismos de defesa do consumidor, sobressaem, *in casu*, o reconhecimento da sua vulnerabilidade e a nulidade de cláusulas abusivas.

Com efeito, se, por um lado, a instituição de gravame hipotecário objeto do presente estudo consiste em direito real de garantia em favor de uma instituição financeira que efetiva o empréstimo de dinheiro para a consecução do empreendimento, por outro, os terceiros adquirentes são protegidos por princípios constitucionais que norteiam as relações contratuais brasileiras, assim como o próprio direito de propriedade.

Consoante ampla orientação doutrinária abordada neste trabalho, a nova ordem contratual brasileira, positivada na Constituição Federal de 1.988 e no Código Civil brasileiro de 2.002, além do próprio Código de Defesa do Consumidor, resultou na mitigação de princípios até então dominantes no direito brasileiro, como, por exemplo, o princípio do *pacta sunt servanda*.

Destarte, as relações contratuais passaram a ser orientadas pelo princípio da boa-fé contratual, que, em apertada síntese, impõe que a conduta das partes contratantes seja pautada no esforço mútuo para que o negócio seja concretizado, assim como para que todas as partes envolvidas atinjam o seu objeto com a contratação. Abriu-se espaço também para outros preceitos igualmente relevantes, a exemplo dos princípios do equilíbrio contratual e da função social do contrato, além da função social da propriedade.

É bem verdade que, com a edição da Súmula nº 308, o Superior Tribunal de Justiça restringiu amplamente a eficácia da hipoteca no âmbito da incorporação imobiliária, que passou a valer tão somente em relação às futuras unidades autônomas ainda não alienadas a terceiros. Todavia, conforme visto neste trabalho, a aludida hipoteca, por si só analisada, não apresenta qualquer vício que pudesse levar à declaração de sua ineficácia. Assim, ao decidir pela ineficácia da hipoteca perante os adquirentes de unidades, o Superior Tribunal de Justiça fundamentou a decisão em elementos extrínsecos a ela.

Realmente, ao baterem às portas do Judiciário, os adquirentes das unidades fizeram com que o Superior Tribunal de Justiça confrontasse os direitos legítimos, porém antagônicos, em disputa: o direito real de hipoteca do agente financiador com o direito dos adquirentes amplamente assegurados pela nova ordem contratual. Decidiu-se, pois, que a excussão de hipoteca pelo agente financeiro caracteriza verdadeiro de abuso de direito.

Por tais motivos, a conclusão deste trabalho é no sentido de que, embora a hipoteca constituída no âmbito da incorporação imobiliária seja regularmente constituída e apta a produzir efeitos *erga omnes*, a declaração de sua ineficácia perante os adquirentes das unidades está ampla e devidamente amparada em elementos extrínsecos à hipoteca, razão pela qual a Súmula nº 308, do Superior Tribunal de Justiça, não viola preceitos e princípios do direito real de hipoteca.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 308. Publicação em: 25 abr. 2005. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=sumula+308&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 16 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 329.968/DF. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em: 09out. 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=34343&num_registro=200100773930&data=20020204&formato=PDF>. Acesso em: 16 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 187.940/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em: 18 fev. 1989. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800662022&dt_pu>

blicacao=25-10-1999&cod_tipo_documento=&formato=undefined >. Acesso em: 16 fev. 2017.

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

AZEVEDO, Fabio de Oliveira. *Incorporação Imobiliária*. In: AZEVEDO, Fabio de Oliveira; MELO, Marco A. Bezerra (Coords.). *Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 451.

BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: Doutrina, Prática, Jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 16ª. Edição, 2012.

FIGUEIREDO, Ivanildo. *Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

FREITAS, Marcelo Toledo. Monografia apresentada à FGV – Fundação Getúlio Vargas, para obtenção do título de Especialista em Direito Empresarial: “*A responsabilidade civil dos incorporadores na hipótese de atraso na entrega de empreendimentos imobiliários*”. Brasília: 2015.

LIMA, Frederico Henrique Viegas. *Direito Imobiliário Registral na Perspectiva Civil-Constitucional*. Porto Alegre: IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2004.

MATTIETO, Leonardo. Os Contratos na Complexidade Contemporânea e os Novos Princípios: Boa-fé objetiva, Função Social e Equilíbrio Contratual. In: AZEVEDO, Fabio de Oliveira; MELO, Marco A. Bezerra (Coords.). *Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil, Volume III, Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2014.

SANTOS, Francisco José Rezende. A Publicidade dos Atos e a Ética do Registrador de Imóveis. In: TUTIKIAN, Claudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Orgs). *Novo Direito Imobiliário e Registral*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil: 2010. CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária Função Social e Outros Aspectos*. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. *Registro de Imóveis II Atos Ordinários*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

TUTIKIAN, Claudia Fonseca. *Da Incorporação Imobiliária: Implementação do Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO: ESTUDO COMPARADO DO IMPACTO JURÍDICO DA TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO ENTRE A LEGISLAÇÃO PENAL PIONEIRA DA COSTA RICA E BRASIL

VIOLENCIA DE GÉNERO: ESTUDIO COMPARADO DEL IMPACTO JURIDICO DE LA TIPIFICACIÓN DEL FEMINICIDIO ENTRE LA LEGISLACIÓN PENAL PIONERA DE COSTA RICA Y BRASIL

Naara Ferreira Morato

RESUMO

A violência de gênero que resulta na morte da vítima por menosprezo à sua condição de mulher é conceituada como feminicídio e vem recebendo tratamento mais severo na lei. O crescente número de países introduzindo a modalidade no seu ordenamento é uma reação penal pela erradicação do fenômeno da violência contra a mulher. A Costa Rica foi a pioneira em tipificar o feminicídio através da lei 8.589 de 2007. No Brasil a mudança legal ocorreu em 2015 pela lei 13.104. O estudo pretende observar se ambas as leis são executadas por procedimentos similares no âmbito judiciário ou se alguma diferença significativa é revelada durante a persecução. O lapso temporal entre promulgação das duas leis remete ao raciocínio de que há evolução no processo da Costa Rica em favor do seu pioneirismo na América Latina. Por esse viés pressupõe-se que na Costa Rica a extensão dos efeitos da lei de feminicídio seja proporcionalmente maior que no Brasil, não a cargo do caráter punitivo, mas pelo maior tempo de atuação da lei no ordenamento jurídico e aprimoramento das políticas públicas de conscientização. A tese visa explorar os alcances da lei, inclusive dispondo de dados estatísticos, e tendo a Costa Rica como referência, concluir se diante a demanda o sistema penal brasileiro é qualificado na aplicação do tratamento jurídico adequado aos casos de feminicídio. **PALAVRAS-CHAVE:** Feminicídio; Violência contra a mulher; Violência de gênero; Lei 13.104/2015; Lei 8.589/2007.

RESUMEN

La violencia de género que resulta en la muerte de la víctima por menosprecio a su condición de mujer es conceptuada como feminicidio y ha recibido tratamiento más severo en la ley. El creciente número de países introduciendo la modalidad en su ordenamiento es una reacción penal por la erradicación del fenómeno de la violencia contra la mujer. Costa Rica fue el primero país en tipificar el feminicidio a través de la ley n. 8.589 de 2007. En Brasil, la mudanza legal se produjo en 2015 por la ley n. 13.104. El estudio pretendió observar si ambas leyes son ejecutadas por procedimientos similares en el ámbito judicial o si alguna diferencia significativa es revelada durante la persecución. El lapso de tiempo entre promulgación de las dos leyes remete al razonamiento de que hay evolución en el proceso en Costa Rica por su pioneirismo en América Latina. Neste punto se presupone que en Costa Rica la extensión de los efectos de la ley de feminicidio sea proporcionalmente mayor que en Brasil, no debido al carácter punitivo sino por más tiempo de actuación de la ley en el ordenamiento jurídico y mejoras en las políticas públicas de concienciación. La tesis buscó explorar los alcances de la ley, incluso tomando en consideración datos estadísticos y teniendo como referencia la Costa Rica, para concluir si ante la demanda existente el sistema penal brasileño es calificado en la aplicación del tratamiento jurídico adecuado en los casos de feminicidio.

PALABRAS-CLAVE: Feminicídio; Violencia contra la mujer; Violencia de género; Ley 13.104/2015; Ley 8.589/2007.

INTRODUÇÃO

A estrutura patriarcal da sociedade sustenta relações de poder e dominação dos homens em prejuízo das mulheres, reprimindo-as em relações de subjugação. A visão cultural do patriarcado cerceia o gozo da liberdade, desencadeando em violência que por vezes atinge o extremo da violência de gênero: o óbito, por mero menosprezo e discriminação à condição de mulher. A configuração desse tipo de morte, pelo repúdio ao feminino recebe nome específico: feminicídio³⁷².

O feminicídio é o resultado fatal de múltiplas causas de violência contínua, como abusos, ameaças, perseguições, torturas, agressões físicas e psicológicas dentre outras modalidades criminosas. De acordo com o artigo 7 da Lei Maria da Penha (11.340/2006), são formas de violência contra a mulher:

- **Violência física**, considerada como a agressão que ofenda a saúde corporal da vítima;
- **Violência psicológica** trata de comportamento que cause sofrimento psíquico, através de ameaças, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, intimidação, insultos, chantagem, privação da liberdade, perseguição, ou qualquer outra conduta que afete sua autoestima e autodeterminação;
- **Violência sexual** se configura ao submeter a mulher a praticar, presenciar, manter ou participar de ato sexual contra a sua vontade. A violência sexual envolve o estupro (inclusive dentro da relação conjugal) assédio sexual, comercialização da sexualidade, impedimento de utilizar métodos contraceptivos, mediante coação, chantagem, ameaças ou uso da força. É a violência entendida como qualquer conduta que viole o gozo dos direitos sexuais e reprodutivos.
- **Violência patrimonial** é entendida como a conduta que causa danos ou retém pertences da mulher, sejam eles bens pessoais, valores, direitos ou recursos econômicos destinados a satisfazer suas necessidades.

¹ A pesquisadora mexicana Marcela Lagarde (2008, p. 216) considera que a categoria de feminicídio se difere do femicídio, sendo este um termo homólogo ao homicídio. A autora cunhou o conceito de feminicídio para referir-se ao assassinato de mulheres em razão de seu sexo, portanto agrega um significado de visibilidade política. O femicídio por sua vez, remete ao homicídio contra uma mulher fora do contexto da violência de gênero. Ou seja, para ser considerado como feminicídio não basta a vítima ser mulher, no seu elemento típico deve constar a caracterização do menosprezo e desvalorização da dignidade da mulher.

- **Violência moral** é o tipo que engloba as condutas de crime contra a honra. A vítima sofre calúnia, difamação ou injúria.

Os tratamentos violentos dispensados as mulheres não são exaustivos e o fenômeno se manifesta através de facetas: estupro, assédio e violência sexual, tráfico de mulheres, mutilação genital, escravidão e exploração sexual, criminalização do aborto, privação de métodos contraceptivos, violência obstétrica, submissão a meio cruel ou degradante, e tantos outros, desde que a conduta provoque o homicídio por motivo de gênero.

A ONU, mediante o Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (OACNUDH, 2014, p.18), definiu o feminicídio como a morte violenta de mulheres por razões de gênero que ocorra no ambiente doméstico dentro de relações familiares, ou na comunidade infligida em razão de qualquer outra relação interpessoal, perpetrada ou tolerada pelo Estado e seus agentes, por ação ou omissão.

No mesmo protocolo a ONU Mulheres faz um apelo por leis mais rigorosas para lidar com o genocídio de mulheres na América Latina, e recomenda a inclusão legislativa da tipificação do homicídio por motivo de gênero. Segundo Nadine Gasman (ONU MULHERES, 2015), representante da ONU Mulheres Brasil e uma das autoras do Protocolo, o Brasil responde por 40% dos feminicídios de toda a América Latina. Na Guatemala, por exemplo, a impunidade para esse tipo de crime chega a 98%. Para Gasman, o Protocolo compromete-se a punir rigorosamente os agressores, ressarcir as vítimas e prevenir a violência, para demonstrar que a morte de mulheres não será tolerada na sociedade.

A Costa Rica foi o primeiro país da América Latina a legislar sobre o tipo penal de feminicídio através da ***Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres de 2007 (Lei 8.589/2007)***, e aos poucos, porém com certa lentidão diante a gravidade e urgência do problema, mais países estão reformando seus Códigos Penais ou promulgando leis específicas para atribuir punição mais rigorosa para o homicídio de gênero.

No Brasil a tipificação do feminicídio ocorreu mais tarde através de qualificadora do crime de homicídio por razão de gênero introduzida pela Lei 13.104 de 09 de março de 2015, além de também reformar a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1190) para constar o a figura jurídica no rol dos crimes que merecem reprovação mais rigorosa.

No lapso temporal entre a inclusão na legislação costa-riquenha em 2007 do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, tornando o país pioneiro da América Latina no enfrentamento do assunto a nível legal, e a inclusão na legislação brasileira ocorrida em 2015,

é que se edifica o estudo comparado entre o processamento da resposta judiciária frente à extrema violência contra a mulher.

O presente estudo tem como objeto estabelecer um paralelo entre as mudanças jurídico-sociais surtidas no Brasil e na Costa Rica após a implementação do feminicídio em suas leis penais. As legislações de feminicídio do Brasil e Costa foram promulgadas em um intervalo de tempo considerável (2015 e 2007 respectivamente), o que possibilita visualizar paralelos entre a forma de investigação desse crime na perspectiva de gênero em ambos os países.

Em vista desses marcos é possível analisar o reflexo das legislações vigentes (inclusive observando possíveis projetos em curso destinados a coibir a violência contra mulheres) e verificar se o trabalho investigativo do Brasil projeta-se para o mesmo patamar de conscientização, apuração e divulgação partindo da experiência da Costa Rica.

Pretende-se investigar se ambas as leis são executadas em procedimentos similares ou se alguma diferença significativa é revelada na persecução em âmbito judiciário devido ao lapso temporal entre promulgação das duas leis, sugerindo a existência de uma evolução no processo da Costa devido ao pioneirismo na tipificação do feminicídio na América Latina.

É presumível que a redução de casos de feminicídio na Costa Rica seja proporcionalmente maior em relação ao Brasil, não em face do caráter punitivo, e sim pelo maior tempo de absorção da lei no ordenamento jurídico e compreensão da sua eficácia no meio social fortalecida por políticas públicas.

A premissa em tese viabiliza observar o alcance da lei, e por fim concluir se diante o problema há um sistema penal qualificado que execute devidamente as práticas investigativas na demanda de feminicídios no Brasil. Com base nessa análise é passível o posicionamento quanto à influência e aos efeitos da lei de feminicídio ao longo da sua vigência no Estado que a adota.

Cabe à presente investigação acadêmica concluir criticamente se ambos modelos não estão enraizados na desqualificação da vítima - problema recorrente em leis de proteção aos direitos das mulheres - no momento da classificação e assim, devidamente isentos de julgamentos insidiosos que questionam o polo da mulher nos casos de feminicídio. Para tanto, outro ponto adotado para verificação são as estatísticas produzidas a partir das autoridades jurídicas e os números apresentados pelas pesquisas científicas.

As hipóteses apontadas como falhas e acertos nos programas contra o feminicídio no Brasil e na Costa vão além do escopo jurídico, recaindo no campo sociocultural em consequência das campanhas de conscientização atreladas à promulgação de lei dedicada a uma minoria.

1 DIREITOS HUMANOS E VULNERABILIDADE DE GÊNERO

Os direitos humanos estão em constante transformação para assegurar direitos e garantias das demandas sociais. Ao considerar as peculiaridades na aplicação do direito humanitário, a comparação legislativa entre Brasil e Costa Rica possibilita notar as diferenças na interpretação das mesmas premissas dos direitos humanos em sociedades diversas, ainda que sejam países que apresentam considerável similaridade sociocultural.

Os direitos fundamentais são a positivação constitucional dos direitos humanos, os quais podem ser entendidos como valores atribuídos à dignidade e à liberdade da vida humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos assim os define como “direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição”. (ONU, 1948)

O Estado que se firma sob a égide dos direitos humanos assume compromisso com os princípios basilares da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A carta da ONU de 1945, em seu artigo 55, preceitua que os Estados-Partes devem promover a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais (PIOVESAN, 2011, p. 215). O dispositivo “c” do artigo anteriormente citado, ressalta que as Nações Unidas favorecerão: “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

O direito à igualdade visa assegurar o bem-estar de todos independente de raça, sexo, cor, idade, religião ou qualquer outro tipo de discriminação. Contudo, a igualdade para atingir o pressuposto de justiça se materializa na lição de Nery Junior na qual “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JUNIOR, 2000, p. 43). Do mesmo modo, Norberto Bobbio afirma “na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais, e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais, os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente” (BOBBIO, 1992, p. 65).

Assim, é possível afirmar que o direito à igualdade confere proteção para grupos de pessoas mais vulneráveis que necessitam de aparato normativo especial. A normatização do direito à igualdade ensejou a elaboração de relevantes instrumentos internacionais que envolvem o combate a todo e qualquer tipo de repressão preconceituosa, tais como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979).

A eficácia desse princípio depende de uma estratégia de erradicação de todas as formas de discriminação e concomitante a esta, outra de promoção da igualdade, observado no pensamento de Flávia Piovesan:

Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica na violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um persistente padrão de violência e discriminação. (2011, p.193-199)

A mulher é considerada minoria na sociedade, e por minoria não se deve interpretar como aspecto quantitativo, mas sim como um conceito de vulnerabilidade, diante da opressão e discriminação sofrida por determinados grupos sociais ao longo da história. De acordo com essa perspectiva, o gênero feminino é considerado um grupo social vulnerável devido à violência doméstica, sexual e familiar, que mesmo na sociedade contemporânea ainda acomete as mulheres, inviabilizando o pleno exercício da cidadania e da igualdade. Sobre esse conceito esclarece Pedro Gonzaga Alves:

Em razão da histórica discriminação sofrida, a mulher pode ser considerada como grupo minoritário, pois esteve suscetível à influência do poder patriarcal dominante, de modo que necessita de ações afirmativas para que a igualdade material seja, concretamente assegurada. (2011, p. 265)

As convenções e declarações de direitos humanos vinculam os Estados a tomarem medidas para prevenir, investigar, coibir e reparar violações praticadas contra as minorias e como exposto, a mulher se insere no conteúdo significativo de minoria, prioritariamente em razão das violências sofridas durante seu percurso na sociedade.

A Convenção de Belém do Pará (1994) adotada pela OEA (Organização dos Estados Americanos) foi um importante instrumento internacional vinculante entre Estados e compromisso no combate a violência contra a mulher. O seu conteúdo considera a violência contra a mulher violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, além de reconhecer a questão da desigualdade de gênero como causa da violência. No âmbito latino-americano consagrou-se como um texto propulsor no acesso às instâncias de justiça e devida reparação dos danos sofridos por mulheres vítimas de violência.

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA AMÉRICA LATINA

O panorama dos países da América Latina denuncia números elevados de mortalidade de mulheres por razões de gênero, ainda que existam dificuldades no registro de um feminicídio.

Representantes de países da América Latina e Caribe reuniram-se em Montevideu, Uruguai, em agosto de 2013 para a Primeira Reunião da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe³⁷³ com a finalidade de discutir e examinar o quanto suas legislações internas acolhem o documento consolidado na Conferência do Cairo de 1994, e adotar medidas que reforcem o acordado.

O documento resultante da reunião, o “Consenso de Montevideu sobre População e Desenvolvimento” (2013), conclui que o compromisso para o enfrentamento da violência contra a mulher e feminicídio nesses países devem ser reafirmados e sensibilizados pela perspectiva de gênero entre os aplicadores de justiça, em atenção ao alto índice de mortalidade e morbidade observadas nas estatísticas.

Izabel Solyszko Gomes em consideração ao acesso desigual aos recursos de promoção dos direitos humanos das mulheres na América Latina analisa:

Na América Latina, os países são mais empobrecidos, completamente saqueados, são países que sofrem políticas de exploração por outros países. E são marcados por uma desigualdade de gênero muito forte. Não dá para desvincular o feminicídio do contexto latino-americano de sofrimento, de empobrecimento, de desigualdade e de lacuna de políticas públicas. A região convive com dados muito altos de homicídios de mulheres – e que podem representar só uma parte do problema, porque não agregam as mulheres desaparecidas e as mulheres cujo homicídio foi documentado como lesão corporal seguida de morte. (FLACSO BRASIL, 2016)

As organizações feministas assumiram estratégias em face da violência contra a mulher como alega o transcrito de Giulia Tamayo Leon:

O conceito da violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos foi um tema mais afim às organizações de mulheres de inspiração feminista. Por isso, suas estratégias envolveram serviços às pessoas afetadas, ações para desenvolver proteção jurídica e institucional, capacitação de agentes estratégicos e educação pública. Sobre as organizações não governamentais de mulheres recaiu o peso principal em matéria de respostas sociais à violência contra as mulheres. Algumas dessas organizações assumiram a problemática em suas múltiplas manifestações e contextos: a violência nas relações familiares, nos espaços comunitários, de trabalho, educativo, nos serviços de saúde, nos meios de comunicação, contra mulheres detidas, isto é, em uma ampla gama de padrões de violência sentidos pelas mulheres pelo fato de serem tais, tanto em tempos de paz como em contextos de repressão política e conflito armado (2000, p. 65-66).

Em 1975, no México, foi realizada a 1ª Conferência Mundial sobre a Mulher, datada propositalmente para coincidir com o Ano Internacional da Mulher, oportunidade na qual solicitou à ONU elaboração de um tratado internacional com intuito de assegurar a extinção da

³⁷³ A reunião foi organizada pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal) com apoio do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA).

discriminação contra a mulher. A II Conferência Mundial sobre as Mulheres ocorreu em Copenhague (Dinamarca), em 1980, enquanto a III Conferência foi celebrada em Nairóbi (Quênia) no ano de 1985.

Com efeito, da Conferência realizada no México, em 1979 as Nações Unidas aprovam a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women – CEDAW*), ou “Lei Internacional dos Direitos da Mulher”, considerada o marco inicial no que tange a proteção dos direitos humanos da mulher. O artigo 1º da Convenção traz o conceito de discriminação contra a mulher:

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Consequente a esta Declaração, em junho de 1994 foi realizada a Convenção de Belém do Pará, ou Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Ao ratificar a Convenção, os governos se comprometem a adotar uma série de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em vista da adesão desses acordos, a política criminal dos países da América Latina aprovaram significativas mudanças legislativas visando combater os altos índices de violência contra a mulher na região (ACNUDH, 2016, p.23):

Em cumprimento a esses acordos, a partir dos anos 1990, em diversos países da América Latina e Caribe, teve início um processo de mudança legislativa fortemente impulsionado por movimentos de mulheres e feministas com atuação local, regional e global. Vélchez (2012) classifica este processo em duas fases: a primeira, entre 1994 e 2002, ocorreu quando foram aprovadas as primeiras leis de violência doméstica e familiar, “não penais, mas coercitivas”, classificadas como “leis de primeira geração”; e a segunda fase, iniciada a partir de 2005, com as “leis de segunda geração”, que incluem as violências praticadas nos âmbitos público e privado, ampliando as modalidades de violência e incorporando as medidas de caráter penal.

A violência contra a mulher é costumeiramente retratada em leis específicas. O *Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)*, rede feminista que atua internacionalmente em defesa dos direitos da mulher no âmbito jurídico e social nos países dessa região, formulou excepcional estudo no período de 1995 a 2000, que culminou em um balanço das legislações em defesa das mulheres dos países da América Latina e Caribe.

No Brasil, a história da cearense Maria da Penha Maia Fernandes então casada com o professor universitário Marco Antonio Heredia Viveros, tornou-se um marco legislativo e

judiciário no país e culminou na formulação da lei nº 11.340, sancionada em 07 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”.

A lei Maria da Penha foi o primeiro passo na legislação nacional voltada a atender as recomendações internacionais de proteção às mulheres. Além do caráter punitivo, também goza de caráter educativo, com políticas afirmativas. Por conta dessas características, a Lei nº 11.340/2006 foi classificada pela ONU como uma das três legislações mais avançadas do mundo no combate da violência contra as mulheres, compartilhando o pódio com a legislação da Espanha (*Ley Orgánica 1/2004*, de 28 de dezembro, “*Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”) e do Chile (Lei n. 20.066, de 22 de setembro de 2005, “*Violencia Intrafamiliar*”).

Os aspectos relevantes da lei Maria da Penha incluem: ações de prevenção; proteção e assistência às mulheres em situações de violência; atendimento multidisciplinar com articulação das áreas de saúde, psicossocial e jurídica; medidas protetivas de urgência; criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; previsão de afastamento do agressor do lar e sua punição. A lei Maria da Penha se diferencia por ser a única legislação que prevê medidas na esfera penal e cível.

A Costa Rica dispõe da Lei 8.589 promulgada em 2007, intitulada de *Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres*, que além de punir a violência física, psicológica, sexual e patrimonial, inclui pioneiramente no mundo, a penalização do feminicídio.

Apesar dos reflexos nocivos do machismo no país, a Costa Rica conta com uma rede de associações feministas bem estruturadas, fator fundamental na consolidação de diversas iniciativas em defesa e promoção dos direitos das mulheres. Uma influente organização costarriquenha, o Centro Feminista de Información Acción (CEFEMINA) originado em 1975 como Movimiento de Liberación de la Mujer (MLM), inscrito como CEFEMINA desde 1981, foi primordial no pioneirismo da lei de feminicídio na Costa Rica. De acordo com a organização, entre suas realizações constam:

- *Es pionera en Centroamérica en desarrollar un programa de atención a mujeres maltratadas. En este campo elaboró y sistematizó la metodología de Grupos de Autoayuda, reconocida internacionalmente como la más exitosa de las hasta ahora conocidas.*
- *Ha participado en la elaboración y defensa de leyes como la Ley de Promoción Social de la Mujer aprobada en 1990; la Ley de Fomento de la Lactancia Materna aprobada en 1994; la Ley Contra la Violencia Doméstica, aprobada en 1996; y la Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres, aprobada en el 2007. (CEFEMINA, 2017)*

A tipificação do crime de feminicídio foi paulatinamente aderida nos países da América Latina por pressão dos movimentos feministas e autoridades empenhadas na erradicação da violência contra a mulher. O crescente número de mulheres assassinadas na região exigia importantes medidas preventivas e sancionatórias específicas para dar visibilidade pública a essas ocorrências. O flagelo deixado pela intolerância de gênero clama por esforços que garantam o bem estar da mulher.

3 FEMINICÍDIO: O EXTREMO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A regulação do delito de feminicídio constitui um significativo passo rumo à igualdade de gênero nos países que incorporam esse delito no seu ordenamento jurídico³⁷⁴. Para a antropóloga Rita Segato, a inscrição do crime feminicídio nas leis nacionais devem observar dois requisitos, o primeiro relativo à forma genérica, atendendo às exigências do Direito Penal Internacional, e no segundo atender a termos mais específicos como um crime de extermínio de mulheres, equivalente a um “genocídio”:

*La **primera dimensión** responde al imperativo de sistematicidad y carácter genérico, que la tipificación de crímenes en el Derecho Penal Internacional exige, para poder acoger el concepto de “feminicidio” como “conjunto de violencias dirigidas específicamente a la eliminación de las mujeres por su condición de mujeres”. (...) El **segundo elemento** a ser tomado en cuenta son las transformaciones de los escenarios bélicos en el mundo actual. Una discriminación más precisa de la categoría “feminicidio”, como un tipo específico de crimen de exterminio contra las mujeres, torna evidentes los cambios en las prácticas bélicas al enunciar sus consecuencias para los cuerpos de las mujeres (SEGATO, 2010,p.5).*

Quanto ao uso dos termos “feminicídio” e “femicídio”, cumpre salientar que trata-se de uma distinção acadêmica. Segue melhor explanação nas palavras de Ana Isabel Garita:

Na América Latina, as primeiras teóricas falavam de femicídio, o assassinato por motivação de ódio pelo fato de a vítima ser mulher. Posteriormente, a antropóloga e feminista Marcela Lagarde³⁷⁵ retomou o termo como feminicídio, incorporando a responsabilidade do Estado ao conceito de assassinato de mulheres por razões de gênero. Isso é muito importante, pois os agentes do Estado geram impunidade frente a esse delito quando não realizam a investigação de forma oportuna, ágil e certa. (ONU MULHERES, 2013)

375 María Marcela Lagarde y de los Ríos, antropóloga mexicana autora do termo “feminicídio”. Para efeitos da mudança legislativa, a diferença conceitual entre as duas expressões não é relevante, pois ambas tratam do mesmo fenômeno criminal.

As condições qualificadoras do feminicídio se referem à morte em razão de menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Nessas espécies o agente pratica o crime em face da desvalorização da mulher, depreciando a identidade da vítima. Dessa forma, o que classifica o homicídio de uma mulher como feminicídio, é justamente a motivação do delito.

Ao tipificar o feminicídio, o Estado e suas autoridades demonstram que não são coniventes com o assassinato de mulheres por razões de gênero, e afastam a natureza conservadora do “crime passional” para atenuar o comportamento violento do agressor perante a vítima.

O crime passional pode ser compreendido como a legitimação da violência contra a mulher em prol da honra masculina. As razões de gênero que distinguem o feminicídio do homicídio de uma mulher são motivações que devem ser observadas no momento de tipificação da conduta criminosa.

O Protocolo Latino-Americano (2014, p.39) estruturou referências para identificar quando a morte violenta da mulher está veiculada à sua condição de gênero:

Os fatores que diferenciam o crime de femicídio do homicídio de um homem – e, inclusive do homicídio comum de uma mulher – salientam que, pela morte violenta, pretende-se refundar e perpetuar os padrões que, culturalmente, foram atribuídos ao significado de ser mulher: subordinação, fragilidade, sentimentos, delicadeza, feminilidade, etc. Isto significa que o agente feticida, ou seus atos, reúnem um ou vários padrões culturais arraigados em ideias misóginas de superioridade masculina, de discriminação contra a mulher e de desprezo a ela ou à sua vida. Tais elementos culturais e seu sistema de crenças o levam a crer que tem suficiente poder para determinar a vida e o corpo das mulheres, para castigá-las ou puni-las, e em última instância, para preservar ordens sociais de inferioridade e opressão. Esses mesmos elementos culturais permitem que o agressor se veja fortalecido como homem, através da conduta realizada.

Diante a caracterização dos elementos que constituem o feminicídio, a figura do “crime passional”, não obstante, é inaceitável juntamente com o argumento de “legítima defesa da honra” ao deparar com a morte violenta de mulheres em razão do gênero. No contexto da passionalidade a moral da mulher e do homem é discutida, deturpando a posição de vítima que cabe à mulher, e a de autor da agressão cabida ao homem.

Nesse sentido, Soraia da Rosa Mendes questiona o comportamento da sociedade e do Judiciário ao tomarem a conduta criminosa do homem que agride e mata “sua” mulher como signo de um amor irracional quando de fato esse tipo de violência não é fruto da natureza ou sentimento, mas sim do processo de socialização das pessoas (MENDES, 2016).

Outro ponto importante refere-se aos estudos estatísticos, que com a tipificação contribui para dar mais precisão aos registros de morte de mulheres pelos motivos específicos.

Juridicamente, atende às recomendações dos direitos humanos relacionados à proteção do direito fundamental da vida da mulher. Por fim, Garita (ONU MULHERES, 2013) acrescenta: “Com a tipificação, também é possível visualizar o comportamento dos operadores de justiça e saber em que medida eles são negligentes, favorecem a impunidade e criam obstáculos ou impedem o acesso das mulheres à justiça.”.

4 LEI DE FEMINICÍDIO: BRASIL E COSTA RICA

O Brasil incorporou a qualificadora para homicídio por razões de gênero no Código Penal através de lei de reforma, sendo o 16º país da América Latina a prever o feminicídio. A Lei 13.104 foi promulgada em 09 de março de 2015 para figurar o feminicídio como condição qualificadora do crime de homicídio previsto no art. 121 do Código Penal.

Além de alterar o Código Penal, a lei também reforma o art. 1º da Lei 8.072/1990, ou Lei de Crimes Hediondos, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos, apresentando, portanto, as seguintes consequências: não admite graça e indulto; é inafiançável; prisão temporária com prazo de 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade; progressão de regime, após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Ademais, tratando-se de crime doloso contra vida, a competência é do Tribunal do Júri (art. 5º inciso XXXVIII, alínea “d” da Constituição Federal), regra que se aplica ao julgamento. A redação do art. 121 do Código Penal brasileiro, assim se firmou:

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher

O critério “por razões de condição de sexo feminino”³⁷⁶ presente no artigo se comunica com o disposto no art.5º da Lei Maria da Penha (11.340/2006), demonstrando que a lei de

³⁷⁶ Dentre as controvérsias suscitadas em virtude da tipificação do feminicídio, o termo ‘sexo’ recebeu críticas por parte dos movimentos homófilos, uma vez que esse arranjo não contemplaria grupos de travestilidade e transexualidade. A mudança da matéria no Brasil ocorreu por relutância das frentes conservadoras em aprovar a qualificadora com o termo gênero, que tornaria a lei mais abrangente. A princípio deve-se diferenciar gênero de sexo. Na conceituação de Sofia Vilela de Moraes e Silva, o sexo se refere ao aspecto biológico, à clássica divisão entre macho e fêmea, conforme a anatomia e a fisiologia humana. O gênero se formula na área cultural, sendo, portanto, uma construção social (SILVA, 2012). O transexual, transgênero ou a travesti são indivíduos que possuem identidade de gênero diversa do sexo biológico. A partir da alteração do registro civil para indivíduo do sexo feminino (através da mudança irreversível de sexo) a interpretação da lei permite que o transexual figure como sujeito passivo na incidência do feminicídio.

feminicídio foi sancionada para dar continuidade à condenação da violência contra a mulher, por expressão protetiva e penalização:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, **configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Nesse caso, a lei brasileira optou por acolher o termo “feminicídio” na configuração do crime. A pena é aumentada de um terço até a metade se o crime for praticado diante algumas situações especiais: durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos ou adulto acima de 60 (sessenta) anos de idade ou com deficiência; na presença de descendente ou ascendente da vítima.

Ou seja, a pena de prisão prevista para homicídio simples varia de 06 a 20 anos, enquanto a pena para feminicídio é agravada de 12 a 30 anos, podendo ainda ter uma proporção acrescida caso cometido em alguma das condições de aumento de pena descritas.

A instituição do feminicídio no ordenamento da Costa Rica foi um marco jurídico na América Latina, resultado do pleito dos movimentos feministas eclodidos nos anos 1990 na região, como descreve as Diretrizes Nacionais da Secretaria de Políticas para Mulheres:

No decorrer dos anos 2000, a região conheceu uma escalada de mortes violentas de mulheres, levando a que em alguns países fossem aprovadas mudanças legislativas para punir e coibir essas mortes. O movimento, que havia se iniciado no final dos anos 1990, teve sua primeira mudança concretizada na Costa Rica, em 2007, com a aprovação de lei que tipifica o femicídio. (ACNUDH, 2014, apud, VÍLCHEZ, 2012; VÁSQUEZ, 2013)

Na América Latina, como já mencionado anteriormente, são observadas gerações de leis que visam proteger a integridade da mulher. Ocorre que a referida lei costa-riquenha abriu precedente por ser uma lei de segunda geração que também atende as expectativas da terceira geração. No panorama de comparação, observe as leis de Brasil e Costa Rica de acordo com as gerações:

Tabela 1: Brasil e Costa Rica em relação as gerações de lei de proteção à mulher.

LEIS DE 1ª GERAÇÃO: Contra a Violência Doméstica ou Intrafamiliar

Brasil	1996	Decreto nº 1.973	Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher
Costa Rica	1996	Lei 7.586	<i>Ley Contra la Violencia Domestica</i>
LEIS DE 2ª GERAÇÃO: Penalização da Violência Contra a Mulher			
Brasil	2006	Lei 11.340	Lei Maria da Penha
Costa Rica	2007	Lei 8.589	<i>Ley de Penalización de Violencia Contra las Mujeres</i>
LEIS DE 3ª GERAÇÃO: Tipificação do Femicídio			
Brasil	2015	Lei 13.104	Lei do Femicídio
Costa Rica	2007	Lei 8.589	<i>Ley de Penalización de Violencia Contra las Mujeres</i>

Fonte: Elaborada pela autora.

O feminicídio na Costa Rica está tipificado na Lei 8.589/2007, situado no Capítulo sobre Violência Física, nos seguintes termos (2007):

ARTÍCULO 21 – Femicidio

Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

Embora vanguardista na tipificação do crime de feminicídio, a aplicação da lei nos casos de violência contra a mulher era muito restrita, aplicada a delitos penais cometidos em relações de matrimônio ou união de fato, e às vítimas maiores de quinze anos e menores de dezoito anos quando não se derivar do exercício de autoridade parental:

ARTÍCULO 2.- Ámbito de aplicación Esta Ley se aplicará cuando las conductas tipificadas en ella como delitos penales se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. Además, se aplicará cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental.

No entanto, a tipificação costa-riquenha evoluiu e passou a considera todas as mortes de mulheres por razões de gênero como feminicídio, sendo esses denominados “feminicídio ampliado”, se referindo ao alcance do art. 21 da LPVcM. O feminicídio ampliado é uma extensão de interpretação do “feminicídio legal” (disposto na redação do art. 21 da LPVcM), que resgata o acordo estipulado nos artigos 1 e 2 da Convenção de Belém do Pará (1994), para incluir e dar visibilidade às vítimas que não estavam em contexto de convivência com o agressor por matrimônio ou união de fato.

No caso costa-riquenho a pena é de 20 a 35 anos de reclusão aos autores de feminicídio que mantenha um matrimônio ou relação afetiva não declarada com a vítima, o que em termos de comparação, estabelece sua pena mínima e máxima maiores que as estipuladas em lei brasileira. Por fim, na Lei 8.589, o autor do feminicídio também está sujeito à pena de inabilitação:

ARTÍCULO 24.- Pena de inhabilitación Al autor de los delitos contemplados en este capítulo se le impondrá, además, la pena de inhabilitación de uno a doce años.

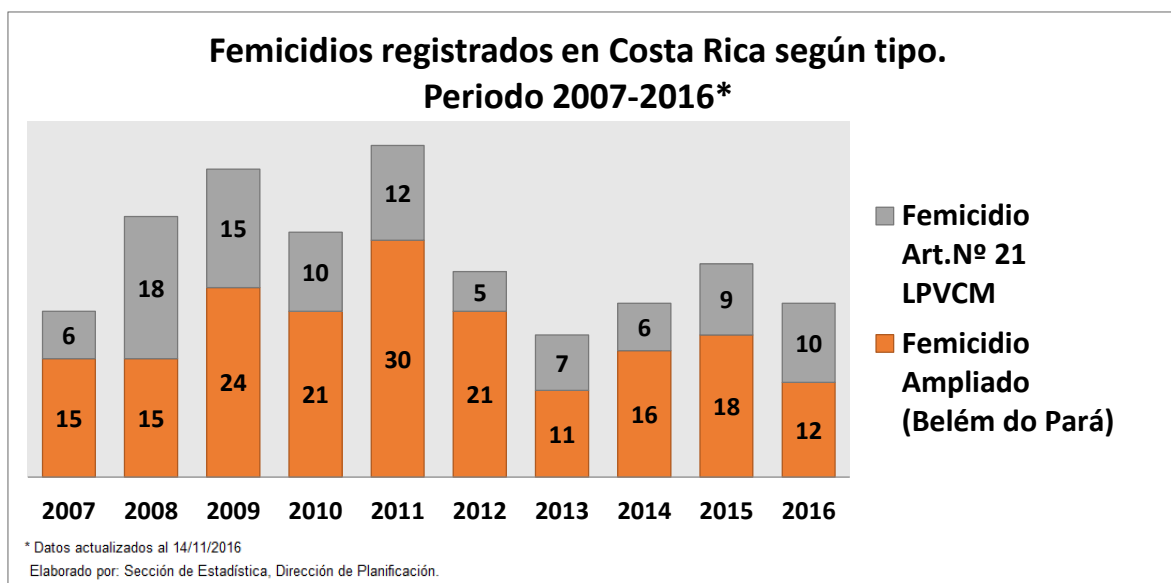
A pena de inabilitação produz suspensão ou restrição de um ou vários direitos, sendo eles o impedimento para exercer cargo público, tutela, curatela ou administração judicial de bens (art.17).

5 PROCESSO INVESTIGATIVO E ESTATÍSTICAS

Segundo dados do Observatório de Violência de Gênero contra as Mulheres e Acesso à Justiça da Costa Rica - unidade técnica criada pelo Poder Judicial - entre o período do ano 2007, ano em que foi promulgada a *Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres*, à 31 de dezembro de 2015, ocorreram 259 feminicídios, o equivalente a 29 casos por ano ou 2 por mês. No último fechamento de 2016 em 11 de novembro, a *Comisión Interinstitucional para el Registro del Femicidio*³⁷⁷ catalogou 18 feminicídios, mantendo a média de pouco mais de 2 casos por mês:

Gráfico 1: Feminicídios registrados na Costa Rica segundo o tipo – Dados de 2016

³⁷⁷ A Comissão Interinstitucional para o Registro de Feminicídio é integrada por representantes da Seção de Estatísticas do Poder Judiciário encarregada pela LPVcM, da Promotoria Adjunta contra a Violência de Gênero, do INAMU, dos Ministérios da Saúde, de Educação e Seguridade Pública, da UNED, da Defensoria dos Habitantes, da ONG CEFEMINA e o Observatório de Violência de Gênero contra as Mulheres e Acesso à Justiça. (COSTA RICA. Observatorio de Violencia de Género Contra Las Mujeres y Acceso A La Justicia. Poder Judicial. **Estadísticas:** Femicidio. 2016. Disponível em: <<https://www.poder-judicial.go.cr/observatoriodegenero/soy-especialista-y-busco/estadisticas/femicidio/>>. Acesso em: 24 out. 2016.)



Fonte: Poder Judicial República da Costa Rica, 2016.

No Brasil, de acordo com o Mapa da Violência contra as Mulheres³⁷⁸ (WASELSELFISZ, 2015) realizado pela Faculdade Latino-Americana de Estudos Sociais (Flacso), entre 2007 e 2013 as taxas de homicídio de mulheres no Brasil cresceram 23%, atingindo a marca de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres em 2013, colocando o Brasil na 5ª posição desse índice composto por 83 países. A Costa Rica ocupa o 22º lugar nesse mesmo ranking, com a taxa de homicídio em 1,8.

Conforme o último balanço, o Brasil não catalogava as mortes decorrentes de feminicídio especificamente, sendo a referência na taxa de morte das mulheres a promulgação da Lei Maria da Penha:

(...)1980/2006 (antes da Lei) e 2006/2013 (com o vigor da Lei). Vemos, nas últimas linhas da tabela³⁷⁹, que no período anterior à Lei o crescimento do número de homicídios de mulheres foi de 7,6% ao ano; quando ponderado segundo a população feminina, o crescimento das taxas no mesmo período foi de 2,5% ao ano. Já no período 2006/2013, com a vigência da Lei, o crescimento do número desses homicídios cai para 2,6% ao ano e o crescimento das taxas cai para 1,7% ao ano. (FLACSO, 2015)

Devido ao caráter recente da lei de feminicídio brasileira, as estatísticas de homicídios contra mulheres ainda está em construção. Anteriormente à promulgação da lei, o gênero das vítimas não tinha relevância legal nas informações dos homicídios, o que impossibilitava um

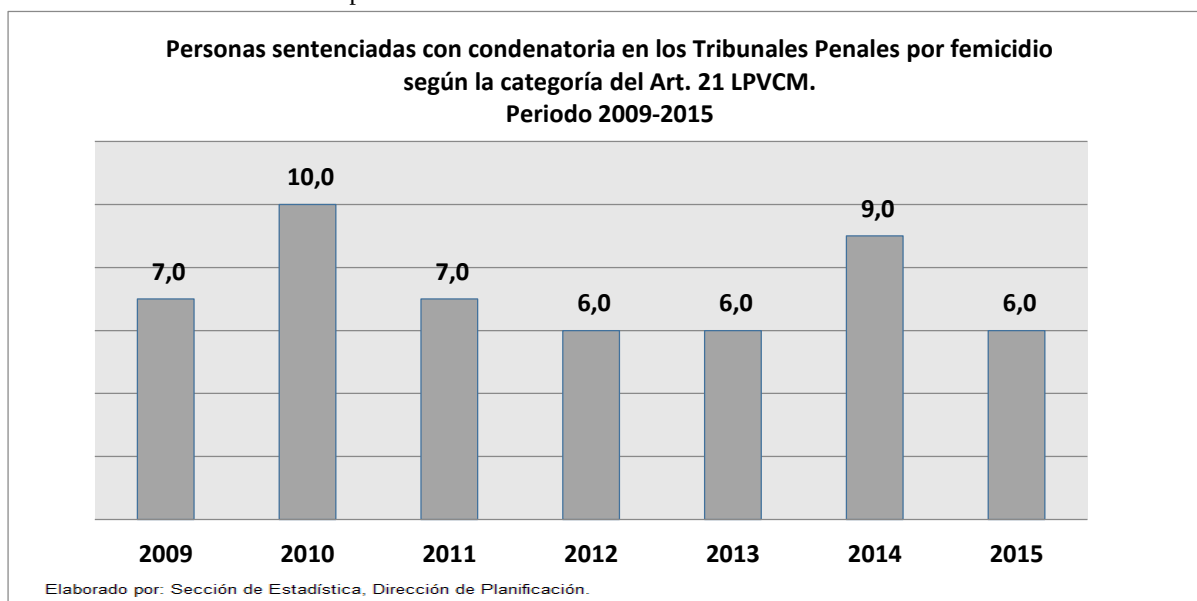
³⁷⁸ O Mapa da Violência 2015 – Homicídio de Mulheres no Brasil foi coordenado pelo professor Julio Jacobo Waiselfisz em parceria com OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde)/OMS, ONU Mulheres, SPM (Secretaria Especial de Política para Mulheres) e Flacso (Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais)

³⁷⁹ Número e taxas (por 100 mil) de homicídio de mulheres. Brasil. 1980/2013

diagnóstico dos casos de crimes de gênero, desde a fase de registro de ocorrência nas delegacias até a sentença do processo.

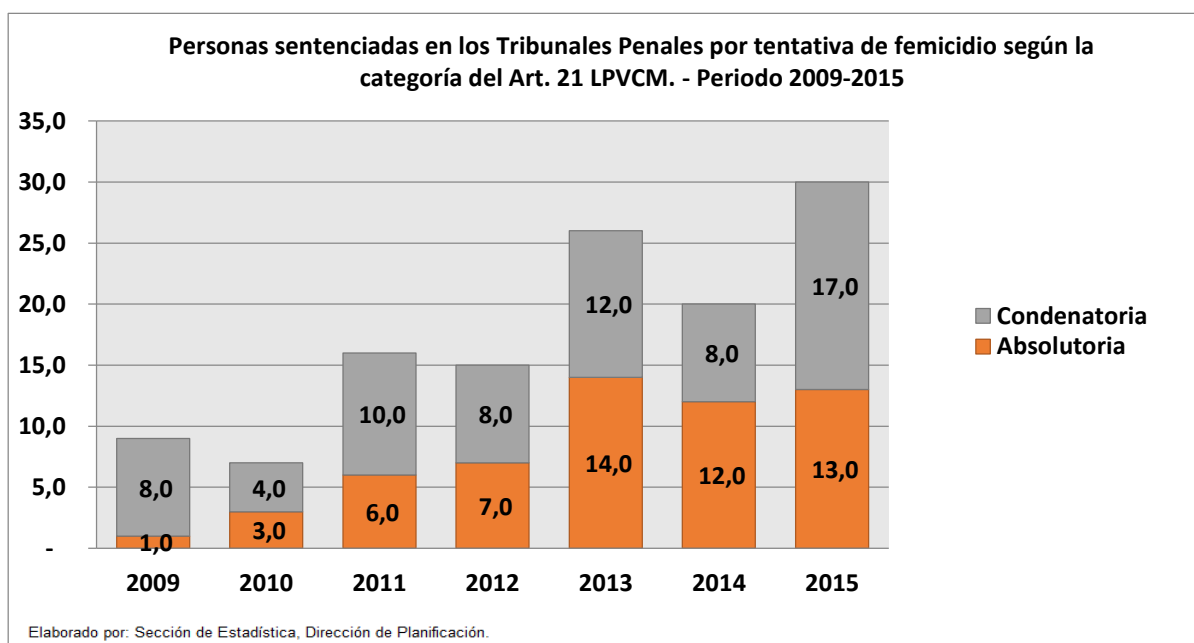
Em contrapartida, a Costa Rica dispõe de vários recursos estatísticos para informar sobre o progresso do país diante a lei de feminicídio. Entre os gráficos exibidos pelo Observatório de Gênero do Poder Judicial, dois interessam para a presente pesquisa: pessoas sentenciadas por feminicídio e tentativa no período de 2009 a 2015.

Gráfico 2: Pessoas sentenciadas por feminicídio na Costa Rica. Art. 21 da LPVcM



Fonte: Poder Judicial República da Costa Rica, 2016.

Gráfico 3: Pessoas sentenciadas por tentativa de feminicídio na Costa Rica. Art. 21 da LPVcM



Fonte: Poder Judicial República da Costa Rica, 2016.

A Costa Rica dispõe de vasto material estatístico referente aos registros de casos de feminicídio, desde a sua classificação no tipo penal até a sentença, absolutória ou condenatória. No Brasil, os últimos dados disponibilizados sobre o assunto, são os apresentados no Mapa da Violência de 2015, estudo referência no estudo de homicídios de mulheres no Brasil, que está na sua primeira edição. Em vista dessa premissa, a espelho da Costa Rica, mesmo com um ano de lei, ainda falta ao Brasil padrão nacional para registros de casos de feminicídio, limitação essa que afeta a análise estatística de alguns países, como aponta Wânia Pasinato:

Um dos maiores desafios para a realização desses relatórios é a falta de informações oficiais sobre essas mortes. As estatísticas da polícia e do Judiciário não trazem, na maior parte das vezes, informações sobre o sexo das vítimas, o que torna difícil isolar as mortes de mulheres no conjunto de homicídios que ocorrem em cada localidade. Além disso, na maior parte dos países não existem sistemas de informações judiciais que permitam conhecer quantos processos judiciais envolvendo crimes contra mulheres chegam a julgamento e quais as decisões obtidas. (2011, apud WAISELFISZ, 2015, p.8)

A dificuldade na coleta mais apurada dos registros de feminicídio reflete negativamente na visibilidade dos efeitos da lei perante a sociedade e no sistema judiciário. Contudo, tendo como base o arcabouço de informações disponibilizado por outros países da América Latina, e principalmente o fornecido pelo Observatório de Gênero da Costa Rica, supõe-se que adiante o Brasil também corresponderá à necessidade de publicação desses dados estatísticos.

Em vista dessa problemática, a nova figura penal permitirá mostrar à população o número de feminicídios e a quantidade de crimes que são investigados, solucionados e sentenciados. Em conhecimento dessas informações, as autoridades envolvidas poderão aprimorar a triagem dos casos de feminicídio e formular políticas públicas e criminais cada vez mais efetivas.

Com a promulgação da lei, a polícia e o judiciário devem se atentar a todos os critérios de configuração do feminicídio, desvencilhando-se de atuações tendenciosas que se distanciem da natureza do fato delituoso. Nos dois países, o feminicídio é crime de ação penal pública incondicionada.

Na Costa Rica, a LPVcM protege a persecução penal através de punição específica para pessoas que no exercício de suas funções públicas criem obstáculos na investigação, processamento e punição nos casos de feminicídio:

ARTÍCULO 41.- Obstaculización del acceso a la justicia

La persona que, en el ejercicio de una función pública propicie, por un medio ilícito, la impunidad u obstaculice la investigación policial, judicial o administrativa por acciones de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial, cometidas en perjuicio de una mujer, será sancionada con pena de prisión de tres meses a tres años e inhabilitación por el plazo de uno a cuatro años para el ejercicio de la función pública.

A lei de feminicídio brasileira não conta com dispositivo punitivo similar ao da LPVcM. Tal elemento seria significativo para o país em vista que a Lei Maria da Penha criada em 2003, anterior até mesmo que a LPVcM, ainda se depara com adversidades no acesso das mulheres à justiça. Mais de dez anos após a promulgação da Lei 11.340, sua aplicação é instável e sujeita a contradições em face de contextos sociais, econômicos, culturais e políticos, como declara o Mecanismo de Seguimiento Convención Belém do Pará:

[...] A prevalência de estereótipos culturais discriminatórios por razões de gênero segue constituindo um obstáculo ao exercício dos direitos das mulheres e meninas e impede seu acesso à administração de justiça e contradiz a obrigação de devida diligência dos Estados que devem modificar padrões sociais e culturais de homens e mulheres e eliminar preconceitos e práticas consuetudinárias baseadas em ideias estereotipadas de inferioridade ou superioridade de algum dos sexos. (OEA, 2014, p.3)

Por essa lógica é razoável afirmar que a lei de feminicídio brasileira também encontrará obstáculos na sua diligência dentro das instituições responsáveis. Outro aspecto que corrobora para essa linha hipotética, diz respeito ao tipo de legislação brasileira utilizou-se para tipificar o feminicídio, através de artigo penal. Ana Isabel Garita (ONU MULHERES, 2013) se posiciona sobre as vantagens em ter uma lei de feminicídio integral a uma especificação de homicídio nos Códigos Penais:

São leis que incorporam processos penais especiais para proteger a vítima direta e indiretamente desse tipo de delito. A lei criou uma institucionalidade dentro do ordenamento jurídico: são fiscais especiais, policiais especiais e, na Guatemala, até mesmo juizados especializados em processar esse tipo de delito.

Nesses países, as leis preveem também uma série de medidas que previnem a violência contra as mulheres e querem erradicá-la não somente a partir do castigo aos agressores, mas também por meio de políticas públicas dirigidas à incorporação dos direitos das mulheres, à educação e à paz social a partir dos direitos igualitários. (...) Como técnica jurídica, o melhor seria ter o feminicídio como um delito independente do homicídio, como duas categorias diferentes. A técnica legislativa mais adequada poderia ser a criação de uma lei integral, que cobrisse todos os delitos relacionados ao feminicídio. No entanto, acredito que o mais importante é o envolvimento dos diferentes atores da sociedade em relação ao tema.

Diferente da Costa Rica, o Brasil não dispõe de lei especial para a penalização do feminicídio, e a Costa Rica, por sua vez, não possui lei integral, como ocorre na Guatemala, El Salvador e Nicarágua. A lei costa-riquenha de penalização da violência contra a mulher inclui o feminicídio entre outros tipos penais, mas se difere de lei integral, que cria mecanismos complexos e especializados no crime em espécie.

O fato da figura do feminicídio aparecer na legislação de segunda geração e consequentemente se manter na terceira geração³⁸⁰, demonstra que a lei do país abrange outros delitos, caso contrário disporia de leis distintas para tratar da violência contra a mulher e do feminicídio. No caso do Brasil as leis surgiram gradativamente, sob a perspectiva de gerações.

Embora existam diferenças formais entre as legislações, é importante ressaltar que ambas respondem aos compromissos internacionais e segue as recomendações do Modelo de Protocolo Latino-Americano adotado pela ONU para proteger o mais valioso bem jurídico, a vida.

6 POLÍTICAS PÚBLICAS SOB PERSPECTIVA GÊNERO

A judicialização do feminicídio é uma resposta penal para o fenômeno de violência contra a mulher. Embora a lei seja a intervenção estatal à uma demanda da realidade social, somente estratégias legislativas não consagram a solução em si mesma, mas um meio para alcançá-la.

A interferência do Estado é fundamental para assegurar o acesso aos Direitos Humanos, no entanto são necessárias ações afirmativas que promovam igualdade através de políticas extrapenais que reforcem a tutela do bem jurídico atentado. Sobre políticas públicas, explica ALVES (2011, p. 277.):

O próprio termo “política pública” evidencia a ambivalente relação entre Direito e Política, à medida que as previsões abstratas contidas na legislação necessitem de ações estatais para que a realidade social seja transformada, a atividade estatal estará condicionada às previsões normativas para ser revestida de legitimidade democrática.

O modelo de garantismo penal como mecanismo de segurança proposto por Ferrajoli delimita e disciplina o poder punitivo estatal através de normas jurídicas ao mesmo tempo em que assegura a proteção e liberdade dos indivíduos, caracterizando o Estado de direito:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um

³⁸⁰ Ver Tabela 1.

sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (2010, p. 785-786)

Nesse sentido, inseridos no modelo de Estado Democrático, é crucial manter o princípio do direito penal mínimo acrescido de um tratamento que enfrente toda a estrutura do problema discriminatório. Segundo a criminologia crítica, o sistema garantista confere segurança ao cidadão e à cidadã. MENDES (2014, p.183) esclarece que:

É a presença e prevalência das citadas condicionantes que identificam o modelo de direito penal mínimo como o modelo do Estado de Direito, compreendido, assim, como um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e, particularmente, o poder penal, estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes), e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes).

A lei é o elemento penal no enfrentamento da violência contra a mulher, sendo o homem (como sujeito ativo da violência) o alvo da sua função punitiva. As políticas públicas com perspectiva de gênero representam o elemento preventivo, além de possuir o condão de reparação para aqueles que sofreram a sanção legal. A comunhão das duas estratégias contribui para o processo de emancipação da mulher e coloca o feminicídio em debate na sociedade. Sobre a congregação entre lei e políticas públicas, GOMES:

Assim, se sobre uma lei penal não pode recair a expectativa de prevenção, ou diminuição do fenômeno que aborda, ela pode ser responsável por fomentar novas políticas criminais, um conjunto de políticas públicas de proteção e acompanhamento de punição do autor do crime num processo de desestabilização, do sistema que se quer adentrar. (2015, p. 208)

As políticas públicas são complementares para cumprir o objetivo almejado pela lei e nutrir a reflexão sobre os papéis de gênero estereotipados, reafirmando os direitos humanos da mulher. A lei de feminicídio opera juntamente com as políticas públicas, que além de promover direitos, também tem a função de garantir que a impunidade penal não seja um fenômeno diante a tipificação do feminicídio.

Cardoso e Rocha reafirmam a ineficácia de medidas de caráter repressivo-punitivas desacompanhadas da valorização de políticas públicas no combate à violência contra a mulher, em vista que aquela só será efetiva quando se tornar familiar à população:

(...) Não basta a criação de medidas repressivo punitivas para mudar um problema de violência que está enraizado na cultura e que fora perpetuado durante anos de história do país. A mudança do pensamento e do agir só ocorrerá a partir do investimento em políticas públicas que atuem de forma específica, atendendo à diversificada demanda que o país apresenta. (CARDOSO ; ROCHA, 2016)

No mesmo estudo as autoras consideram a extensão territorial do Brasil e suas diversas culturas para gerar políticas públicas mais coerentes de acordo com a demanda de cada região do país. Ou seja, os contextos sociais de acordo com as diferenças geográficas e o desenvolvimento econômico são critérios relevantes na formulação de políticas afirmativas.

Diferenças econômicas, educacionais, culturais, acesso à justiça, dentre outras, devem ser observadas para gerar políticas públicas específicas que correspondam às diversidades apresentadas no espaço em que será aplicada. As Diretrizes Nacionais da Secretaria de Políticas para Mulheres (2016) sustentam o posicionamento de Cardoso e Rocha:

(...) É importante compreender que a experiência da violência na vida das mulheres e o acesso aos recursos para superar essa experiência são diferentes. O modelo ecológico feminista auxilia a compreender essas diferenças quando exemplifica, nos diferentes níveis da ecologia social, a manutenção do status quo através da ordem patriarcal baseada na dicotomia entre público e privado, o domínio econômico masculino, o controle sobre a sexualidade feminina, os papéis de gênero associados à organização e manutenção da família nuclear e do casamento monogâmico e heteronormativo.

Anteriormente à lei de feminicídio brasileira, foi regulamentado o “Programa Mulher: Viver sem Violência” de âmbito federal e institucionalizado através do Decreto nº 8.086, de 30 de agosto de 2013, com o intuito de fortalecer a Lei Maria da Penha. O Programa Mulher busca integrar e ampliar os serviços públicos voltados para combater a violência contra a mulher. Dentre as diretrizes está a estruturação de um sistema que deve estar presente nos estados da federação que aderiram ao Programa, que consiste (SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2015):

- Implementação da Casa da Mulher Brasileira
- Ampliação da Central de Atendimento à Mulher
- Organização e humanização do atendimento às vítimas de violência sexual
- Implantação e Manutenção dos Centros de Atendimento às Mulheres nas regiões de fronteira seca
- Campanhas continuadas de conscientização
- Unidades Móveis para atendimento a mulheres em situação de violência no campo e na floresta.

A atuação da Casa da Mulher Brasileira visa garantir proteção às mulheres contra seu agressor como também articula atendimentos especializados de acolhimento e triagem para proporcionar autonomia e romper o ciclo de violência a qual a vítima foi submetida.

Por sua vez, em 2007, a Assembleia Legislativa da Costa Rica aprovou a *Ley de Creación del Sistema Nacional para la Atención y Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Intrafamiliar* (Lei 8.688/2007), em resposta ao crescente número de morte de mulheres no país. Durán e Lobo (2012, p.90) assim recapitulam o objetivo da lei:

El Sistema Nacional para la Atención y la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Intrafamiliar es un espacio de deliberación, concertación, coordinación y evaluación entre el INAMU, los ministerios e instituciones descentralizadas y las organizaciones sociales relacionadas con la materia. Con este sistema se busca

i) promover políticas públicas que garanticen el cumplimiento del mandato establecido en la normativa vigente sobre el tema de Violencia contra las mujeres y la Violencia Intrafamiliar y

ii) brindar a las personas afectadas por la violencia contra las mujeres y/o intrafamiliar, atención integral que les permita mejorar su situación, así como la recuperación y la construcción de un nuevo proyecto de vida.

O Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU) é um instituto da Costa Rica que juntamente com os Poderes Judicial e Executivo desenvolve políticas públicas estatais para a prevenção e erradicação da violência de gênero. Em 1996 o INAMU colocou em execução o Plano Operacional Nacional para a Atenção e Prevenção da Violência Intrafamiliar (PLANOVI), tornando-o reitor das políticas públicas sobre o assunto. O PLANOVI foi reformado em 2009 para dar tratamento especial às mulheres dos 15 anos de idade.

Os serviços promovidos pelo INAMU para atender mulheres vítimas de violência contam com a Delegacia da Mulher, Centros de Atenção Especializada para Mulheres Agredidas e Albergue Temporário para Mulheres Agredidas, seus Filhos e Filhas (CEAAM) e o Centro Operacional de Atenção à Violência Intrafamiliar (COAVIF). (DURÁN; LOBO, 2012, p.89)

Além das ações elencadas, fornece capacitação e assessoria a redes interinstitucionais de atenção e prevenção da violência contra as mulheres que existem no país e o projeto “Mulheres Forjadoras de Esperanza” (*Mujeres Forjadoras de Esperanza*) que funcionam em algumas províncias como instâncias de prevenção.

O princípio da dignidade humana promove a proteção contra qualquer tipo de discriminação e sofrimento por parte do indivíduo. As mulheres através de Convenções e Declarações de Direitos Humanos alcançaram direitos equiparados e específicos. Entretanto, para preencher as lacunas deixadas pelas leis, as políticas públicas são essenciais para amalgamar a conquista da dignidade humana no ângulo da igualdade de gênero.

CONCLUSÃO

Na América Latina os desafios de uma vida livre de violência são agravados por desigualdades econômicas, sociais, acesso à justiça, educação, sistema de saúde, oportunidades profissionais, informação, dentre outros fatores que arrevesam a extensão e efetividade dos direitos humanos nos seus destinatários. Brasil e Costa Rica não se excetuam na incidência desse padrão discriminatório.

Tanto na sociedade quanto no sistema judicial, persiste o distanciamento entre teoria (lei) e prática (aplicação), colocando as mulheres em situação de vulnerabilidade e desamparo frente ao Estado, principalmente nas regiões em que a atuação estatal é relapsa.

As diligências do Estado ao instituir uma lei punitiva do feminicídio requer idoneidade nas investigações priorizando conservar o valor da vigência dos direitos da mulher. A resposta do Estado frente a morte motivada por gênero compromete-se a obedecer a um modelo sistemático que perpassa pela prevenção, investigação, punição e reparação dos danos.

Após a análise das legislações brasileira e costarriquenha, é possível constatar que não obstante existam leis de tipificação do feminicídio com penas mais severas que as estipuladas para homicídio, reflexões e reformas ainda são necessárias para ampliar os efeitos da lei na sociedade e finalmente reduzir consideravelmente o índice de morte de mulheres.

A Costa Rica, ainda que pioneira na promulgação da lei de feminicídio na América Latina não conseguiu erradicar o problema, tampouco observar quedas significativas no registro de morte de mulheres por motivos de gênero.

O Brasil conta com uma das leis de feminicídio mais recentes (ou tardia) da região e além de sofrer com os altos números de morte violenta de mulheres, também incorre o problema do registro de dados e estatísticas dos casos, dificultando a percepção da lei na população. Outra questão relevante brasileira está ligada a sua extensão territorial nacional e variadas realidades de vida, fatores notáveis na formulação de medidas associadas à eficácia da lei.

O processo investigativo brasileiro dos casos (se ocorreu denúncia, se existiu assistência protetiva à vítima, se persistia um quadro de violência sofrido pela vítima, etc) ainda está em aprimoramento, posto que após a qualificação o sistema penal se compromete a dispor de uma fonte de registros para estimar a dimensão de crimes dessa natureza. Tendo a Costa Rica como referencial devido ao pioneirismo de vigência da lei de feminicídio, a lei brasileira não produziu estatísticas oficiais ou definiu sua forma de processamento na justiça em virtude do seu curto tempo de atividade, o impacto em cifras da lei por ora, não foi demonstrado.

A produção de dados estatísticos é fundamental na compreensão dos contextos em que a violência contra a mulher ocorre, para que o Estado defina protocolos de atuação mais eficazes de política criminal.

A Costa Rica ao preludiar a tipificação do feminicídio na América Latina, apresenta todas etapas da prática investigativa, inclusive a publicação de dados oficiais para a sociedade sobre os números e contextos de casos registrados e sentenciados no país.

Contudo, não implica afirmar que o sistema costarriquenho atingiu a plenitude do propósito da lei, erradicar o feminicídio. Embora os padrões investigativos estejam verificados,

os índices de vítimas ainda são preocupantes. Esta dicotomia persevera em razão de fatores mais intrínsecos que a mera discussão da eficácia legal, visto que a raiz do problema é cultural.

Além da função punitiva da lei, outros papéis tão significativos quanto a repressão estão levantar o debate, a conscientização e alertar a sociedade das consequências dos estereótipos de gênero.

A promulgação da lei no Brasil induz a sociedade a estimular a politização dos diálogos sobre a violência de gênero. A sociedade informada se torna agente, juntamente com as autoridades estatais, do processo investigativo, da fiscalização do processo investigativo, das irregularidades, das punições correspondentes e acesso à justiça.

Como países signatários dos direitos humanos, ambos devem incorporar as premissas dos direitos das mulheres em nível internacional às suas leis nacionais, atentos à perspectiva de gênero. A lei não é o fim do plano de combate à violência contra a mulher. Esse fenômeno demanda vigilância constante a fim de perceber os problemas que acometem mulheres ao recorrerem a seus direitos.

As intervenções propostas pelos Direitos Humanos se materializam nos Estados por meio de ações afirmativas, que permitam a eficácia das leis e o acolhimento de reivindicações que porventura são percebidas durante a vigência da lei. É o caso, por exemplo, da Costa Rica que depois de promulgar a lei de feminicídio precisou acrescentar o “feminicídio ampliado” para punir todos os casos de homicídios motivados pelo menosprezo à condição de mulher.

Transformações profundas são necessárias para conscientizar a sociedade quando esta se depara com dispositivos legais destinados à proteção da mulher. São primordiais a contínua ação em prol da reforma social e desconstrução da doutrina do patriarcado para que atinja os campos educacional e comportamental e se faça compreender o fundamento de igualdade de gênero, sem recair em julgamentos tendenciosos e discriminatórios.

A partir da premissa de MENDES (2014, p.174) “como o gênero opera no direito e como o direito contribui para produzir gênero”, pode-se argumentar essa relação pela não legitimação da violência contra a mulher, a desconstrução de valores machistas que fixam as mulheres em posições submissas na sociedade, e a criação de ferramentas que confirmem segurança para as mulheres exercerem seus direitos, seja frente ao agressor, seja frente ao sistema judiciário.

A solução da violência sistêmica contra a mulher que se reproduz nos dois países não reside apenas na promulgação de leis. As políticas públicas são elementares e complementares às medidas punitivas. Não se almeja concluir que as leis de feminicídio sejam inválidas, ao

contrário, são fundamentais no enfrentamento da impunidade e incentivar criação de políticas públicas para divulgar a lei.

Através de políticas afirmativas que se conquista a prevenção, reparação e reabilitação casos de violência de gênero, a lei atua na sanção, ou seja, é apenas uma das respostas que o Estado deve promover. O ideal é a lei se tornar dispensável.

O feminicídio é inaceitável em uma democracia. As lutas feministas por uma vida livre de violência seguem conduzindo mudanças nos padrões socioculturais combatendo as estruturas do patriarcado e relações de poder sobre as mulheres, para fortalecer os pilares de uma sociedade justa, paritária e democrática.

REFERÊNCIAS

ACNUDH apud, VÍLCHEZ, 2012; VÁSQUEZ, 2013. **Diretrizes nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres.** Secretaria de Políticas para Mulheres. Brasília, 2016.

ALVES, Pedro Gonzaga. A implicação política do direito e a concretização de políticas públicas para garantia da efetiva libertação das mulheres. In: AGOSTINHO, Luis Otávio V de; HERRERA, Luiz Henrique M. (Orgs.). **Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito.** Birigui, SP: Boreal, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARDOSO, Taís Prass; ROCHA, Claudine Rodembusch. XII Seminário Nacional: Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. **Políticas públicas de gênero e o feminicídio: uma análise sobre a (in)eficácia da lei criada para combater o assassinato de mulheres em razão do gênero.** Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul. 2016.

CEFEMINA. Centro Feminista de Información Acción. **Sobre CEFEMINA.** Disponível em: <<http://www.cefemina.com/Nueva/index.php/sobre-cefemina/sobre-cefemina>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CONSENSO DE MONTEVIDÉU SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. **Primeira reunião da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da**

América Latina e do Caribe. Montevideu, Uruguai. 12 – 15 ago. 2013. Disponível em: <www.unfpa.org.br/Arquivos/consenso_montevideo_por.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (Org.). **O que são os direitos humanos? 2016.** Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/definicao/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

DURÁN, Marcela Piedra Durán ; LOBO, Danny Marcelo Esquivel Lobo. **Seguridad ciudadana para las mujeres: Una propuesta de política pública con perspectiva de género.** San Jose, Costa Rica: Fundación Friedrich Ebert, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FLACSO BRASIL. Flacso na Mídia. **Por que as taxas brasileiras são alarmantes?** 8 de nov. 2016. Disponível em: < <http://flacso.org.br/?p=17799>>. Acesso em: 13. dez. 2016.

GIULIA, Tamayo Leon. **Questão de Vida: balanço regional e desafios sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência.** São Paulo, Cladem, 2000.

GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. **Gênero & Direito.** Seção: Direitos Humanos e Políticas Públicas de Gênero. Paraíba: 2015. Disponível em: < <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/24472/13619>> Acesso em: 14 dez.2016.

LAGARDE, Marcela. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. IN: BULLEN, Margaret; MINTEGUI, Carmen D. (Orgs.). **Retos teóricos y nuevas prácticas.** Serie, XI Congreso de Antropología de la FAAEE. Donostia: Ankulegi Antropologia Elkartea, 2008. p. 216.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas.** São Paulo. Saraiva: 2014.

_____. Empório do Direito. **Ainda sobre feminicídios... crime passionai ou violência de gênero?**. 24 mar. 2016. Disponível em:< <http://emporiiododireito.com.br/ainda-sobre-feminicidios/>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

NERY JÚNIOR, Néson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OACNUDH. Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Modelo de Protocolo Latino-Americano para Investigação de Mortes Violentas de Mulheres**. 2014. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>. Acesso em 14 dez. 2016.

ONU MULHERES. **Ministra de Justiça e Paz da Costa Rica, Ana Isabel Garita, fala sobre Feminicídio no Brasil**. 22 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/22-11-13-ministra-de-justica-e-paz-da-costa-rica-ana-isabel-garita-fala-sobre-feminicidio-no-brasil/>>. Acesso em: 14 dez.2016.

_____. **Brasil discute validação de diretrizes nacionais para investigação de feminicídios**. 08 mai. 2015. Disponível em:< <http://www.onumulheres.org.br/noticias/brasil-discute-validacao-de-diretrizes-nacionais-para-investigacao-de-feminicidios/>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Mecanismo de Seguimiento Convención Belém do Pará (MESECVI). **Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos**. Uruguai. 2014. Disponível em: <<https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/CEVI11-Declaration-ES.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PODER JUDICIAL. Observatorio de violencia de género contra las mujeres y aceso a la justicia. **Femicidio**. Costa Rica. 2016. Disponível em: < <https://www.poder-judicial.go.cr/observatoriodegenero/soy-especialista-y-busco/estadisticas/femicidio/>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Programa ‘Mulher, Viver sem Violência’**. 25 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/programa-mulher-viver-sem-violencia>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

SEGATO, Rita. **Feminicidio y femicidio: Conceptualización y apropiación**. In: *Feminicidio un fenómeno global*. Heinrich Böll Stiftung, Bruxelas, 2010.

SILVA, Sofia Vilela de Moraes e. Transexualidade e discriminação no mercado de trabalho . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3301, 15 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22199>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: CEBELA/FLACSO, 2012.

A RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO NO CONTRATO DE TRESPASSE E NA CESSÃO DE QUOTAS NA SOCIEDADE LIMITADA

THE BUSINESSMEN RESPONSIBILITY IN THE TRANSFER OF PROPERTY CONTRACT AND IN THE CESSION OF SHARES OF A LIMITED LIABILITY COMPANY

Paulo Henrique Neri Grandinetti Leite

RESUMO: O presente trabalho visa estabelecer pontos de convergência e divergência acerca da responsabilidade dos sujeitos envolvidos no contrato de trespasse e no contrato de cessão de quotas da sociedade limitada. Primeiro, será analisado o estabelecimento, o contrato de trespasse, que é o contrato de compra e venda do estabelecimento empresarial, e determinar as responsabilidades dos sujeitos. Após, veremos a constituição da sociedade limitada, a possibilidade de cessão de quotas de um sócio para o outro e para terceiros, determinando também a responsabilidade desses sujeitos envolvidos. Ao fim, traz-se conclusões que demonstram, em alguns pontos, serem essas responsabilidades iguais e, em outros pontos, diferentes.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade. Empresário. Cessão de Quotas. Trespasse.

ABSTRACT: The present work aims at establishing points of convergence and divergence about the responsibility of the individuals involved in the contract of transfer and in the contract for transfer of quotas of the limited company. First, it will analyze the establishment, the contract of trespass, which is the contract of purchase and sale of the business establishment, and determine the responsibilities of the subjects. After, we will see the constitution of the limited company, the possibility of assignment of quotas from one partner to the other and to third parties, also determining the responsibility of those involved. Finally, conclusions are drawn which demonstrate, at some points, that these responsibilities are equal and, at other points, different.

KEY-WORDS: Responsibility. Businessmen. Cession of Shares. Transfer of property contract.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa perquirir se a responsabilidade decorrente do contrato de trespasse possui diferença em relação ao contrato de cessão de quotas da sociedade limitada. Ver-se-á que, apesar de produzirem efeitos econômicos parecidos, os institutos se diferem.

Objetiva-se com esse trabalho demonstrar que a responsabilidade dos sujeitos do contrato de trespasse e dos sujeitos do contrato de cessão de quotas da sociedade limitada possuem pontos convergentes e pontos divergentes. Além, de se pretender a não aplicação do artigo 1.032 do Código Civil em relação aos contratos de cessão de quotas, como atualmente vem sendo empregado, uma vez que esse artigo de forma alguma se relaciona com os contratos dessa natureza.

Diante desse objetivo, constata-se como problema a adoção de equivalência das responsabilidades. Apresenta-se um grande equívoco em se considerar como idênticas as situações do trespasante e do cedente, e do trespasário com a do cessionário. E há equívoco maior, ao se aplicar o mencionado artigo 1.032 às cessões de quotas, uma vez que esse artigo faz parecer que a responsabilidade do cessionário é pelo prazo de dois anos anteriores à averbação da alteração contratual, bem como outros dois anos posteriores a esse mesmo ato.

Pense-se na hipótese de ser considerado como verdadeira essa assertiva, como de fato o vem sendo, o cessionário estaria sendo prejudicado, pois essa não é a redação que lei traz para determinação de sua

responsabilidade. Outra hipótese é a consideração da responsabilidade derivada do contrato de trespasse equivalente a do contrato de cessão de quotas. Como se verá, são totalmente diferentes, com exceção da responsabilidade trabalhista, que por força da Consolidação das Leis do Trabalho, são igualmente responsáveis cedente, cessionário, trespasante e trespasário, com uma ou outra observação.

A metodologia utilizada para o presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica, nos diversos livros da doutrina comercialista ou empresarial. Buscou-se, dentre as fontes pesquisadas, determinar, como marco teórico, o que é estabelecimento, sua natureza jurídica, o trespasse, a questão da sucessão empresarial, definindo as responsabilidades dos sujeitos envolvidos. De igual forma, apresenta-se a sociedade limitada, sua constituição e natureza, a possibilidade da cessão de quotas e as responsabilidades dos envolvidos, a fim de alcançar o objetivo.

Inicialmente será abordado o conceito, a natureza jurídica, a alienação do estabelecimento, a sucessão empresarial e a responsabilidade do alienante e do adquirente, isso tudo referente ao capítulo um, intitulado de “do estabelecimento”.

Então, será apresentado que estabelecimento é o conjunto de bens reunidos à disposição do empresário ou da sociedade empresária para o exercício de empresa. Empresa que é entendida como atividade econômica desenvolvida para produção ou circulação de bens e serviços. Em relação sua natureza jurídica, destacamos três pontos que bastam para compreendê-la, o que dispensa “maiores considerações sobre o infértil debate acerca da natureza do estabelecimento empresarial”³⁸¹.

Será abordado ainda a questão da sucessão empresarial, que é a transferência do passivo contabilizado e oculto do patrimônio do trespasante para o patrimônio do trespasário; quando ela ocorre, se ocorre, o direito de regresso, além das responsabilidades do alienante e do adquirente nas esferas civil, trabalhista e fiscal.

Após, no capítulo dois, passa-se a análise do conceito de sociedade limitada, sua natureza jurídica, a possibilidade de cessão das quotas para demais sócios da sociedade e para terceiros e a responsabilidade do sócio cedente e cessionário.

Sociedade limitada que surgiu como uma alternativa entre a sociedade de pessoas, a qual possui responsabilidade ilimitada, e a sociedade anônima ou de capital, que possui responsabilidade limitada ao número de ações que o sócio possui. Será apresentada a natureza contratual da sociedade limitada. Contratual, não institucional, pois o vínculo entre os sócios se dá via cláusulas entabuladas em contrato, o que permite uma maior liberdade da vontade das partes.

Ainda será abordado a questão da possibilidade da cessão de quotas sociais para os demais sócios ou para terceiros. O que o Código Civil dispõe sobre o tema, inclusive se o contrato social for omissivo. Fechando a apresentação abordando a responsabilidade do cedente e do cessionário nas esferas civil, trabalhista, tributária e entre si, tal qual feito no capítulo um.

Dentre essas responsabilidades averiguadas, não se deixou também de analisar a questão do sócio cedente com a do sócio retirante, demonstrando que renomados doutrinadores entendem como sendo a mesma figura e, portanto, misturam os institutos do artigo 1.003, parágrafo único, com o artigo 1.032, ambos do Código Civil.

Alfim, chega-se à conclusão de que existem semelhanças e diferenças entre a responsabilidade dos sujeitos do contrato de trespasse e dos sujeitos do contrato de cessão de quotas sociais. Como exemplo de semelhança, ambos sujeitos dos dois contratos são responsáveis pelas dívidas trabalhistas preexistentes ao contrato. Ao passo que, como diferença, aponta-se uma hipótese que somente o

³⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v, p. 116.

adquirente do estabelecimento será responsável tributário pelas dívidas preexistentes, enquanto na cessão de quotas, ambos sujeitos serão responsáveis.

1 DO ESTABELECIMENTO

1.1 CONCEITO

O Código Civil, em seu artigo 1.142, conceitua estabelecimento como sendo “*todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”. A doutrina empresarial é no mesmo sentido, senão vejamos:

“Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa”³⁸².

“O estabelecimento é, portanto, uma *universitas bonorum* e uma *universitas iuris*, na forma como antevista pelos artigos 90 e 91 do Código Civil, vale dizer, como ‘pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária’, e como ‘complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico’”³⁸³.

Por fim, nos dizeres de André Luiz Santa Cruz Ramos, “*trata-se, em suma, de todo o conjunto de bens, materiais ou imateriais, que o empresário utiliza no exercício de sua atividade*”³⁸⁴. Veja-se que todas as colocações acima coadunam com o conceito trazido pelo Código Civil de 2002, já que tal definição não era tratada no Codex anterior, somente em sede doutrinária³⁸⁵.

Detalhe importante é que estabelecimento, no conceito técnico-jurídico, não se confunde com o local onde a empresa está estabelecida, muito menos com a própria empresa. Empresa é a atividade econômica desenvolvida pela sociedade empresária. O local do estabelecimento é o ponto comercial, seja ele próprio ou alugado.

Tal diferenciação, inclusive, leva a outra: estabelecimento não é o patrimônio do empresário ou da sociedade empresária. Isso porque, como no exemplo acima, sendo o imóvel pertencente ao empresário ou à sociedade empresária, fará também parte do patrimônio desses. Porém, se o ponto comercial é alugado, em que pese fazer parte do estabelecimento, não faz parte do patrimônio deles.

Outros tantos exemplos podem ser dados, tais como investimentos (ações na bolsa de valores ou aplicações em fundos de investimento) e direitos quaisquer (cessão de marcas ou de patentes) que compõem o patrimônio, todavia, não fazem parte do estabelecimento, uma vez que não guardam liame com atividade desempenhada pelo empresário ou pela sociedade empresária.

Nesse mesmo sentido ensina Gialluca:

³⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v, p. 114.

³⁸³ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 206.

³⁸⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 104.

³⁸⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 104.

“Estabelecimento empresarial, que é sinônimo de fundo de comércio, é o complexo de bens reunidos para o desenvolvimento da atividade empresarial e possui um valor próprio, distinto do valor dos bens que o compõem. O estabelecimento não é sinônimo de patrimônio. O patrimônio é composto de todos os bens valorados economicamente e o estabelecimento é composto apenas de bens utilizados para o exercício da atividade. Os débitos, por exemplo, fazem parte do patrimônio, mas não do estabelecimento.”³⁸⁶

Vistos tais considerações, analisemos a natureza jurídica do estabelecimento comercial.

1.2 NATUREZA JURÍDICA

Existem diversas teorias sobre a natureza jurídica do estabelecimento comercial. Fábio Ulhoa Coelho assevera que o importante, dentre as teorias, são apenas três pontos, é saber: “1º) *o estabelecimento empresarial não é sujeito de direito*; 2º) *o estabelecimento empresarial é um bem*; 3º) *o estabelecimento empresarial integra o patrimônio da sociedade empresária*.”³⁸⁷

Destarte, se o estabelecimento não é sujeito de direito, consequentemente, não é uma pessoa jurídica, esta, sim, sujeito de direitos. A personalização é da sociedade empresária, que explora atividade econômica mediante o conjunto de bens organizado para tanto, que é o estabelecimento. Veja-se que não há qualquer semelhança entre um e outro.

Ademais, o estabelecimento é um bem, considerado em uma universalidade de fato, “*uma vez que os elementos que o compõem formam uma coisa unitária exclusivamente em razão da destinação que o empresário lhes dá, não em virtude de disposição legal*”³⁸⁸. Assim, distingue-se do conceito de universalidade de direito.

Por fim, como conjunto de bens reunidos integrantes de uma universalidade, o estabelecimento faz parte do patrimônio da sociedade empresária ou do empresário. Com efeito, se é bem, via de consequência, é patrimônio, pois que pertence à pessoa jurídica.

Logo, conclui-se que a natureza jurídica do estabelecimento é a de universalidade de fato dos bens organizados que integram o patrimônio da sociedade empresária ou do empresário, que com estes não se confundem, já que não são sujeitos de direito.

1.3 ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO

Como bem integrante do patrimônio da sociedade empresária ou empresário, o estabelecimento empresarial pode ser alienado. Esse negócio jurídico denomina-se *trespasse*. São sujeitos do contrato de *trespasse* o *trespassante*, aquele que se obriga a transferir o estabelecimento empresarial, e o *trespassário*, entendido como o adquirente do estabelecimento.

Importante frisar que o contrato de *trespasse* não se confunde com a cessão de quotas, em que pese terem efeitos econômicos praticamente idênticos. O *trespasse* é a alienação do estabelecimento empresarial,

³⁸⁶ GIALLUCA, Alexandre. SANCHEZ, Alessandro. **Direito empresarial**. in Coleção OAB. Niteroi: Impetus, 2012. p. 13.

³⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v, p. 116.

³⁸⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 107.

enquanto, como se verá no capítulo seguinte, a cessão de quotas é a mudança do quadro societário da sociedade empresária, ou, por outras palavras, transferência do controle desta.

Sobre essa diferenciação ensina Modesto Carvalhosa:

“Este termo – trespasse – não foi adotado pelo Código Civil de 2002, mas já está bastante tempo consagrado na doutrina comercialista. Ademais, não se deve confundir o trespasse com a cessão de quotas de uma sociedade, por exemplo, no trespasse, transfere-se a própria titularidade do estabelecimento empresarial, ao passo que na cessão de quotas opera-se apenas a transferência da participação societária”³⁸⁹.

Outro ponto é que o contrato de trespasse somente terá eficácia perante terceiros se averbado à margem da inscrição do empresário ou da sociedade empresária na Junta Comercial e publicada essa averbação na imprensa oficial, conforme estabelece o artigo 1.144 do Código Civil.

Estabelece ainda o Código Civil, em seu artigo 1.145, acerca da eficácia perante credores: *“Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação”*.

Tal disposição visa proteção dos credores do empresário, à medida que o alienante fica condicionado a saldar todas suas dívidas antes de alienar o estabelecimento empresarial, ou de notificar seus credores para que se manifestem no prazo de 30 (trinta) dias concordando ou discordando com o trespasse. Veja-se que a lei permite a concordância tácita, isso é, aquela que o credor consente deixando o prazo acima transcorrer *in albis*.

Acerca do consentimento, Gladston Mamede ensina que, se o credor consente com a alienação, ele renuncia a proteção legal de seu crédito, senão vejamos:

“O consentimento do credor, tal como previsto no artigo 1.145 do Código Civil, caracteriza renúncia à proteção legal de seu crédito, que deixa de estar vinculado ao patrimônio especificado da empresa, mesmo após sua transferência a outrem; renúncia, portanto, ao direito de pedir constrição do estabelecimento, como um todo, ou de qualquer dos bens que o compoñham, em particular, para satisfação do crédito”³⁹⁰.

Acaso o trespasante não diligencie no sentido de notificar seus credores, ele fica sujeito à incidência do artigo 94, inciso III, alínea ‘c’, da Lei nº 11.101/2005, a Lei de Falências, que permite ao credor pedir a decretação da falência do empresário ou da sociedade empresária por alienação irregular de estabelecimento empresarial.

Alfim, fica dispensado do consentimento e terá eficácia o contrato de trespasse mantida frente aos credores, o alienante que for solvente, mesmo com a venda do estabelecimento. Veja-se que o dispositivo da lei aplica-se tão somente aos trespasantes que possivelmente ficaram insolventes após a venda do estabelecimento. Se for o caso de solvência, nada há que se falar em notificação dos credores para emitirem consentimento, expresso ou tácito, sobre a venda do estabelecimento.

³⁸⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil: parte especial, do direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2003. 13v, p. 635.

³⁹⁰ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 220.

1.4 A SUCESSÃO EMPRESARIAL

Questão de importantíssima relevância no trespasse é a sucessão empresarial. Sucessão empresarial refere-se às obrigações que eram do alienante e que passam ao adquirente, com fins de proteção ao crédito dos credores e determinar a responsabilidade daqueles perante estes.

O artigo 1.146 do Código Civil estabelece que:

“O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento”.

Dessa forma, ao adquirir um estabelecimento, por meio do contrato de trespasse, o trespessário fica responsável pelas dívidas anteriores, desde que regularmente contabilizadas. Fica também responsável solidariamente, por essas dívidas contabilizadas, o trespessante pelo prazo de um ano, contados da publicação da averbação do contrato de trespasse (artigo 1.144 do Código Civil), em relação aos débitos vencidos, e, no mesmo prazo, da data do vencimento, relativamente às vincendas.

Doutra banda, quando se trata de créditos trabalhistas e tributários, não se aplica o disposto no artigo acima mencionado, uma vez que essas sucessões possuem regramentos próprios, é saber: artigo 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e artigo 133 do Código Tributário Nacional.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, o Enunciado nº 233 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, o qual possui a seguinte redação: *“A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial”*.

Isso facilita saber quando há ou não o trespasse do estabelecimento, dada sua natureza jurídica, como afirmado acima, de universalidade de fato. Tal critério objetivo, nos dizeres de Ramos, *“ajuda a identificar, de forma mais precisa, as situações em que realmente se aperfeiçoa o contrato de trespasse”*³⁹¹.

1.5 – A RESPONSABILIDADE DO ALIENANTE E DO ADQUIRENTE

Viu-se alhures que o Código Civil, de forma taxativa, estabelece a responsabilidade civil do alienante (trespessante) e do adquirente (trespessário) do estabelecimento empresarial, nos termos do artigo 1.146.

De início, analisar-se-á a responsabilidade do alienante. O já citado artigo 1.146 determina que ele responderá solidariamente pelas dívidas anteriores ao trespasse, desde que devidamente contabilizadas, pelo prazo de um ano, contados da publicação ou do vencimento, caso vencidas ou vincendas, respectivamente.

Sabe-se que a solidariedade não se presume, ela resulta da lei ou da vontade das partes (artigo 265 do Código Civil). Portanto, aqui tem-se um exemplo de solidariedade resultante da lei, que serve para a proteção do crédito dos credores.

³⁹¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3. ed. Salvador: Juspodvím, 2009. p. 110.

Veja-se que o alienante responderá pelo passivo devidamente contabilizado pelo prazo determinado. Acaso haja passivo oculto, o trespassante continuará responsável por esses débitos, a menos que, no contrato de trespasse, exista cláusula afirmando que o adquirente assume, além do passivo contabilizado, também o oculto. Inexistindo tal cláusula, fica o alienante totalmente responsável por esse passivo oculto.

No que tange ao adquirente, esse é responsável por todo o débito contabilizado, isso é, o passivo do estabelecimento, que era de responsabilidade do trespassante, passa ser de responsabilidade dele.

As mesmas considerações, acerca do passivo oculto, valem para o adquirente. Se no contrato de trespasse ele não se comprometeu a arcar com eventual passivo oculto, logo não será responsável por ele, ficando essas dívidas a cargo do alienante. Lado outro, se se comprometeu em ser responsável pelo contabilizado e pelo oculto, logo terá que arcar com essas duas espécies de dívida.

Gonçalves Neto, sobre o tema, assevera que:

“Quando há a alienação do estabelecimento junto com sua exploração, o adquirente só assume a obrigação de responder pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência que estejam devidamente escriturados, salvo se houver cláusula expressa transferindo-lhe, também, o risco de pagar eventual passivo”³⁹².

Esse é, de modo geral, o regramento da responsabilidade civil do alienante e do adquirente. Todavia, no tocante ao passivo trabalhista e fiscal, as regras são outras.

O passivo trabalhista é aquele que tem como credores ex-funcionários que laboraram no estabelecimento e também os decorrentes de acidente do trabalho. O artigo 448 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que *“a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”*.

Isso quer dizer que, para o trabalhador ou acidentado, o contrato de trespasse não é oponível a ele. Assim, esse trabalhador pode demandar tanto em face do antigo proprietário do estabelecimento, quanto em face do novo, porquanto ambos estão obrigados às dívidas trabalhistas. Pouco importa, na verdade, quem será demandado, pois eles estarão obrigados e não podem se eximir dessa responsabilidade apresentando o contrato de trespasse na Justiça do Trabalho.

Esse contrato, serve apenas para fins de direito de regresso. Se o adquirente pagar dívida trabalhista de funcionário que era do alienante, aquele pode exigir deste o que dispendeu, em direito de regresso, acaso não tenha se obrigado contratualmente em fazê-lo ou não estivesse regularmente contabilizada.

Da mesma forma, se o contrato previa que o adquirente assumiria a dívida trabalhista ou estava devidamente contabilizada e o trabalhador acionou o alienante na justiça, pode o trespassante cobrar do adquirente o que pagar, via direito de regresso.

Já o artigo 133 do Código Tributário Nacional, que regula o passivo fiscal, tem a seguinte redação:

³⁹² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. São Paulo: RT, 2007. p. 578.

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão”.

Com efeito, existem duas situações a serem analisadas, se o alienante parou de explorar atividade empresarial, ou se continuou ou iniciou dentro de seis meses essas atividades.

No primeiro caso, não há responsabilidade alguma do alienante, tendo em vista que a lei o exime disso, passando o adquirente ser integralmente responsável pelo passivo fiscal do estabelecimento empresarial.

Doutro lado, se o adquirente for cobrado pelo fisco e conseguir comprovar que o alienante continuou com atividades empresariais ou as iniciou dentro de seis meses contados da publicação da venda do estabelecimento, aquele somente será responsabilizado de forma subsidiária. Isso é, somente após esgotado os bens do alienante é que o fisco poderá direcionar a execução fiscal para o trespássario.

Importante mencionar que só haverá sucessão fiscal se o adquirente atuar no mesmo ramo empresarial. O próprio artigo 133 traz essa ressalva, quando aduz *“e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual”*. Portanto, adquirindo estabelecimento comercial, porém, ao se explorar atividade empresarial diversa da anterior, não há que se falar em sucessão fiscal.

As mesmas considerações feitas na sucessão trabalhistas podem ser feitas na sucessão fiscal, no tocante a inoponibilidade do contrato de trespasse, o qual valerá tão só para fins de direito de regresso.

Pagando o alienante dívida tributária, que o adquirente expressamente no contrato se comprometeu a pagar, pode aquele exigir o direito de regresso. Da mesma forma, se o adquirente pagar passivo fiscal que não havia sido contabilizado ou se comprometido, pode exigir o direito de regresso em face do alienante.

2 DA CESSÃO DE QUOTAS

A cessão de quotas somente pode se dar no âmbito da sociedade limitada, pois, dentre os diferentes tipos de sociedade elencados no Código Civil, só nela há o capital social dividido entre os sócios por meio de quotas.

Quotas, assim, é uma fração do capital social de uma sociedade limitada pertencentes a um sócio. Não raro tem-se nos contratos sociais cláusula que estabelece o capital social sendo num valor de, por exemplo, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) dividido em quotas iguais de R\$ 1,00. Portanto, a sociedade terá 10.000 (dez mil) quotas a serem repartidas entre os sócios que as subscreverem e integralizarem.

Subscrever, ou adquirir, é o ato pelo qual uma pessoa, natural ou jurídica, ingressa em uma sociedade limitada. Integralizar significa transferir patrimônio para a sociedade empresária, ou seja, aportar bens móveis ou imóveis, que possuam o mesmo valor das quotas subscritas.

2.1 DO CONCEITO DE SOCIEDADE LIMITADA

O Código Civil, igualmente ao Decreto nº 3.708/19, não nos trouxe o conceito de sociedade limitada, deixando tal tarefa para a doutrina. Os diversos doutrinadores comercialistas conceituam sociedade limitada por meio de suas características.

Por todos, colhe-se de Ramos³⁹³, que pondera da seguinte forma:

“A grande presença de sociedades limitadas no meio empresarial se deve basicamente ao fato de ela ostentar duas características específicas que a tornam um tipo societário bastante atrativo para os pequenos e médios empreendimentos, quais sejam, a contratualidade e a limitação da responsabilidade dos sócios”.

O próprio Código Civil traz uma ideia do que vem a ser a sociedade limitada, em seu artigo 1.052, que vale a transcrição *“Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”*.

Dessa forma, a restrição da responsabilidade de cada sócio ao limite de suas cotas é característica elementar da sociedade limitada. Soma-se a isso, como visto, a contratualidade, que dá margem aos sócios de contratarem a sociedade da forma que melhor lhes aprouver. Entretanto, lembrando que as cláusulas contratuais não podem ser contra a lei, aos bons costumes ou a boa-fé, que permeia todos os negócios jurídicos.

Vale lembrar, ainda, a possibilidade de aplicação subsidiária do regramento das sociedades simples às sociedades limitadas, bem como a aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76).

Por outras palavras, sendo a omissa as disposições legais que regem a sociedade limitadas, é saber, o Código Civil, e omissa o contrato social, tal lacuna preenche-se subsidiariamente pelas regras concernentes às sociedades simples, que também estão previstas no Código Civil. Se ainda assim houver lacuna e havendo previsão expressa no contrato social da sociedade limitada, pode essa brecha ser tampada pelos ditames da Lei das Sociedades Anônimas.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Diz-se que as sociedades limitadas têm natureza jurídica contratual, já que seu surgimento se dá por meio do registro do contrato social constitutivo na Junta Comercial. Basta lembrar da característica contratualidade, acima mencionada, que abre uma margem para os sócios contratarem a sociedade de acordo com suas vontades.

Nesse ponto, João Pedro Barroso do Nascimento aponta que: *“A sociedade limitada constitui-se por meio de um contrato social escrito, que se estabelece por instrumento público ou particular, com dois ou mais sócios, pessoas físicas ou jurídicas”*³⁹⁴.

Fábio Ulhoa Coelho complementa:

³⁹³ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 346.

³⁹⁴ NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Direito societário avançado**. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 7.

“A segunda característica que motivou a larga utilização desse tipo societário é a contratualidade. As relações entre os sócios podem pautar-se nas disposições de vontade destes, sem os rigores ou balizamentos próprios do regime legal da sociedade anônima, por exemplo. Sendo a limitada contratual, e não institucional, a margem para negociações entre os sócios é maior”³⁹⁵.

Outro ponto é saber se a sociedade limitada é de pessoas ou de capital, tendo em vista ela ser híbrida, ora pode ser de pessoas e ora de capital? Responde com proficiência o professor André Ramos, senão vejamos:

“Se o contrato social, por exemplo, condiciona a cessão ou alienação de quotas ao prévio consentimento dos demais sócios, está conferindo uma natureza personalística à sociedade. Do mesmo modo, se o contrato social estabelece, em caso de morte do sócio, que se proceda a liquidação de sua quota, com a consequente dissolução parcial da sociedade, também estará conferindo uma natureza personalística à sociedade.

Em contrapartida, se o contrato não condiciona a cessão ou alienação de quotas à audiência prévia dos demais sócios, bem como se estabelece, em caso de morte de sócio, a transferência das suas cotas aos respectivos sucessores, está conferindo à sociedade, nesses casos, natureza capitalista.

A sociedade limitada será, portanto, considerada uma sociedade de pessoas ou de capital a depender do que os sócios estabelecerem no ato constitutivo da sociedade: o contrato social. [...]”³⁹⁶.

E se o contrato social for omissivo? A resposta vem pela redação do artigo 1.057, “*Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social*”, e do 1.028, “*No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: I - se o contrato dispuser diferentemente;*”.

Da leitura desses artigos vê-se claramente que o legislador optou por conferir à sociedade limitada uma feição personalista, em detrimento da capitalista. Acaso desejem os sócios que a sociedade seja de capital, na prática, deverão expor essa vontade no contrato social.

2.3 – DA POSSIBILIDADE DE CESSÃO DAS COTAS

Vistos o conceito e a natureza jurídica da sociedade limitada, passa-se ao estudo da possibilidade das quotas de um sócio ao(s) outro(s) sócio(s) ou a terceiros. O artigo 1.057 do Código Civil:

“Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.”

Tem-se aí duas possibilidades de cessão das quotas sociais: a primeira é a cessão de sócio para sócio, a qual independe de anuência dos demais sócios; e a segunda é a possibilidade da cessão a estranho, ou terceiro, que não componha a sociedade, todavia, se não houver oposição dos titulares de mais de um

³⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 163.

³⁹⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 359.

quarto do capital. Ou seja, o sócio cedente dependerá da autorização de 25% (vinte e cinco por cento) dos detentores do capital social.

Repisa-se que essa determinação somente vale para omissão no contrato social. Se esse instrumento prever outra forma, por exemplo, aprovação unânime dos detentores do capital social, subtraída as quotas do que deseja ceder, para os dois casos, esse será o regramento, pois que vontade contratual dos sócios. De outro lado, se o contrato prever que a cessão das quotas sociais independerá de autorização dos demais, também valerá, eis que também vontade dos sócios.

De mais a mais, é comum, na cessão de quotas sociais para terceiro, que cedente e cessionário façam apenas a averbação da alteração contratual na Junta Comercial, a fim de dar publicidade ao ato. Entretanto, as condições de preço, forma de pagamento, direitos e obrigações decorrentes dessa transação são elaboradas em documento particular apartado, pois dizem respeito apenas as partes envolvidas, sendo desnecessário mostrar tais condições a terceiros.

2.4 RESPONSABILIDADE DO CEDENTE E CESSIONÁRIO

Inicialmente, necessário se faz tecer considerações acerca da responsabilidade do sócio em si. Aduz o Código Civil, no artigo 1.052, que *“Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”*.

Vê-se que há limitação da responsabilidade do sócio pelas obrigações sociais restrita ao montante de quotas que possui. No entanto, todos os sócios da sociedade respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Como já afirmado, integralizar é pagar o montante correspondente ao valor das quotas que o sócio adquiriu, subscreveu. Esse pagamento pode ser à vista ou a prazo. Acaso não haja pagamento por parte do titular das quotas, esse é considerado sócio remisso.

Assim, demandada a sociedade para que cumpra com obrigação social e não sendo totalmente integralizado o capital social, pode os demais sócios serem responsabilizados solidariamente a integralizar o capital social, que correspondia ao sócio remisso, a fim de que honre com a obrigação social assumida e a sociedade cumpra com a obrigação contraída.

Importante, ainda, que tanto os demais sócios quanto a própria sociedade detêm legitimidade para compelir o sócio remisso a integralizar suas cotas subscritas. Não o fazendo, os demais sócios têm a faculdade de toma-las para si ou transferi-las para terceiros, conforme disposição do artigo 1.058³⁹⁷ do Código Civil.

Não cumprindo com sua obrigação mais importante, de integralizar as quotas que subscreveu, e cedendo suas cotas para outra pessoa, sócio ou não sócio, o cessionário – quem recebe as quotas sociais – fica responsável por essa integralização. Porém, pela leitura do parágrafo único do artigo 1.003³⁹⁸ do Código Civil, o cedente continua responsável solidário com o cessionário pela integralização dessas quotas, até o limite de dois anos contados da averbação da alteração contratual que altera o quadro social.

³⁹⁷ Art. 1.058. Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas.

³⁹⁸ Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

O cessionário ainda é responsável pelas obrigações contraídas anteriormente a sua entrada na sociedade. É o que se extrai do artigo 1.025 do Código Civil: “O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão”.

Destarte, importante que o pretendente a ingressar em sociedade já constituída seja diligente em averiguar o passivo da sociedade, em especial o passivo oculto, pois não poderá se eximir das dívidas anteriores à admissão.

Ainda mais se o passivo for trabalhista, pois na Justiça do Trabalho as alterações na sociedade empresária ou na exploração da atividade econômica não tem condão de afastar a responsabilidade trabalhista, nos termos dos artigos 10³⁹⁹ e 448⁴⁰⁰ da Consolidação das Leis do Trabalho.

Quanto aos débitos fiscais, diferentemente do que ocorre no contrato de trespasse, como visto anteriormente, o cessionário não pode ser responsabilizado. É que o artigo 134, inciso VII, e o artigo 135, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional devem ser interpretados de boa forma. Transcreve-se esses dispositivos abaixo para melhor explicação:

“Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas”.

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;”.

Veja-se que, havendo crédito tributário constituído anteriormente à entrada do sócio adquirente, ele não poderá ser responsabilizado, pois a alteração do quadro social não implica em liquidação da sociedade, mesmo que o crédito constituído advenha de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, isso é, atos praticados com dolo ou má-fé.

Nesse ponto vemos uma diferenciação entre a responsabilidade entre a cessão de quotas e o trespasse. Se de um lado, o adquirente de estabelecimento empresarial é responsável pelo passivo trabalhista e fiscal constituído antes da transferência, de outro, o cessionário somente pode ser responsabilizado pelo passivo trabalhista, porquanto o crédito fiscal não lhe pode ser imputado, considerando que, mesmo havendo infração à lei ou contrato social, o cessionário nem da sociedade fazia parte.

Em sendo a responsabilidade civil, a responsabilidade do cessionário fica adstrita ao limite de suas cotas, se o capital social estiver devidamente constituído. Única possibilidade de responsabilização seria por meio da desconsideração da personalidade jurídica, em razão de fraude, gestão temerária ou abuso de direito por parte dos sócios. Todavia, se nem nos quadros sociais seu nome constava, motivo não há para que se levante o véu da personalidade jurídica e alcance seu patrimônio.

³⁹⁹ Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

⁴⁰⁰ Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Por outro lado, quanto ao cedente, tem-se que esse é responsável solidário, conforme visto no parágrafo único do artigo 1.003 do Código Civil, pelas obrigações que tinha como sócio, perante a sociedade e terceiros, até dois anos após averbada a modificação do contrato.

Há quem some a esse dispositivo a reza do artigo 1.032 do Código Civil, que assevera: “*A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação*”.

A título de exemplo, traz-se Arnaldo Wald e Maria Helena Diniz:

“Apesar de truncada a redação, foi acertada a intenção do legislador em manter o sócio excluído, o retirante e, no que diz respeito ao sócio falecido, os seus herdeiros, responsáveis pelas obrigações sociais anteriores, por um prazo definido de dois anos, após averbada a resolução da sociedade. (...)”⁴⁰¹.

“Responsabilidade do sócio retirante ou excluído e de herdeiro de sócio falecido pelas obrigações pendentes. O sócio retirante, ou excluído, ou o herdeiro de sócio falecido, apesar de ter ocorrido a dissolução parcial da sociedade, e o rompimento do vínculo que o prendia à sociedade, não terá a sua exclusão imediata da comunhão social, que subsistirá entre ele e os demais sócios em tudo o que for alusivo às obrigações sociais anteriores, até dois anos após a averbação da resolução da sociedade”⁴⁰².

Não parece haver semelhança entre os dois temas. Em que pese os dois artigos tratarem sobre a sociedade simples e serem de aplicação subsidiária à sociedade limitada, eles se referem a institutos diferentes.

O artigo 1.003 do Código Civil está inserido entre “os direitos e obrigações” dos sócios na sociedade simples. Por sua vez, o artigo 1.032 refere-se à “resolução da sociedade em relação a um sócio”.

Retirada da sociedade não se confunde com cessão de quotas, apesar de terem efeitos praticamente idênticos, isso é, em ambos os casos o sócio deixa de fazer parte da sociedade. A diferença reside na forma que a saída da sociedade se dá, numa, na cessão de quotas, não há redução do quadro social, com exceção da cessão para outro sócio; noutra, resolução parcial, há redução no quadro social da empresa.

A retirada da sociedade consiste na saída do sócio que não deseja pertencer ao quadro social, seja por qual razão for – o mais comum é a quebra da *affectio societatis* –, e pretende receber o que investiu na sociedade, por meio da liquidação e da apuração de haveres. O mesmo ocorre quando o sócio é expulso ou morto, ou seja, liquida-se e apura-se os haveres.

Na cessão de quotas, além de não haver diminuição do quadro societário, salvo exceção de cessão para outro sócio, o sócio sai da sociedade, porém, conseguiu negociar suas quotas, o que faz do procedimento mais simples, uma vez que não haverá o procedimento de liquidação e apuração de haveres, apenas a modificação no quadro social.

Ademais, o artigo 1.032 faz expressa alusão à averbação da resolução, o que dá entender alteração do quadro social por diminuição de sócio. Fácil essa constatação ao se interpretar este artigo em conjunto com os artigos 1.029 e 1.031, ambos também do Código Civil, os quais prescrevem:

⁴⁰¹ WALD, Arnaldo. **Comentários ao novo Código Civil: livro II - do Direito de Empresa**. TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV. p. 232/246.

⁴⁰² DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 658.

“Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa”.

“Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado”.

Em outras palavras, o artigo 1.032 determina a responsabilidade do sócio que deseja se retirar da sociedade e receber o que investiu, por meio da liquidação das quotas e consequente apuração dos haveres. Talvez por que não tenha conseguido negociar suas quotas por meio de uma cessão.

Retornando à responsabilidade do cedente, sua principal responsabilidade é a integralização das quotas que subscreveu. Como já afirmado, enquanto não averbada a modificação contratual, fica o cedente responsável solidariamente com o cessionário pela integralização dessas quotas, pelo prazo de dois anos. Veja-se que se houve averbação, a responsabilidade fica adstrita ao prazo de dois anos, ao passo que, não havendo averbação o cedente continua responsável por prazo indeterminado, até que a modificação seja publicada.

No tocante a responsabilidade civil, relativamente às indenizações pela prática de atos ilícitos, o prazo diverge desse de dois anos. É que, em se tratando de indenizações, o próprio Código Civil estabelece o prazo prescricional de três anos, no artigo 206, § 3º. Não se aplica nesse caso o parágrafo único do artigo 1.003, já que este prazo refere-se *“às obrigações decorrentes do simples fato do cedente ser sócio da sociedade, previstas em lei, no contrato ou negócios da sociedade”*⁴⁰³.

Em face dos credores da sociedade, o cedente é responsável pelas obrigações que contraiu como sócio da sociedade, nos mesmos moldes do parágrafo único do artigo 1.003 do Código Civil, pois como visto não há incidência do artigo 1.032 do mesmo código.

Destarte, acaso seja demandada a sociedade por crédito trabalhista, o cedente continua responsável pelo pagamento do crédito pelo prazo de dois anos, se averbada a modificação contratual. Até porque incidem os artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, como visto acima.

Porém, deve-se perquirir a origem do crédito trabalhista, pois se o empregado foi contratado após a saída do sócio cedente, este nada de responsabilidade terá de arcar, já que consubstancia em obrigação contraída após a modificação contratual.

Da mesma forma, se o crédito fiscal foi constituído antes da cessão das quotas devidamente averbada, ficará o cedente responsável pelo seu pagamento, pelo prazo de dois anos. Agora, se o crédito tributário for constituído após averbação da alteração contratual, o cedente não será mais responsável, pois, repisa-se, é uma obrigação advinda após sua saída, sendo que ele nada mais opina na gerência ou administração da sociedade limitada.

Não se pode olvidar de mencionar novamente que essa responsabilidade do sócio cedente, perante a sociedade e terceiros, é solidária com o cessionário, podendo qualquer deles serem demandados para cumprimento da obrigação, limitada a responsabilidade do cessionário em dois anos, se devidamente averbada a modificação contratual.

⁴⁰³ PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. GOTLIB, Renzo Brandão. **CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE LIMITADA E ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL: RESPONSABILIDADE CIVIL DO CESSIONÁRIO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA E DO ADQUIRENTE NO CONTRATO DE TRESPASSE.** 2010. Disponível em: www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100728182614.pdf. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

Alfim, o Código Civil não regulou as relações entre o cedente e os demais sócios e entre cedente e o cessionário. Tem-se assim que tais regulações se darão no campo da autonomia da vontade, ficando a critério das partes acordarem a melhor forma de estabelecerem essas relações.

Até porque a cabeça do artigo 1.003 do Código Civil assevera que não produzirá efeitos, perante a sociedade e terceiros, a alteração contratual que não for assinada por todos os sócios. Isso permite que o cedente e os demais sócios, por meio de contrato particular, possam entabular acordo de responsabilidade entre eles.

O cedente terá que fazer o acordo, uma vez que necessita das assinaturas dos demais sócios para que a alteração contratual produza seus efeitos. Caso contrário, continuará responsável pelas obrigações sociais.

De outro lado, o cedente e o cessionário também podem entabular acordo particular, visando estabelecer o preço das cotas, a forma de pagamento, os direitos, direito de preferência e, especialmente, direito de regresso. Como o parágrafo único não se aplica nessa relação jurídica, tem-se que, acaso não acordado, o direito de regresso do cessionário é de 10 (dez) anos, nos termos do artigo 205⁴⁰⁴ do Código Civil.

CONCLUSÃO

De tudo quanto exposto até aqui, pode-se concluir que, apesar dos efeitos econômicos serem idênticos, as responsabilidades dos sócios cedente, cessionário, trespasante e trespasário são diferentes.

No trespasse, a responsabilidade civil, os negócios jurídicos havidos entre a sociedade e terceiros, transferem-se para o adquirente, ficando este responsável pela continuidade desses negócios jurídicos. Todavia, pelas dívidas devidamente contabilizadas, fica o alienante coobrigado com o adquirente, pelo prazo de um ano, contados do registro da averbação à margem do contrato social da empresa na Junta Comercial.

Há uma sub-rogação subjetiva, uma vez que, sendo o estabelecimento pertencente ao patrimônio de um empresário ou sociedade empresária, o adquirente, que é outro empresário ou sociedade empresária, assume essa posição negocial que pertencia ao alienante.

Em verdade o adquirente, trespasário, assume todo o ativo e passivo do estabelecimento alienado. Por isso, sempre importante verificar a existência de passivo oculto, seja civil, trabalhista ou fiscal, pois o adquirente será responsável por ele, exceto se por eles não se comprometeu no contrato de trespasse.

Vimos que entre alienante e adquirente, para fins de responsabilidade entre um e outro, vale o que está no contrato de trespasse. Se o trespasário se compromete em assumir o passivo contabilizado e o oculto, vindo o trespasante pagar alguma dívida, pode este exigir ressarcimento pela via do regresso.

Do contrário, se o adquirente assumiu responsabilidade apenas do passivo contabilizado e for compelido a quitar dívida de passivo oculto, este poderá exigir do alienante do estabelecimento que o ressarça, pois não havia se comprometido a tanto.

Diferentemente na cessão de quotas, na qual, entre cessionário e cedente a lei não especifica a responsabilidade entre eles, tendo que tudo ser acordado no contrato particular de negociação das quotas sociais. Por sua vez, nas obrigações sociais existente enquanto sócio, o cedente responde solidariamente com o cessionário, por força do parágrafo único do artigo 1.003 do Código Civil.

Já no que se refere ao passivo trabalhista, não há distinção se houve trespasse ou cessão de quotas, uma vez que os artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho preservam intactos os direitos

⁴⁰⁴ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

adquiridos e os contratos de trabalho, porventura ocorre alteração na estrutura jurídica ou mudança na propriedade.

Destarte, cedendo-se quotas ou alienando-se estabelecimentos, podem os alienantes como os adquirentes serem responsabilizados pelas dívidas trabalhistas havidas na empresa.

Apresentou-se apenas uma situação não qual o sujeito não poderia ser responsabilizado, no ponto de vista do autor, já que na Justiça Trabalhista esse argumento sempre é derrubado. É o caso do sócio cedente e uma contratação de funcionário após sua saída, porquanto o cedente só responde pelas obrigações sociais da sociedade enquanto figurava como sócio. Se ele não faz mais parte dos quadros sociais e a contratação foi realizada após essa modificação, veja-se, devidamente averbada, não há motivos para responsabilização desse sócio.

Nos demais casos, haverá sim, responsabilidade dos sócios trespassante, trespassário, cedente e cessionário, havendo-se que perquirir apenas se existe ou não direito de regresso, previsto no instrumento particular de negociação, entre esses sujeitos.

Já em relação aos débitos tributários, seguem a mesma linha de raciocínio, porém, com algumas modificações, principalmente no contrato de trespassse. É que, alienando o estabelecimento empresarial ao adquirente e esse trespassante cessar exercício de atividade econômica, o trespassário será responsável direto pelos débitos tributários regularmente constituídos antes da transferência do estabelecimento.

Esse entendimento, vem do artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional. Portanto, cessado o exercício de atividade empresarial por parte do trespassante, o adquirente do estabelecimento arcará integralmente com esse passivo tributário, ainda que oculto.

Todavia, se o adquirente provar que o alienante prosseguiu explorando atividade empresarial, seja na mesma área, seja em outra área, ele responderá pelo crédito fiscal de forma subsidiária. Isso é, enquanto não esgotados os bens da pessoa que vendeu o estabelecimento, não se pode executar os bens da pessoa que comprou.

Na cessão de quotas, tanto cedente quanto cessionário, respondem solidariamente pelo crédito tributário regularmente constituído antes da averbação da alteração contratual. Assim, se no instrumento particular o cessionário se comprometeu em assumir esse passivo, porém, o cedente for demandado para o pagamento, pode este exigir direito de regresso. Da mesma forma, o inverso.

Assim como no passivo trabalhista, aqui nos créditos tributários o cedente não poderá ser demandado por tais dívidas, se estas forem constituídas após a devida averbação da alteração contratual, mesmo em caso de má-fé ou dolo, com violação da lei ou do contrato social. Atente-se que o cedente não faz mais parte dos quadros sociais e sua responsabilidade vai até o limite de dois anos após essa modificação averbada, além de ser pelas obrigações que tinha como sócio.

Outra conclusão que se chegou foi que não se confundem as responsabilidades previstas no parágrafo único do artigo 1.003 e do artigo 1.032, ambos do Código Civil, apesar de na doutrina sempre cumularemos esses dois dispositivos. Acredita-se que pelos efeitos práticos que os dois institutos oferecem.

A primeira diferença apontada foi o posicionamento no Código Civil. Enquanto o artigo 1.003 situa-se na seção “dos direitos e obrigações” do capítulo “das sociedades simples”, o artigo 1.032 localiza-se na seção “da resolução da sociedade em relação a um sócio” do mesmo capítulo.

A segunda, é que na cessão de quotas inexistente redução do quadro social, exceto no caso de cessão para outro sócio da mesma sociedade. Já na retirada, expulsão ou morte necessariamente haverá redução do quadro societário.

Outra diferença é que na cessão de quotas, para ter eficácia perante a sociedade e terceiros, a alteração contratual deve estar assinada por todos os demais sócios da sociedade, uma espécie de autorização, como se observa no parágrafo único do artigo 1.057 do Código Civil.

Por outro lado, para o sócio se retirar da sociedade ele não depende de autorização dos outros sócios, basta que ajuíze uma demanda de resolução parcial da sociedade com base na inexistência da *affectio societati*. O mesmo vale para a expulsão e morte, isso é, são reduções do quadro societário que independem da vontade de todos os sócios.

Em suma, viu-se que a responsabilidade de cada um dos sujeitos participantes dos negócios jurídicos apresentados é diferente, em que pese apresentarem efeitos econômicos práticos similares.

REFERÊNCIAS

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2v.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2009.
- WALD, Arnaldo. **Comentários ao novo Código Civil: livro II - do Direito de Empresa**. TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). 15v. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GIALLUCA, Alexandre. SANCHEZ, Alessandro. **Direito empresarial**. in Coleção OAB. Niteroi: Impetus, 2012.
- NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Direito societário avançado**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. **O estabelecimento**. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de Empresa no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. GOTLIB, Renzo Brandão. **CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE LIMITADA E ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL: RESPONSABILIDADE CIVIL DO CESSIONÁRIO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA E DO ADQUIRENTE NO CONTRATO DE TRESPASSE**. 2010. Disponível em: www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100728182614.pdf

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES: A efetividade das competências atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça para a redefinição dos valores jurídicos, sociais e políticos do Estado

SPECIAL REPETITIVE APPEAL AND PRECEDENTS BINDING: The effectiveness of the powers conferred on the Superior Court of Justice for the redefinition of the legal, social and political values of the State

*Pedro Henrique Braga Alves*⁴⁰⁵

RESUMO

Este trabalho busca apresentar os aspectos estruturais do Poder Judiciário brasileiro, trazendo uma abordagem histórica dos tribunais superiores, demonstrando as competências atribuídas às Cortes de superposição na preservação do estado federado e de sua ordem jurídica, pautando na importância da efetividade das competências atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça para os valores jurídicos, sociais e políticos do estado por meio do recurso especial repetitivo, bem como seus reflexos com o novo Código de Processo Civil. Entende-se que houve a redefinição dos papéis do STJ perante a sociedade, buscando solucionar questões de respeito aos precedentes e garantia à segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito Processual. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial repetitivo. Vinculação dos precedentes. Valores.

ABSTRACT

This paper aims to present the structural aspects of the Brazilian Judiciary, bringing a historical approach of the superior courts, evidencing the competences attributed to the superposition courts in the preservation of the federal state and its legal order, based on the importance of the effectiveness of the competences attributed to the Superior Court of Justice (STJ) for the legal, social and political values of the state through the repetitive special appeal, as well as its reflexes with the new Code of Civil Procedure. It's understood that the role of the STJ has been redefined towards society, awaiting to solve questions of precedents respect and guarantee the legal certainty.

Keywords: Procedure Law. Superior Court of Justice. Repetitive special appeal. Precedents binding. Values.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015, com a redação da Lei n. 13.256/2016), trouxe no bojo dos arts. 926 e 927, a obrigatoriedade dos tribunais observarem a

⁴⁰⁵ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro-Oeste - UNIDESC. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Advogado.

jurisprudência e as decisões que possuem o caráter de precedentes judiciais, com o objetivo de assegurar a segurança jurídica e evitar a superlotação de processos no Poder Judiciário, garantindo assim uma prestação jurisdicional mais correta e uniforme.

Contudo, a vinculação de precedentes disposta no Código de Processo Civil pode acarretar em determinados efeitos sobre a população, causando uma ressignificação dos valores jurídicos, sociais e políticos do Estado a serem exercidos pelo Superior Tribunal de Justiça, quando em julgamento de recursos repetitivos. A ressignificação do papel político, jurídico e social do STJ realmente ocorreria? Qual seria o alcance de sua vinculação? Essas perguntas e outras decorrentes destas serão abordadas no estudo do presente trabalho.

O referido tema deve ser discutido de forma aprofundada, pois o novo Código de Processo Civil, com suas modificações trazidas, afetará Direito brasileiro em demasia, visto não se tratar apenas de alteração do CPC, mas de uma ressignificação dos papéis políticos a serem exercidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Apesar de a matéria que trata dos papéis dos referidos tribunais aproximar-se mais de uma discussão constitucional, sem dúvida que o novo Código de Processo Civil, quando, ao tratar da ordem dos processos nos tribunais e do recurso especial, atribui ao processo importante missão na consolidação do controle político das cortes de superposição.

O trabalho de pesquisa busca apresentar os aspectos estruturais do Poder Judiciário brasileiro, trazendo uma abordagem histórica dos tribunais superiores, demonstrando as competências atribuídas às Cortes de superposição na preservação do estado federado e de sua ordem jurídica, pautando na importância da efetividade das competências atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça para os valores jurídicos, sociais e políticos do estado por meio do recurso especial repetitivo, bem como seus reflexos com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15), com a disposição de observância dos precedentes judiciais.

O trabalho será embasado em análise de doutrina, norma, legislação constitucional e infraconstitucional, artigos científicos e em notícias veiculadas pela mídia especializada. A metodologia de pesquisa aplicada baseia-se no método hipotético-dedutivo (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 106), firmando-se em pesquisas bibliográficas e terá foco em analisar os fundamentos históricos dos tribunais superiores pátrios, bem como a efetividade da competência do STJ para os valores jurídicos, sociais e políticos do Estado por meio do recurso especial repetitivo, especialmente com o advento da observância dos precedentes fixada no novo Código de Processo Civil.

1 Aspectos estruturais do Poder Judiciário brasileiro: A Constituição da República (1988) e a reestruturação do Poder Judiciário

Para melhor entendimento do marco trazido pela Constituição da República de 1988, necessário se faz o estudo, mesmo que superficial, da formação do sistema constitucional brasileiro, até a formação da Constituição Federal atual e suas emendas que reestruturaram o Poder Judiciário.

O sistema constitucional pátrio foi influenciado, em demasia, pelo modelo de federalismo norte-americano, mas não possuiu a mesma construção nem a mesma eficácia que os Estados Unidos da América em sua formação.

O federalismo norte-americano foi instituído em obediência ao modelo confederativo, para, logo após, alcançar o federalismo. A Constituição dos Estados Unidos adota o modelo federalista com imposição de limites ao Poder Legislativo. Entretanto, essa mudança não foi feita de forma intuitiva, havendo muita discussão e repugnância entre as duas maiores forças políticas da época em detrimento às propostas umas das outras. De um lado, destacavam-se os “centralistas”, que entendiam que o modelo confederativo era insuficiente diante do grande desafio de estabelecer um governo democrático que pudesse governar efetivamente um país de dimensões territoriais extremamente vastas, devendo, então, o grande poder ser concentrado no poder central. De outro lado, os *state-righters*, ainda suscetibilizados pela sombra dos ideais da forma de governo dos tempos de colônia, não queriam se submeter às regras que, de certo modo, lembrasse o seu passado (DANTAS, 2012, p. 44-45).

Os Estados Unidos da América, após sua independência da Inglaterra, deveriam tomar uma decisão quanto os rumos de seu Direito pátrio, rompendo-se totalmente com o modelo inglês ou adotando este modelo, conhecido como *common law*. Todavia, os *Articles of Confederation*, datado de 1777, não proviam o país de um Poder Executivo rijo que fosse capaz de unir os Estados, bem como não traziam em seu bojo as fundações de um sistema judiciário federal. Com isso, a Constituição dos EUA, promulgada em 1787, conforme lição de Côrtes (2006, p. 172-173), trouxe estabilidade ao sistema jurídico americano, “impondo a ordem e a obediência aos poderes federais, mas sem engessar e imobilizar os Estados-Membros”.

No Brasil, conforme traz José Afonso da Silva (1963, p. 5), apesar de possuir fundamentos históricos totalmente distintos dos norte-americanos, os pontos determinantes para a escolha de um estado federado foram o aspecto histórico-cultural do povo que o compunha e as dimensões territoriais e suas enormes diversidades entre o seu povo. O Estado brasileiro partiu de um unitarismo para uma forma federativa, em que um poder central deu aos

estados regionais o seu poder de Estado autônomo, diferente do caso norte-americano em que o processo foi dado na união de Estados soberanos em uma forma federativa, dando à União a sua competência e poder, demonstrada na grande autonomia que os Estados-membros ainda mantêm em relação ao poder central.

Com a Proclamação da República do Brasil, em 1889, foi editada a primeira Constituição Republicana, datada de 1891, tentando construir o federalismo originando-se do poder central para os seus Estados-membros. Sobre essa centralização do poder, Bruno Dantas (2012, p. 53-54) traz que essa tendência ainda se mantém nos dias de hoje, verificando-se nitidamente sobre a distribuição do poder de tributar, com a “crescente instituição de contribuições sociais, que atualmente excluem a participação dos Estados e dos Municípios da repartição das receitas – e das competências legislativas”.

A Constituição Republicana de 1891, além de implementar o modelo federativo de Estado no Brasil, apresentou em seu bojo um sistema jurídico híbrido, utilizando-se do sistema jurídico de *civil law*, diferente de seu influenciador norte-americano que utiliza o sistema jurídico do *common law*.

Após a Constituição Republicana, foi editada a Constituição de 1934, substituída pela de Constituição de 1937, em seguida pela de Constituição de 1946, esta última pela de Constituição de 1967 e, por fim, pela atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Durante esse período de transição entre a Constituição de 1934 e a chegada da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal era encarregado de zelar pela integridade do direito federal constitucional e infraconstitucional brasileiro, refletindo a enorme concentração de poderes dados à União. Esse fenômeno de centralização exagerada de poder para a União gerava uma unidade do direito nacional, deixando o modelo federativo decerto incompleto (DANTAS, 2012, p. 54).

Em sua obra, José Afonso Silva (1963, p. 9) faz uma reflexão sobre os dados trazidos na Constituição de 1946 e sobre a unidade do direito nacional que existia naquele momento, conforme se verifica:

O que existe é uma descentralização judiciária. As chamadas Justiças estaduais não são propriamente estaduais, senão órgãos da Justiça nacional descentralizados. Descentralização de tipo especial, mas essencialmente descentralização. Aos Estados cabe tão somente o direito (melhor diria o ônus) da organização judiciária; mesmo assim segundo os princípios que lhes traça a Constituição Federal, e ainda o direito de dividir, como bem entender, o seu território em circunstância judiciária. E é somente nesse sentido que se pode falar em Justiças estaduais; locais pela organização, pela manutenção. No mais, não diferem em nada das Justiças federais, assim chamadas as Justiças Especiais, organizadas e mantidas pela União, como a do Trabalho e a Eleitoral, que, por sinal, são também descentralizadas.

José Afonso da Silva (1963, p. 454) também entende que o modo de solucionar esses problemas seria “[...] por uma reforma constitucional no capítulo do Poder Judiciário Federal, com o fim de redistribuir competências e atribuições dos órgãos judiciários da União”. E para isso, traçou três planos para sua proposta ser funcional, quais sejam:

a) o plano dos direitos e interesses subjetivos, que, sob esse aspecto, e no processo ficará restrito ao sistema judiciário que conheceu a lide; b) o plano da inteireza, a autoridade e unidade do Direito objetivo federal, para cuja sustentação se dará um instituto, que levará o processo judicial para além do sistema judiciário, ou seja, até o órgão de cúpula da estrutura judiciária correspondente, mas daí não passará; c) o plano da supremacia e das garantias constitucionais, para cuja efetivação haverá um instituto recursal, que carregará o processo para além da estrutura judiciária nacional, vale dizer, até o Supremo Tribunal Federal. (SILVA, 1963, p. 455)

Até a edição da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal acumulava em suas competências a tutela jurisdicional de todo direito federal, seja ele constitucional ou infraconstitucional, sendo competente para analisar recursos de toda federação e que tratavam de, praticamente, todas as matérias jurídicas. Assim, foi-se gerando um grande número de autos que abarrotavam o tribunal, acumulando e atrasando em demasia o julgamento dos recursos. Com isso, foi-se vista a comumente chamada na doutrina Crise do Supremo Tribunal Federal (DANTAS, 2012, p. 55) ou Crise do Extraordinário (MENDES; BRANCO, 2011, p. 994).

Na tentativa de descongestionar o STF, com o advento da CF/88, foi instituído o Superior Tribunal de Justiça – STJ, com o fim de avocar parte de sua competência sobre o direito federal, tratando especificamente sobre questões de direito infraconstitucional por intermédio do recurso especial.

Entretanto, assim mesmo não foi alcançado o efeito objetivado na instituição de um novo Tribunal, posto que simplesmente foi criado mais um recurso cabível da mesma decisão, podendo este ser interposto ao mesmo tempo do recurso extraordinário para o STF (DANTAS, 2012, p. 58). A Constituição de 1988 não trazia nenhum tipo de pressuposto de admissibilidade para o recurso extraordinário e o recurso especial, fazendo com que os tribunais ficassem cada vez mais abarrotados de recursos. A instituição das figuras da repercussão geral para admissão do recurso extraordinário e do prequestionamento para o recurso especial geraram grandes vantagens em desafogar os tribunais quanto ao cabimento de seus recursos.

1.1 Competências atribuídas às Cortes de superposição na preservação do estado federado e de sua ordem jurídica

Os papéis dos Federalistas, coleção de oitenta e cinco artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, fomentaram e estimularam a elaboração e adoção do modelo federalista pelos EUA, apontando defeitos de um modelo confederativo, os pontos que deveriam ser abordados e necessários para instituição do federalismo e o modelo judiciário que deveria ser seguido. Assim traz os artigos nº 22 e 81, escritos por Alexander Hamilton:

Uma circunstância que coroa os defeitos da Confederação resta ainda a ser mencionadas: a necessidade de um Poder Judiciário. Leis são letra morta sem as cortes para interpretar e definir seu verdadeiro significado e aplicação. Os tratados dos Estados Unidos, para realmente ter força, precisam ser considerados como parte de uma lei da terra. Sua real importância, no que concerne os indivíduos, tem, como todas as outras leis, de ser avaliada por julgamentos judiciais. Para produzir uniformidade nesses julgamentos, eles devem ser submetidos, como último recurso, a um tribunal supremo. E esse tribunal deve ser instituído sob a mesma autoridade que elaboram os tratados. Esses ingredientes são indispensáveis. Se existir em cada Estado uma corte de instância final, existirão tantas diferentes decisões irrecorríveis sobre o mesmo tema na mesma proporção de tribunais existentes. Existem inúmeras variedades nas opiniões dos homens. Frequentemente não vemos isso somente em cortes diferentes, como também em juízes da mesma corte divergindo um do outro. Para evitar a confusão jurídica causada que inevitavelmente resultaria das decisões contraditórias de um número de um grande número de judicaturas independentes, todas as nações julgaram necessário estabelecer uma única corte superior às demais, possuindo uma superintendência geral e autorizada a determinar e declarar em última instância uma regra uniforme da justiça civil. (HAMILTON, 1787a, tradução nossa).

As seguintes percepções talvez tenham sido pensadas para influenciar a convenção, em relação a este ponto em particular. A jurisdição apelatória da Suprema Corte (pode ter sido alegado) irá se estender a causas julgadas de diferentes modos, alguns com base no *common law*, e outras com base no *civil law*. Naquelas, a revisão da lei somente será, genericamente, a competência apropriada da Suprema Corte; nestas, o reexame do fato tem uso conveniente e, em alguns casos, nos quais já julgamento de prisioneiros, por exemplo, pode ser essencial para a preservação da paz pública. É, portanto, necessário que a jurisdição apelatória abranja, em certos casos, no sentido mais amplo a análise do fato. Não será solução realizar uma expressa exceção das causas que deveriam ter sido originariamente julgadas por um júri, pois nas cortes de alguns Estados todas as causas são julgadas deste modo; e tamanha exceção pode obstar a revisão de matéria de fato, tanto caso eles tenham sido bem analisada ou não. Para evitar todas as inconveniências, será mais seguro declarar, de modo geral, que a Suprema Corte possui jurisdição apelatória tanto para a lei quanto para o fato, e que essa jurisdição deverá se sujeitar às exceções e regulamentações, na forma que o Legislativo determinar. Isso permitirá o governo a modifica-la de uma maneira que será a melhor resposta aos interesses da justiça e segurança públicas. [...] A soma dessas observações até agora feitas da autoridade do departamento judicial é esse: que ele foi cuidadosamente restringido às causas que eram manifestamente próprias da competência da judicatura nacional; que, na repartição dessa autoridade, uma pequena porção da jurisdição original foi preservada para a Suprema Corte, e o resto consignada aos tribunais subordinados; que a Suprema Corte irá possuir uma jurisdição apelatória, tanto na lei quanto no fato, em todos os casos encaminhados a eles, ambos sujeitos, entretanto, a qualquer exceção e regulamentação que pensar oportuno; que essa jurisdição apelatória não irá, em nenhum caso, abolir o julgamento pelo júri; e que um grau normal de prudência e integridade nos conselhos nacionais irão nos garantir vantagens sólidas de um implantação de um Judiciário do modo que foi proposto, sem nos expor a nenhuma das inconveniências que vem sido previstas por muitos. (HAMILTON, 1787b, tradução nossa).

Assevera Hamilton que a falta de tribunais que possam interpretar e definir os verdadeiros sentidos de uma lei faz com que esta se torne letra morta. Assim, fazia-se necessária a existência de um Tribunal Supremo que trouxesse uniformidade nos julgamentos, fazendo-se como corte de última instância para julgamento dos recursos das cortes estaduais. A falta desta corte de última instância traria uma enorme insegurança jurídica, porquanto seriam geradas tantas decisões irrecorríveis quanto o número de tribunais versando sobre o mesmo assunto de modo diverso. Assim, a instituição de uma corte de superposição garantiria a preservação do estado federado e de sua ordem jurídica.

Ademais, trouxe que a Suprema Corte teria como competência uma pequena parcela de jurisdição original, sendo que o restante seria atribuído aos tribunais ordinários. Além dessa jurisdição original, de acordo com Hamilton, a Suprema Corte teria uma jurisdição apelatória, tanto quanto a lei como quanto aos fatos, em todos os casos que lhe forem encaminhados, sujeita, porém, a certas “exceções” e “regulamentações” que forem estipuladas recomendáveis.

Entretanto, como os dispositivos da Constituição norte-americana não eram auto-executáveis no que tange ao Poder Judiciário, foi aprovado pelo Congresso, em 24 de setembro de 1789, o chamado *Judiciary Act to Establish the Judicial Courts of the United States*, que organizou a Justiça da União, criando as *district courts*, que funcionavam com competência separada das cortes estaduais.

Côrtes, ao citar a lição de Daniel John Meador (2000), traz que foram definidas como Cortes estaduais as *Trial Courts* e as *Apellate Courts*. São Cortes, em âmbito federal, encarregadas da preservação dos direitos garantidos pela legislação federal e da resolução de conflitos interestaduais e internacionais as *District Courts*, as *Courts of Appeals* e a *Supreme Court* (única estabelecida de forma direta pela CF americana, ocupando o ápice da pirâmide judiciária norte-americana, possuindo a competência de reformar todas as decisões das *courts of appeals* e das supremas cortes estaduais, quando envolvida questão federal). (CÔRTEES, 2006, p. 176-177).

A Suprema Corte americana exercia sua função de controle sobre as decisões por intermédio do *writ of error* até 1925, quando, por substituição na reforma judiciária, até hoje realizada pelo *writ of certiorari*. A lei de 1925, na lição de Bruno Dantas (2012, p. 103-104), assumiu um papel de marco da discricionariedade judicial exercida pela Suprema Corte. Além disso, conforme sustentado pelo Chief of Justice William Taft, em 1928, no caso *Olmstead v. United States*, a Suprema Corte americana pode, mediante *writ of certiorari* ou *writ of certification* (que mais tarde tivera sua competência esvaziada), extrair apenas as questões específicas de que a Suprema Corte entendesse dignas de apreciação, descartando-se o

remanescente, ignorando as questões infraconstitucionais e limitando-se ao exame somente das questões constitucionais, de livre escolha por parte da corte. Esta prática só foi inteiramente firmada com a aprovação da *Supreme Court Case Selection Act* de 1988.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o tribunal de cúpula do Poder Judiciário responsável em ser Corte excepcional, primar pela guarda da Constituição Federal no direito brasileiro e analisar a (in)constitucionalidade das normas, por meio de análise de casos concretos, realizando o controle difuso de constitucionalidade, e por meio de casos abstratos, realizando o controle concentrado de constitucionalidade.

Instituído em 1828, o Supremo Tribunal Federal possuía originalmente o nome de Supremo Tribunal de Justiça, sendo o órgão judicial brasileiro mais antigo da história pátria. Com a Constituição Republicana de 1891, influenciada pela doutrina norte-americana, foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, possuindo a competência precípua de aferir a constitucionalidade da aplicação do Direito por meio de um recurso⁴⁰⁶, além da competência para decisão de causas e conflitos entre a União e seus Estados-membros (MENDES; BRANCO, 2011, p. 973).

Já o Superior Tribunal de Justiça, instituído em 1988 pela Constituição Federal do mesmo ano, realiza a tutela do direito federal infraconstitucional, preservando a interpretação adequada e a unidade do direito federal ordinário em relação às causas julgadas pelos tribunais federais comuns e pelos tribunais estaduais (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1.010). Instituído após o asseveramento de processos e recursos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, avocou certas competências do único Tribunal de sobreposição responsável, antes da vigência da CF/88, pela unidade do direito federal.

Essas atribuições dadas às cortes de superposição brasileiras asseguram a aplicação uniforme do direito constitucional e infraconstitucional. Possui uma intensa relevância na manutenção do modelo de Estado federado aplicado no Brasil, trazendo a segurança jurídica ao direito federal e aplicando o sistema híbrido de *civil law* que foi asseverado pela Constituição Federal de 1988.

1.2 Superior Tribunal de Justiça: competências herdadas do Supremo Tribunal Federal e a formação de jurisprudência específica sobre matéria federal

⁴⁰⁶ Na Constituição Federal de 1891, em seu art. 59, não havia menção ao nome “recurso extraordinário”, sendo chamado somente de “recurso”. Entretanto, a Lei nº 221, de 20/11/1894, de organização da Justiça Federal, em seu art. 24, utilizou a expressão “recurso extraordinário”.

O Superior Tribunal de Justiça foi a corte nacional instituída na Constituição Federal de 1988, e possui a competência primordial de guardião da unidade do direito federal no que concerne às leis e atos normativos de âmbito infraconstitucional, excluindo-se as competências das cortes especiais que possuem competência específica sobre a matéria, como o Tribunal Superior do Trabalho – TST e o Tribunal Superior Eleitoral – TSE.

O STJ tornou-se uma corte de enorme função na formação da jurisprudência nacional. Apesar de continuar exacerbado com recursos, vem exercendo um papel extraordinariamente significativo para a formação da jurisprudência do direito federal infraconstitucional, algo que seria impossível caso essa competência fosse mantida somente junto ao Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, mesmo assim a Corte continua cada vez mais submersa em processos, apesar de possuir o triplo de ministros do STF. Isso se dá, conforme leciona Mancuso (2011, p. 429), por conta da centralização enorme das competências legislativas exclusiva ou privativa da União. Assim, torna-se cada vez mais fácil exprimir que de um julgado do TJ ou do TRF tenha questão federal a ser analisada que esteja dentro das possibilidades cabíveis do recurso especial.

Em temas diversos infraconstitucionais, o STJ atuou incessantemente para garantir uma jurisprudência una e manter a segurança jurídica em seus julgados. Sidnei Beneti (2014) traz passagem sobre a formação da jurisprudência nacional pelo STJ, bem como a importância que lhe é dada pela população:

O conhecimento dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça é essencial para todos os profissionais do meio jurídico e para empresas e cidadãos. O acesso constante aos julgados do Tribunal, em pesquisas pelo “Site” da Corte, e a marcante presença desses julgados nos repertórios de jurisprudência demonstram a extraordinária relevância da orientação jurídica do Tribunal. Quem tem olhos para ver, verá os julgados do Superior Tribunal de Justiça nas mesas e computadores de trabalho de todos os profissionais do meio jurídico. Verá que sobre eles se debruçam advogados, aconselhando os clientes na realização de contratos, na prática de atos jurídicos e na preparação para a litigância, o mesmo ocorrendo com os próprios agentes da vida jurídica no âmbito nacional e estrangeiro.

A previsibilidade da interpretação jurídica constitui anseio nacional, fator de estabilidade das relações sociais, econômicas, políticas e administrativas e elemento necessário ao desenvolvimento econômico e ao aprimoramento dos fatores civilizatórios profundos subjacentes na sociedade brasileira. Nos vinte e cinco anos de vida do Superior Tribunal de Justiça, novas exigências e condições surgiram no meio judiciário nacional. A própria Magistratura veio a criar condições de observar o funcionamento do mecanismo formador da jurisprudência estável para todo o país.

Assim, o STJ tomou uma grande importância para a análise e estudo do direito federal infraconstitucional, mesmo sendo um tribunal tão jovem. O desenvolvimento da jurisprudência vem se tornando cada vez maior e sua importância para os valores jurídicos, sociais e políticos

do Estado vem se tornando cada vez mais aparentes. Este último ponto torna-se de inegável importância para análise, posto se tratar de um dos objetos do presente estudo.

O STJ tem trazido importantes contribuições para os valores jurídicos, sociais e políticos do Estado. Para início deste estudo, oportuno se faz a menção do texto de Sidnei Beneti (2014), sobre este assunto:

A função do Superior Tribunal de Justiça, como Corte nacional, no sistema de organização judiciária do país, consiste em, pela operação de abstração à análise dos precedentes individuais, extrair a ideia universal jurídica que constitui a jurisprudência. Vê-se que o Superior Tribunal de Justiça possui missão constitucional muito mais profunda que a por vezes erroneamente imaginada de julgar conflitos individuais trazidos pelos jurisdicionados. Acima de cada litígio unitário e além do interesse de cada litigante, compõe o Superior Tribunal de Justiça a visão panorâmica do conjunto. Em outras palavras, exige-se a visão de toda a sociedade que frequenta os autos vindos a exame no Superior Tribunal de Justiça. Daí se segue que o julgamento do Superior Tribunal de Justiça é de interesse, antes de mais nada, de toda a sociedade brasileira. Quando as partes trazem o caso ao Superior Tribunal de Justiça, buscando a reforma do julgado do tribunal de origem, que as desfavoreceu, fazem no implicitamente pedindo, em primeiro lugar, a proclamação da jurisprudência para toda a sociedade nacional e, apenas em segundo lugar, a reforma do julgado para que o julgamento que as desamparou seja corrigido de acordo com a jurisprudência, que se proclame.

Verifica-se que os Tribunais nacionais possuem como objeto a unidade do direito federal, manter um Estado federado unido e regular o controle judicial de suas leis federais. A regulação do direito federal constitucional e infraconstitucional possui grande impacto na sociedade brasileira, posto a competência privativa e exclusiva da União em legislar sobre muitos assuntos do cotidiano do cidadão comum.

A regulação do direito federal infraconstitucional possui grande impacto na população brasileira, posto a competência privativa e exclusiva da União em legislar sobre muitos assuntos do cotidiano do cidadão comum.

Necessário ressaltar as competências legislativas da União, em caráter privativo, trazidos no bojo do art. 22 da Constituição Federal de 1988. Ao analisar o artigo, é possível verificar que a União acumula em sua competência privativa os assuntos e áreas mais recorrentes e que exigem maior legislação e de maior massa de processos judiciais. Somente as áreas de direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho, constantes do inciso I, são os assuntos que hoje mais acumulam processos nas instâncias ordinárias. E, sendo direito federal legislado pela União, são passíveis de recurso especial para o STJ.

Assim, os julgados do STJ, ao tratar de temas importantes e recorrentes, afetam os valores jurídicos, sociais e políticos do Estado brasileiro.

Jurídico no que tange à sua jurisprudência servir de parâmetro para as instâncias inferiores, tendo em vista que, apesar do sistema *civil law* brasileiro, os precedentes e a jurisprudência são cada vez mais defendidos e apreciados pelos membros do corpo jurídico pátrio, sendo ressaltado ainda mais com a tutela dos precedentes trazidos pelo novo CPC de 2015.

No aspecto social, atinge a sociedade diretamente, posto tratar de temas que modificam o cotidiano da população e seus entendimentos sobre a evolução social.

Por fim, no aspecto político, vem a tutela de seus julgamentos sobre o funcionamento administrativo do Estado, sobre a validade de suas condutas e diretrizes e, não menos importante, a preservação da federação no âmbito infraconstitucional. É patente que, apesar disso, exista a independência dos três Poderes, cabendo, então, ao STJ fiscalizar as políticas públicas, do ponto de vista da legislação infraconstitucional, para que não infrinjam as normas infraconstitucionais, bem como que não haja regressão no aspecto político-social do Estado.

2 A efetividade das competências atribuídas ao STJ para a redefinição dos valores jurídicos, sociais e políticos do Estado por meio do recurso especial repetitivo e da vinculação dos precedentes

Uma das mais importantes funções dos tribunais superiores está relacionada à tutela dos direitos humanos e à afirmação do Estado – no âmbito da proteção do seu direito (efetividade e uniformidade) – mantendo-se a unidade do direito federal, seja em âmbito constitucional ou infraconstitucional. Nessa linha de compreensão, os tribunais de superposição atuam (ou deveriam atuar) nos conflitos de ordem sociológica, que se demonstrem fundamentais à estabilidade dos valores humanos, sociais e políticos. As decisões por eles proferidas, considerando a abrangência nacionalizada, tornam-se importantes referências na definição e redefinição dos valores da sociedade. Ela passa a se pautar à luz das orientações judiciais formadas.

As ações individuais com questões de direito congêneres vêm, cada vez mais, assoberbando o Poder Judiciário, acarretando em julgamentos díspares para cada caso, ferindo a isonomia dos julgamentos em casos semelhantes. Conforme já asseverado, a formação do Estado federado brasileiro se deu em um contexto histórico diferente do norte-americano, já que o Brasil possuía uma identidade mais una e centralizadora do povo do que os Estados Unidos, que possuíam estados autônomos que atribuíram competências e poder para a União. Isso, portanto, aliado ao fato das questões de direito mais recorrentes serem legisladas em

âmbito federal, vem trazendo um excesso de trabalho ao Superior Tribunal de Justiça, que deixa de realizar julgamento de teses com um esforço cognitivo mais aprofundado, se preocupando cada vez mais com a realização de jurisprudência defensiva com fito de evitar o julgamento excessivo de recursos.

O julgamento dos recursos repetitivos trouxe ao STJ a possibilidade de trabalhar teses sobre questões de direito a serem aplicadas em processos individuais em âmbito nacional, proporcionando isonomia de julgamento nos processos individuais em todo o território nacional, garantindo a prestação de segurança jurídica nos julgamentos, quando da aplicação da tese a casos concretos. Ocorre que, em um sistema de vinculação de força média de precedentes⁴⁰⁷, somente o poder persuasivo da decisão do STJ não possuía o escopo de obrigar os tribunais a aplicarem o precedente, perdendo certa eficácia do julgamento de casos repetitivos.

Com o advento do CPC/2015, questiona-se se o art. 927, III, atribuiu força vinculativa forte para o recurso especial repetitivo, obrigando os tribunais a observarem as teses jurídicas firmadas em julgamento do recurso piloto. Com isso, não só os tribunais de jurisdição inferior, bem como a Administração Pública ficam obrigados a observar as teses firmadas em julgamento de recursos especiais repetitivos.

Sobre a vinculatividade forte do recurso especial repetitivo, Rodrigo Becker e Victor Trigueiro (2016) mencionam em artigo jurídico que ainda existem discussões doutrinárias sobre a característica forte dos precedentes mencionados nos incisos do art. 927, mas todos os doutrinadores citados concordam em (Teresa Wambier, Maria Lúcia Conceição, Leonardo Ribeiro, Barroso e Mello) determinar que os recursos repetitivos possuem eficácia normativa em sentido “forte”, mantendo a discussão somente nos incisos IV e V do artigo supracitado.

Entretanto, a atribuição da força vinculativa dos recursos repetitivos gerou inúmeros questionamentos quanto à redefinição do papel do Superior Tribunal de Justiça em face dos

⁴⁰⁷ Segundo Eduardo Talamini, no sistema de vinculação de decisões judiciais, toda decisão judicial possui poder vinculante em face do grau de jurisdição inferior, dentro do processo em que ela foi proferida. A questão tratada em seu texto extrai em que grau a decisão tomada por um determinado Tribunal vincula os órgãos jurisdicionais inferiores e, até mesmo, a Administração Pública, em relação a outras demandas, entre outras partes. Portanto, qual seria a relação vinculante *erga omnes* e a relação vinculante *inter partes*. Assim, a força de vinculação fraca, em sua concepção, seria a força persuasiva intrínseca da decisão judicial, que somente possui o efeito *inter partes*, não afetando outros processos com outras partes, mas que possuem a possibilidade de integrar jurisprudência passível de aplicação em outros casos, mas sem o aspecto vinculativo de um precedente de aplicação de força “forte”. Já na vinculação de força média, “a ênfase não está tanto na imposição, na obrigatoriedade, de observância do precedente [...], mas sim na autorização ao órgão jurisdicional inferior (ou ao procurador público) para que ele deixe de observar uma determinada imposição, para que ele possa, invocando o precedente, simplificar sua atividade”. TALAMINI, Eduardo. *O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>> Acesso em: 02 nov 2016.

valores jurídicos, sociais e políticos do Estado, bem como sua relação harmoniosa entre os outros dois Poderes basilares da formação do Estado brasileiro.

A função precípua de uma Corte Superior, conforme já discutido, é a de definir o os rumos do direito, não devendo ser tratada como mera corte de correção, ou uma corte de “terceira” instância, como vem sendo tratada na prática pelos aplicadores do direito, ou por partes cada vez mais insatisfeitas com a insegurança jurídica e a prestação jurisdicional não isonômica prestada pelos tribunais de jurisdição inferior. Dessa forma, assevera Marinoni (2015):

Ao decidir, o STJ agrega conteúdo à ordem jurídica vinculante, que deixa, assim, de constituir sinônimo de ordem legislada. Por consequência, a “decisão” da Corte passa a orientar a vida em sociedade e a regular os casos futuros. Se a Corte reconstrói o produto do legislativo para atribuir sentido ao direito, a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica apenas não serão violadas se o precedente instituído for respeitado pelos juízes e tribunais inferiores. De modo que a obrigação de respeito é tão somente consequência da função contemporânea da Corte.

Com esses pontos definidos, necessário se faz trazer à baila os questionamentos realizados em face desta redefinição do papel do STJ com a observância de seus precedentes baseados em recursos especiais repetitivos, cuja existência fora supramencionada. Poderiam essas competências atribuídas ao STJ possuírem efetividade para afetar os valores jurídicos, sociais e políticos do Estado? Verificaremos a seguir.

2.1 O Superior Tribunal de Justiça enquanto corte de precedentes na ordem jurídica e seu papel ante suas funções sociais e da observância dos seus julgados

O STJ, como corte de sobreposição, baseando-se no pensamento de Eisenberg (1988 *apud* PEREIRA, 2013), possui duas funções precípuas perante a sociedade: 1) dar resolução a pretensões jurídicas resistidas, tendo em vista que as sociedades complexas necessitam que a resolução de suas disputas jurídicas seja realizada por um órgão capaz de trazer coerência, integridade e discussão jurídica sobre o tema; 2) a segunda função seria tratada como um aumento no estoque das normas jurídicas, atuando de forma complementar ao que estiver vacante de normatização. Partindo deste pressuposto, a função da referida corte se define na fixação de normas jurídicas, dando coerência, estabilidade e integridade no sistema, possuindo diretamente influência nos valores sociais e políticos das relações da sociedade.

Para possuir eficiência nestas funções, a corte de sobreposição necessita trazer um profundo e extenso processo argumentativo e de raciocínio jurídico de suas decisões, para que

seus julgamentos não recaiam em fundamentos de mera convicção pessoal, seja por inúmeros motivos não jurídicos, como por questões religiosas, políticas, entre outras.

Um dos pontos preponderantes para se analisar a função do STJ perante a sociedade é verificar sua capacidade de unificar o direito federal de forma satisfativa, una, coerente e íntegra. Possuindo a Corte superior infraconstitucional o poder vinculativo de persuasão forte de suas decisões, a confiança nas instituições públicas se tornará constante e progressiva, trazendo previsibilidade das decisões judiciais e trazendo uma conformidade maior da população com a decisão que vier a ser tomada em seu processo individual, já que o respeito dos precedentes demonstra que outros casos análogos possuem o mesmo tratamento, salvo no caso de superação do precedente.

Assim expondo, nota-se que o STJ não é uma Corte que busca trazer o significado exato da lei ou busca sua tutela máxima, mas possui sim um objetivo de definir um sentido mais adequado de interpretação, considerando os valores sociais e políticos, assim expressando a acepção do texto da lei (MARINONI, 2013b, p. 494). Por isso, assevera-se que o STJ não possui função de corte de correção, mas sim de interpretação e de desenvolvimento do direito, não necessitando analisar todos os recursos que lhe sejam encaminhados, mas somente àqueles que possuam grande relevância para o direito federal infraconstitucional e que afete a sociedade com relevância.⁴⁰⁸

Destarte, percebe-se que a corte de precedentes possui a função de encarrilhar a sociedade quanto à interpretação dada ao texto legislativo, levando em consideração a hermenêutica jurídica e os valores sociais e políticos, bem como funcionar como Corte de interpretação que produza parâmetros para os demais tribunais aplicarem o direito infraconstitucional em casos futuros.

2.2 Valores do Estado a serem preservados pela vinculação dos precedentes obtidos pelo julgamento do recurso especial repetitivo

⁴⁰⁸ No que tange à questão de um filtro de recursos para o STJ, há muito tempo se discute a criação de um instituto análogo à “repercussão geral” que o STF possui para aplicação nos recursos especiais. Em especial, cabe destacar as PEC’s 209/2012 e 17/2013, que objetivam a criação de um filtro recursal como requisito de admissibilidade do recurso especial, em que o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso. Este filtro teria uma função, conforme já mencionado, de permitir o STJ a julgar somente casos relevantes para o direito infraconstitucional, não somente pontos que somente interessam partes em específico, diminuindo o estoque de processos para julgamento e trazendo a real função do Tribunal à tona, que é de uma corte de interpretação e de precedentes. Até o fechamento deste estudo, as PEC’s mencionadas não foram objeto de votação.

Pela busca de manutenção da integridade, coerência e observância dos seus julgados, o STJ prestigia determinados princípios que são deveras importantes para a estrutura do Estado. Dentre eles, é possível citar os princípios da previsibilidade jurídica, da igualdade perante a norma jurídica e da imparcialidade. Tratem-se então destes princípios que são preservados pelo sistema de vinculação dos precedentes, de uma forma simples, mas que demonstrarão a importância do STJ, no que tange à observância de seus julgados.

2.2.1 Previsibilidade das decisões e a segurança jurídica

Com uma jurisprudência una e coerente, o sistema jurídico cria um efeito colateral perante a população de que a questão a ser discutida sinaliza ser julgada conforme o entendimento firmado pela corte de sobreposição ao zelar pela unidade do direito federal. Conforme pondera Marinoni (2013a, p. 169), “o cidadão, para se desenvolver, tem que conhecer as consequências das suas ações e dos comportamentos daqueles com quem convive. Essa previsibilidade pressupõe univocidade de qualificação das situações jurídicas”.

Assim, quando essa univocidade parte das decisões judiciais, cabe à corte de sobreposição atribuir um sentido à questão jurídica, garantindo-lhe a devida estabilidade. Por este motivo que, para lhe ser atribuído um caráter de tese jurídica pacificadora e vinculante da questão, o precedente obrigatório deverá tramitar perante procedimento específico, que lhe atribua tal caráter.

A visualização prévia das consequências do ajuizamento de uma ação, bem como ser possível encontrar a posição jurídica do Estado em relação à determinado tema traz, ao nosso ver, uma facilitação ao magistrado de jurisdição inicial para a aplicação do direito ao caso concreto, posto que evita a discordância pelo mero convencimento por questões adversas ao direito (ideológicas, religiosas, políticas, etc), bem como gera um sentido de segurança nos partícipes da sociedade.

2.2.2 Igualdade diante da norma jurídica

Uma das consequências basilares de um sistema de precedentes obrigatórios é a igualdade de todos perante o direito, na medida em que a tese firmada pela corte de sobreposição não possui destinatário específico.

Como base no *stare decisis* do sistema de *common law*, a expressão *treat like cases alike* evidencia a diferença do sistema jurídico anglo-americano daqueles que aplicam o sistema de

civil law. Em tese, o sistema de *civil law* não se preocupa diretamente, ao julgar casos aplicando a norma jurídica aplicável ao caso concreto, com a igualdade dos cidadãos em relação às suas decisões judiciais, possuindo somente a igualdade constitucional perante à lei. É profundamente aplicável um exemplo clássico do direito, quando dois cidadãos ingressam com ações com questões de direito idênticas, mas recebem provimentos díspares nestas questões.

É substancial ao Estado que mantenha a unidade do direito no que tange às decisões judiciais, já que não existe coerência em um Estado em que os juízes entendem que o seu livre convencimento e suas convicções pessoais são tão absolutas que podem desenvolver normas jurídicas desiguais para casos semelhantes. Portanto, com o sistema de observância dos precedentes, os aplicadores do direito e a população se verão diante de uma situação jurídica que não permite a existência de um sistema com múltiplos entendimentos e decisões em casos análogos, firmados pelas cortes de sobreposição, tanto no que tange a questões constitucionais, quanto infraconstitucionais.

Por fim, ressalta-se que a igualdade do direito não significa necessariamente que o caso concreto não exija uma distinção quanto ao ponto firmado do precedente, mas sim que questões semelhantes devem ser decididas de forma equitativa, complementarizando o princípio da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões.

2.2.3 Imparcialidade

No que tange a imparcialidade do Estado no âmbito judicial, em um entendimento prospectivo de Marinoni (2013a, p. 165), trata-se de um “estímulo e promoção de uma função estatal despida de arbitrariedades e privilégios, que se centre unicamente na busca da realização dos direitos fundamentais e de uma organização social justa”. Ademais, aborda também o fato da imparcialidade ser um exercício do poder estatal sem privilégios, não preferindo uma parte em detrimento da outra. O Estado deve sempre tratar os assuntos concernentes ao seu povo com imparcialidade, sem diferenciação por classe social, classe política, pensamentos, religião, entre outros. Isto, é claro, encontra um contraponto quando em situações específicas se exija um tratamento diferenciado em que o próprio dever do Estado de tutela aos direitos fundamentais o faça realizá-lo desta forma.

A coerência do direito, baseada na complementaridade dada pelos princípios da segurança jurídica, previsibilidade das decisões, igualdade perante a norma jurídica e imparcialidade, está intrinsecamente ligada à força das decisões proferidas pelo ao Superior Tribunal de Justiça quando do desenvolvimento de suas teses jurídicas como corte de

sobreposição. A vinculatividade dos precedentes tem efeito direto na formação desta coerência, conforme expõe Marinoni (2013a, p. 166):

[...]Quando a força dos precedentes se impõe, os juízes e órgãos colegiados que decidem casos iguais ou similares de modo divergente são vistos como parciais e têm dificuldade de escapar da crítica dos seus colegas, de outros órgãos colegiados ou tribunais e mesmo dos advogados e da doutrina. O juiz sujeito a um precedente, por estar submetido à norma judicial universalizante, não pode tomar em conta fatores pessoais ou tentar favorecer determinada parte a partir de aspectos secundários. [...] Ademais, a própria justificativa do precedente, por ter que tomar em conta aspectos objetivos em relação aos quais a solução judicial sempre tenha validade, inibe o juiz de decidir a partir de critérios parciais ou pessoais, isto é, que decorram de uma visão subjetiva e particular do caso concreto ou digam respeito às partes envolvidas no litígio.

Assim, a imparcialidade preserva a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, permitindo a igualdade do direito diante da norma jurídica, por um sistema de precedentes que firma a posição do Superior Tribunal de Justiça como uma corte de sobreposição que possui como escopo zelar por um direito federal uno, mas não como uma corte meramente correcional ou como uma corte de “terceira instância”, como vinha sendo considerada na prática, tendo em vista a multiplicidade de decisões díspares, bem como pelo fortalecimento à livre convicção do julgador.

2.3 Problemática da vinculatividade das teses firmadas em recurso especial repetitivo

Ao tratar da vinculatividade das teses firmadas como precedentes⁴⁰⁹, a doutrina produz questionamentos quanto aos seus efeitos perante a ordem jurídica e organização do Estado, bem como sua confrontação com outros pontos basilares de sua estrutura. Entretanto, perante nossa visão, esses problemas não se sustentam, já que o sistema de precedentes firmados em recurso especial repetitivo tem como função precípua prestigiar tais pontos, bem como protegê-los e garanti-los, na medida em que sua aplicação seja firmada.

Assim, necessário se faz demonstrar os questionamentos mais recorrentes perante a doutrina e estudiosos do direito, bem como explicar como o sistema de precedentes firmados em recurso especial repetitivo não os afrontam, bem como evitam que estes problemas realmente venham a ocorrer.

⁴⁰⁹ Esta nomenclatura dada para a observância dos julgados, que vem sendo comumente chamada de “vinculação de precedentes”, é criticada por parcela da doutrina, em especial Lenio Luiz Streck. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em 26 out. 2016.

2.3.1. O “engessamento” do sistema e a revogação dos precedentes

Um ponto basilar de discussão é a possibilidade de revogação ou não aplicação dos precedentes. Caso os precedentes possuíssem uma estabilidade plena e imutável, sem a possibilidade de modificação do entendimento firmado sobre a questão julgada, o sistema jurídico encontraria dificuldades pelo seu “engessamento”, não acompanhando as evoluções sociais, políticas, culturais e do próprio sistema jurídico.

Contudo, por mais que o sistema de teses vinculativas e estáveis possua estabilidade, não necessariamente significa que é imutável. O sistema de *common law*, ao aplicar o direito costumeiro e o respeito aos precedentes, possui instrumentos próprios de controle e modificação dos precedentes, permitindo-o ser modificado, revogado, não aplicado ou superado, pelas técnicas de *overruling*, *overriding* e *distinguishing*.

Apesar da tese firmada possuir aplicabilidade prática ao caso concreto, face a todos os fatores acima mencionados, seria inconveniente e até mesmo errônea a manutenção da aplicação do precedente no sistema jurídico. Assim, ao deixar de aplicar o precedente pela *ratio decidendi* ali firmada, será gerada nova tese, que acompanhe o desenvolvimento do direito e que pacifique as questões de direito controvertidas.

Desse modo, sistema análogo é aplicado no sistema jurídico brasileiro, permitindo ao STJ que modifique, reforme, revogue ou supere o entendimento por ele anteriormente firmado, para que suas funções sociais perante o Estado sejam aplicadas de forma coerente. Nesse diapasão, é nítido explanar que não se trata de mera modificação de entendimento dos julgadores que resulta em uma revogação de precedentes, mas precede de uma evolução histórica, de estudos, aprofundamento jurídico, evolução social e de larga discussão argumentativa que possibilite tal ato, podendo ser precedidas de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possuam capacidade de colaborar para a rediscussão da tese. Não se trata, mesmo assim, de “engessamento”, mas de estabilidade e requisito para que a formação do precedente seja realizada de maneira prudente.

É necessário ressaltar, todavia, que somente o órgão que proferiu o precedente ou legitimado por lei ou pela Constituição poderá proceder com sua revogação, ou seja, órgãos inferiores não podem revogar o precedente. Portanto, somente o STJ pode modificar sua própria tese vinculativa firmada em julgamento de recursos repetitivos.

Neste quesito que entra o segundo questionamento, que aborda a aplicação ou não do precedente em casos que se assemelham com a tese julgada pelo STJ, mas que possuem um fundamento ou um objeto díspar que o diferencia da questão julgada no caso piloto. Veremos,

então, a questão da isonomia de julgamento, da aplicação e diferenciação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* e, não menos importante, do sistema de diferenciação análogo ao *distinguishing*.

2.3.2 Isonomia e a distinção dos casos concretos

A isonomia perante a norma jurídica impede o tratamento desigual de situações semelhantes. Assim, o sistema de decisões vinculativas impede o tratamento disforme dado a cada processo, mesmo tratando da mesma questão de direito. Isto ressaltando que a aplicação dos precedentes em casos semelhantes não significa que esta aplicação será feita de forma imponderada, visto que sua inadequada aplicação causa danos àquele que procurou a prestação jurisdicional.

Ao se firmar um precedente, deve-se haver uma racionalização da sua aplicação, posto que não são “modelos adaptáveis a toda e qualquer situação concreta, mas como normas que devem tomar em conta as particularidades de cada situação litigiosa”. (MARINONI, 2013b, p. 194). A isonomia fundada nos precedentes garante que os casos que possuírem semelhança na sua *ratio decidendi*, que os pontos relevantemente discutidos para a formação da tese, sejam julgados de forma equitativa. Contudo, quando a tentativa de aplicação entre ambos os casos se firmar somente no *obiter dicta* que compõe o corpo do precedente, este possuiria inadequação de aplicação, já que o que qualifica a decisão é sua *ratio decidendi*.

O CPC de 2015 traz uma ferramenta de diferenciação, no caso de julgamento de casos repetitivos. Trata-se do art. 1.037, § 9º, dispondo que, caso seja demonstrada distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. Assim, demonstrando em um cotejo analítico a diferenciação de seu processo com o recurso que está pendente de julgamento em sede de repetitivos, o prosseguimento de seu processo será garantido.

Por conseguinte, ao invocar um precedente, o julgador deve analisar a adequabilidade e demonstrar os motivos da aplicação ou do afastamento do precedente ao caso paradigmático. Assim, a isonomia está garantida no momento que traz ferramentas para diferenciação dos casos paradigmáticos que não possuem adequabilidade para aplicação da *ratio decidendi* do precedente. Contudo, ao vincular o juiz à aplicação do precedente, questiona-se se a livre convicção do juiz em analisar os casos concretos que lhe são apresentados e aplicar o direito estaria ameaçada, análise que veremos no ponto seguinte.

2.3.3 Independência dos juízes e a livre convicção

Existe, culturalmente, no âmbito do Poder Judiciário, o entendimento de que o juiz é independente para julgamento dos casos concretos que lhe são submetidos, garantindo-se assim a livre convicção para julgamento de ações, firmando-se especialmente em interpretação do disposto do art. 131 do revogado Código de Processo Civil de 1973⁴¹⁰.

Entretanto, parece errôneo o entendimento de que independência judicial se trata meramente de garantir o juiz o julgamento de processos atribuindo seu entendimento à lei, por mais que um tribunal que possua tal ato como função precípua já o tenha realizado. A atuação do juiz no âmbito de sua livre convicção para solução do caso concreto deve ser ponderada em face da segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, já que é salutar para o sistema jurídico a igualdade de julgamentos para os casos semelhantes.

O julgamento diferenciado de questões jurídicas já decididas pelos tribunais quebranta o Estado de Direito e a isonomia, já que a função do juiz como elemento do Poder Judiciário é de garantir a prestação jurisdicional do Estado àqueles que a procuram. Neste sentido, afirma Marinoni (2013b, p. 204):

Para que este sistema possa realmente funcionar em um Estado de Direito, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa se desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência. Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para aquele que o ocupa possa proferir “a sua decisão”, mas para que ele possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão, em contraste com o precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço.

O subjetivismo dos magistrados em analisar os casos que lhes são submetidos seria regulado pela aplicação dos precedentes, em que não trata de subordinação de um juiz de jurisdição inferior ao de jurisdição superior, mas afirma que o Judiciário deve respeitar seus próprios precedentes. Isto se aplica tanto ao juiz de primeira instância quanto ao órgão judiciário que proferiu o precedente. O STJ, ao proferir um precedente, deve respeitar o próprio precedente, sob pena do desrespeito aos julgados iniciar na origem dos mesmos.

Por mais que a *ratio decidendi* do precedente seja vinculante, não se trata de prejuízo da independência dos juízes em interpretar o direito, visto que esta continua existindo no processo como, por exemplo, nas questões jurídicas que não foram ainda decididas pelo STJ (que possam ser invocadas como precedente), questões em que o *distinguishing* fora aplicado

⁴¹⁰ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

para afastar o precedente em adequação ao caso concreto e nos casos de superação do precedente, em que o juiz sinalizará a modificação do contexto da aplicação do precedente, fundamentando-a, conduzindo o STJ a possibilidade de modificação da tese.

2.3.4 Acesso à justiça

Em algum momento fora colocado em pauta o questionamento que a vinculação dos precedentes seria um ataque ao direito do acesso à justiça do cidadão, já que seu direito de provocar o judiciário para resolução de sua questão jurídica controvertida estaria tolhido, face às inúmeras ferramentas dispostas no código para improcedência liminar ou não conhecimento de recursos em face de precedentes.

A nosso ver, tal entendimento não prospera. Isso porque, o acesso à justiça, visto por esta óptica, prestigia mais a loteria judiciária do que uma prestação jurisdicional justa, isonômica, previsível e segura. Valer-se de uma inconsistência de julgamentos de questões de direito não coaduna com os sentidos que o acesso à justiça demonstra nos entendimentos atuais da doutrina.

Em nenhum momento, é visto que o acesso à justiça possui o sentido de direito de receber uma decisão única diferente das demais, quanto às questões de direito. Ora, o sistema de precedentes tutela o acesso à justiça, posto que, ao possuir a capacidade de prever o resultado de sua demanda no que tange à tese jurídica já definida pelo STJ, a parte poderá exercer seu direito de provocar o judiciário com mais segurança do provimento de sua demanda.

Ademais, por mais que o sistema de precedentes não impeça o ingresso de ações que contrariem o disposto no precedente, garante à parte uma resolução do mérito de forma justa (em relação aos demais processos) e isonômica. Isto, além do exposto, evita o excesso de despesas do Poder Judiciário e seu “gigantismo”, além dos custos de um processo que se arrasta por anos simplesmente para que a parte que possui seu direito garantido pelo precedente possa conseguir a tutela de sua pretensão. Conforme assevera Marinoni (2013b, p. 210), “[...] se existe algo que viola o direito de acesso à justiça, o seu lugar está na imposição do ônus da parte desnecessariamente litigar para ter o seu direito protegido”. Dessa forma, todos os sentidos de acesso à justiça supramencionados, em que a doutrina explicita, estão garantidos pelos efeitos gerados pelo sistema de precedentes vinculativos.

2.3.5 Vinculatividade dos julgados em relação a outros poderes e à administração pública

A instituição de precedentes obrigatórios no Código de 2015 provoca sensíveis transformações nas relações existentes entre os Poderes, especialmente no redimensionamento de poder do Poder Judiciário, causando, quiçá, novas fronteiras jurídicas na interdependência entre os Poderes, no controle de legalidade dos atos da Administração e do Poder Legislativo. É possível verificar, neste contexto, a ocorrência de eventuais impactos de natureza política quando do julgamento de recurso especial repetitivo, no que tange a temas relacionados com políticas públicas e questões coletivas. Poderão existir casos em que, após larga discussão jurídica para julgamento de uma questão pelo STJ, há o proferimento de decisão sobre determinado tema em um sentido. Posteriormente, realizar-se iniciativa do Poder Legislativo de processo legislativo sobre a matéria decidida, mas tratando o mesmo tema com um posicionamento contrário adotado pela Corte.

Isso decorre em vários questionamentos importantes. A atuação do Poder Judiciário, neste contexto, esvazia a possibilidade de normatização do tema por outro Poder? Em tentativa de resposta a esta indagação, ordinariamente não estaria vedada a normatização por outro Poder sobre o tema, mas gera-se um problema quando todo esforço argumentativo e interpretativo que construiu a decisão que gerou o precedente sobre o tema seria simplesmente desconsiderado, perdendo-se a razão/força do precedente em relação ao Estado, visto que decisões contrárias aos seus interesses serão logo modificadas por processo legislativo em sentido diverso. Por mais que a Constituição não vede tal atuação do Poder Legislativo, por exemplo, de tratar sobre o tema em processo legislativo, nota-se uma discrepância entre o poder vinculativo das decisões em relação ao particular e em relação ao Legislador.⁴¹¹

O precedente deve trazer a previsibilidade das decisões e a isonomia sobre o tema, devendo todos que possuírem questões que estejam abarcadas pela tese julgada pela Corte superior, estejam submissos às suas decisões, já que esta tese foi submetida a um esforço argumentativo e interpretativo extremamente profundo, o que gera segurança jurídica e plausibilidade das decisões.

Não há mais do que pensar na separação rígida entre os três poderes na forma concebida pela Revolução Francesa, idealizada por Montesquieu. Os poderes são harmônicos entre si, realizando suas funções precípuas, mas também sem fugir de suas funções atípicas, como a do STF complementar lacuna por meio de ADPF ou súmulas vinculantes.

⁴¹¹ Isto, é claro, não impossibilita a revisão do precedente judicial quando superada ou modificada a situação jurídica, política e social em que se encontrava o Estado quando da formação do precedente. O sistema de precedentes não busca o engessamento do sistema jurídico, mas a isonomia, segurança jurídica e previsibilidade das decisões.

Analizando sobre a óptica dos riscos causados por essa vinculação dos outros Poderes aos precedentes, em relação às influências ideológicas e aos subjetivismos dos magistrados, composição dos órgãos julgadores, estes mesmos riscos também ocorrem na atuação do Poder Legislativo.

Ao contrário da atuação do Poder Legislativo, é necessário entender que o procedimento de composição de uma tese jurídica com força vinculativa, o precedente, traz múltiplas técnicas de democratização de sua formação, como audiências públicas, a intervenção de *amicus curiae* (com ampliação de sua atuação dada pelo novo CPC), consulta de outros órgãos da jurisdição, entre outros. Posto isto, ainda que estes riscos ocorram, o processo de formação dos precedentes pode resultar em um procedimento mais amplo do que o próprio processo legislativo. Assim, constitui um importante meio, além de democrático, para que estes riscos sejam atenuados, ou quiçá excluídos.

O Estado, entretanto, não consegue cumprir integralmente seus desígnios e seus preceitos na produção de normas, pelo Poder Legislativo, que englobem situações importantes para o convívio social como um povo. Portanto, cabe ao STJ buscar, pelas vias trazidas pelo novo CPC, em especial a fundação de teses jurídicas firmadas em sede de recurso especial repetitivo, pela resolução destes temas, buscando sempre a estabilização dos julgados, sua observância e manutenção. Necessita-se, portanto, de uma interpretação das normas jurídicas que satisfaçam os pontos vacantes de interpretação ou norma.⁴¹²

2.6 A importância social da proteção do ordenamento jurídico através da criação de uma jurisprudência uniforme

A vinculação dos precedentes, aplicado em relação aos órgãos de jurisdição inferior, faz com que o juiz julgue de acordo com o direito definido pelos tribunais superiores, remanescendo uma esfera de atuação do juiz no âmbito de sua livre convicção para solução do caso concreto, mas nada que atente contra a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões. Assim desenvolve o entendimento de Calmon de Passos (1997, p. 171-172):

A convivência social põe para o indivíduo ou os indivíduos, em cada situação concreta em que se situem, um complexo de alternativas de comportamento.

⁴¹² Entretanto, o Poder Judiciário deve observar sempre as limitações de sua atividade hermenêutica, posto que, de acordo com Alexandre de Moraes, “a aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas”. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016. p. 71.

Figuremos um exemplo. Deseja-se solução para o problema do inaproveitamento das terras que sejam da propriedade de particulares. Não há, para esse problema, uma solução única, inelutável, impositiva. Inúmeras podem ser pensadas. Reduzir essa indeterminação de modo a se emprestar previsibilidade ao comportamento individual e segurança de sua efetividade, reclama se defina, dentre a gama de possibilidades de ser que a situação em foco contém, uma que se revistado caráter de um dever ser institucionalmente em condições de obrigar e concretamente ordenar o comportamento social. Essa primeira opção é de natureza política e deve ser formalizada pelos órgãos responsáveis pela função legislativa. Esse dever ser enunciado porque linguagem, discurso, jamais será capaz de ensejar uma única e necessária interpretação, eliminando toda e qualquer possibilidade de subseqüentes alternativas, conduzindo sempre, em toda e qualquer situação concreta de conflito, a um só tipo de decisão. Há, por conseguinte, a necessidade de uma nova redução de complexidade, colocada, agora, a cargo do administrador e do particular destinatários da norma. Caso disso decorra algum conflito, ou algum conflito se mostre potencialmente possível, a tarefa é transferida para os órgãos da função jurisdicional, que formularão o entendimento redutor, com impositividade, no caso concreto. [...] Por via de consequência, e conclusão necessária, inexistindo no sistema um processo mediante o qual se empreste, no máximo possível, unidade nessa segunda redução de complexidade, gerando-se maior previsibilidade e mais segurança, nega-se quanto antes afirmado, disfuncionalizando-se o sistema como um todo.

Assim, aos juízes de jurisdição inferior, compete a função de “de reconciliar os valores e objetivos do Estado de Direito enquanto ideal da nossa moralidade política e jurídica com a sua dimensão procedimental” (PEREIRA, 2013), desenvolvendo-se pelo intermédio do direito de acesso à justiça e ao devido processo legal, mediante decisões com amplo teor argumentativo e esforço de estudo e análise da questão jurídica, social e política da questão em tela, que é imanente ao direito.

Com a jurisprudência uniforme, evita-se o fenômeno indicado por Barbosa Moreira (1981) no caso da formação de teses opostas ou divergentes, crescendo o ceticismo e o descrédito quanto à efetividade da atividade jurisdicional.⁴¹³ Evita-se o efeito “lotérico” que o judiciário vem demonstrando no caso de uma falta de limitação do livre convencimento do juiz, para que sejam seguidos os posicionamentos de forma isonômica e justa.

2.7 A efetividade do Superior Tribunal de Justiça para redefinição das funções jurídicas, sociais e políticas do Estado

⁴¹³ Assim assevera Barbosa Moreira sobre o tema: “Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância – a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécie semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o ceticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional”.

Analisando o trazido até este momento, é possível atribuir ao STJ um dever jurídico e moral de se portar como um Tribunal que decide em nome da população, mas nunca como somente um Tribunal de convicções próprias dos membros que a compõe. Os impactos sociais e políticos de suas decisões não afetarão somente àquelas partes que tiveram seu processo como escolhido na qualidade de piloto, mas redefinirão a visão do Estado e de seu povo em relação ao tema julgado. Assim, os seus julgados devem ser tratados como vértice de um sistema jurídico coerente e seguro, decidindo enquanto um dos órgãos que compõe o Poder Judiciário como um sistema unificado.

Conforme já estudado, por mais que o Brasil possua um modelo federativo de Estado, é visível que a sua formação fora diferente da norte-americana, inserindo no povo um modo diferente de pensar em relação à autonomia dos estados que compõe a República Federativa do Brasil. Ainda que os estados sejam autônomos para seu governo e gestão dos seus Tribunais, a segurança jurídica é um dos pontos basilares para manutenção de um Estado unificado e harmonioso, sejam nas questões sociais, políticas ou jurídicas.

Mesmo que, concretamente, suas funções sejam, em grande parcela, explicitadas pelo julgamento de casos que envolvam particulares, a razão de decidir deve levar em consideração a definição de uma resolução normativa para a situação de direito, para que sejam aplicados futuramente em casos semelhantes, garantindo a isonomia de tratamento perante a norma jurídica. Caso não corra desta maneira, conforme as palavras de Paula Pereira (2013), conclusão dada pelo STJ, “aos litigantes, ali situados em sua frente, será a de um governo de homens e não efetivamente de um governo de direito que tem como fim a realização da justiça, na sua dimensão formal”.

As inovações sociais são mais rápidas do que a possibilidade do legislador poder editar normas sobre determinados assuntos, bem como a lei não é apta de abarcar todas as situações carecedoras de direito. Os casos jurídicos não podem ser amoldados ao mero texto abstrato da lei, posto que esta não possui a capacidade de explicitar situações fáticas peculiares que o mundo empírico produz (SÁ, 2015, p. 850). Por isso, o STJ possui função extremamente importante na percepção social e política da sociedade quando realiza seus estudos e julgamentos sobre determinada questão jurídica repetitiva constante dos processos em trâmite no país, já que “por maior precisão que se busque dos textos legais, suas palavras reservam sempre uma margem, maior ou menor, de porosidade significativa, por meio da qual penetra a atividade interpretativa do juiz”. (HART, 2010, p.69)

Com a força de observância aos precedentes garantida pelo novo Código Processual, o recurso especial repetitivo recebe um novo viés perante a sociedade, tornando-se paradigma

para efetivação dos princípios basilares do Código, constantes dos seus arts. 1º ao 12. Em especial, necessário ressaltar o disposto no art. 8º do CPC, que trata em seu texto que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana. Portanto, a racionalidade de sua decisão, bem como a imparcialidade em seus atos devem sempre prezar pelos fins sociais de sua decisão, e pelo seu papel como Corte de vértice pátrio.

CONCLUSÃO

Em análise detida ao desenvolvimento realizado neste trabalho, verifica-se que a formação do estado brasileiro foi realizada de maneira diversa do estado que o inspirou, os Estados Unidos da América. Isso resultou em uma grande concentração de poder da União em relação aos assuntos que são tratados por sua iniciativa legislativa, assoberbando a quantidade de temas que são confrontados diariamente nas cortes superiores. Assim, o Superior Tribunal de Justiça, ao ser instituído como corte de sobreposição responsável por definir as linhas a serem seguidas no direito infraconstitucional federal, realiza importante papel perante a população e ao Estado, redefinindo os papéis jurídico, políticos e sociais do Estado.

Seu papel perante o Estado é indispensável, posto que, caso sua competência de atribuir unidade de direito federal não seja preservada, existirão tantas diferentes decisões irreconciliáveis e díspares sobre o mesmo tema na mesma proporção de tribunais existentes no território nacional. E para que exista esta unidade, não basta simplesmente basear-se na mera opinião daqueles investidos na jurisdição. Necessário se faz um grande esforço argumentativo-jurídico sobre o tema que há de ser decidido, visto que existem variadas opiniões dos homens sobre o mesmo tema. Constata-se, regularmente, magistrados de uma mesma corte divergindo um do outro, juízes que aplicam a lei para casos análogos com abordagens diferentes, mesmo devendo aplicar a tese jurídica de forma segura, isonômica e imparcial.

Com o fito de evitar essas disparidades e a enorme confusão jurídica causada pela insegurança jurídica nos julgamentos, que resultam em decisões contraditórias de um grande número de tribunais independentes, o novo Código de Processo Civil fez com que o STJ assumisse, de forma mais ativa e, quiçá, efetiva, o papel de única corte superior às demais em direito federal infraconstitucional, possuindo uma superintendência geral e autorizada a determinar e declarar em última instância uma regra uniforme de aplicação do direito.

A observância dos precedentes, na forma como foram dispostos no CPC, assumem que a justiça brasileira está cada vez mais assoberbada de recursos e processos que se repetem,

voltando ao estado da “crise” que afetava o Supremo Tribunal Federal antes da Constituição Federal de 1988. Tendo em vista que as questões jurídicas tratadas nos recursos e nos processos que se iniciavam (que possuem grande potencial de promover mais recursos para as cortes superiores) eram repetidas, reiteradas e perfaziam grande parcela dos processos que amontoavam os estoques de processos nos tribunais, a vinculação da tese firmada em julgamento de recursos repetitivos se tornou um grande marco para a diminuição de estoque, de forma ainda que promova a segurança jurídica, a isonomia e a imparcialidade, evitando julgamentos heterogêneos de casos semelhantes. Ademais, entregou ao Poder Judiciário um grande poder de gestão processual, como, por exemplo, o de julgar improcedente liminarmente um pedido que afronte a tese firmada no julgamento do recurso repetitivo, ou do relator negar provimento a recurso que for contrário à tese firmada em julgamento de recurso repetitivo.

Perante esta função precípua de tribunal de sobreposição, bem como a missão dada pela Constituição e pelo CPC, é possível atribuir ao STJ um dever jurídico e moral de se portar como um Tribunal que oferece à sociedade uma prestação jurisdicional efetiva, mas nunca como um Tribunal de convicções próprias de seus membros, sempre prezando pela legalidade de suas decisões, fundamentação de seus julgados, larga discussão jurídica e mantendo sempre grande esforço argumentativo-jurídico quando da formação de uma tese, assegurando uniformidade à interpretação da legislação federal.

Isso porque, asseverando novamente o supracitado no trabalho, os impactos sociais e políticos de suas decisões não afetarão somente àquelas partes que tiveram seu processo como escolhido na qualidade de piloto, mas redefinirão a visão do Estado e de seu povo em relação à questão jurídica que encontrou alguma discussão perante a sociedade. Portanto, os seus julgados devem ser tratados como vértice de um sistema jurídico coerente e seguro, decidindo enquanto um dos órgãos que compõe o Poder Judiciário como um sistema unificado.

REFERÊNCIAS

BENETI, Sidnei Agostinho. **Formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos.** Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/doutr/article/view/1111/1045>>. Acesso em 09 ago 2016.

BECKER, Rodrigo Frantz. TRIGUEIRO, Victor Guedes. **O IRDR no Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-irdr-no-superior-tribunal-de-justica-10112016>>. Acesso em 04 jan 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016; 12 ago. 2016; 26 out. 2016; 30 out 2016; 02 nov 2016; 03 nov 2016; 10 nov 2016; 26 dez 2016; 30 dez 2016; 04 jan 2017.

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: 11 ago. 2016; 12 ago. 2016; 26 out. 2016; 30 out 2016; 02 nov 2016; 03 nov 2016; 10 nov 2016; 26 dez 2016; 30 dez 2016; 04 jan 2017.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro**. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivahistórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of common law**. London: Harvard University press, 1988.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers – The Federalist 22**. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-22.php>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. **The Federalist Papers – The Federalist 81**. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-81.php>. Acesso em: 10 ago. 2016.

HART, H.L.A. **Ensaaios sobre a teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. - 5. ed. - São Paulo : Atlas 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A função das cortes supremas e o Novo CPC**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc#_ftn1>. Acesso em 02 nov 2016.

MEADOR, Daniel John. **American Courts**. 2ª ed., St. Paul, Minn, West Group, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 5.

Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html> Acesso em: 10 ago. 2016.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Súmula vinculante**. Revista do Tribunal Regional Federal 1a. Região. Brasília. Jan-marc.1997, v. 9.

PEREIRA, Paula Pessoa. **O Superior Tribunal de Justiça como corte de definição de direitos. Uma justificativa a partir do universalismo**. Dissertação de Mestrado, UFPR. Curitiba, 2013. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31016/R%20-%20D%20-%20PAULA%20PESSOA%20PEREIRA.pdf?sequence=1>. Acesso em 03 nov 2016; 10 nov 2016.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil – Atualizado de acordo com o Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1963.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc> . Acesso em 26 out. 2016.

TALAMINI, Eduardo. **O que são os "precedentes vinculantes" no CPC/15**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15> Acesso em: 02 nov 2016.

ZONA FRANCA DE MANAUS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Priscila Neves Mendes

RESUMO

O presente artigo trata dos fatores jurídicos e sociais bem como da jurisdição constitucional acerca da Zona Franca de Manaus. Aborda o papel do Supremo Tribunal Federal frente às demandas constitucionais referentes aos benefícios extrafiscais oferecidos na região. Além disso, são questionados alguns assuntos, tais como incentivos fiscais, o fenômeno da extrafiscalidade, a função da Suframa e as consequências da implantação de regime diferenciado na região amazonense.

Palavras-chave: Zona Franca de Manaus. Supremo Tribunal Federal. Constituição. Benefícios Extrafiscais. Incentivos Fiscais. Extrafiscalidade. Suframa.

ABSTRACT

This article deals with legal and social factors, as well as questions of constitutional jurisdiction involving the Manaus Free Trade Zone. It discusses the role of the Federal Supreme Court in the framework of constitutional demands related to the extrafiscal benefits offered in the region. Parallel to this, several other questions are raised, such as fiscal incentives, the phenomenon of extrafiscality, the function of Suframa and the consequences of implementation of a differentiated system in the Amazon region.

Keywords: Manaus Free Trade Zone, Federal Supreme Court, Constitution, Extrafiscal Benefits, Fiscal Incentives, Extrafiscality, Suframa.

INTRODUÇÃO

A criação da Zona Franca de Manaus teve como fundamento a atração de instalação das empresas. Foram oferecidos, na cidade de Manaus, capital do estado do Amazonas, estímulos fiscais e de infraestrutura para atrair investimentos nas atividades sociais e econômicas.

Essa área de livre comércio de importação e exportação, bem como incentivos fiscais especiais, tem a finalidade de criar condições econômicas favoráveis que permitam seu desenvolvimento.

A concessão de isenção de impostos e de outros benefícios para as empresas e indústrias que se instalam na Zona Franca de Manaus industrializa e desenvolve comercial e economicamente a região da Amazônia e seu interior, apesar das dificuldades relacionadas à distância e aos meios de transporte. Promovem, também, o desenvolvimento econômico e social do Estado do Amazonas e favorecem a criação de oportunidades para as empresas interessadas por se instalarem na região.

Acontece que os benefícios oferecidos a essa região do Amazonas, geram conflitos de interesses, extrapolando o âmbito do direito tributário, e necessitando, portanto, de outros ramos do direito, assim como de análise constitucional feita perante o Supremo Tribunal Federal.

1. ZONA FRANCA DE MANAUS (ZFM)

A Zona Franca de Manaus engloba uma área física de 10 mil km² na cidade de Manaus, capital do estado do Amazonas. Foi criada na década de 50 pela Lei nº 3.173/1957, sancionada pelo então presidente Juscelino Kubitschek, com a finalidade de ocupação da região amazônica e seu consequente desenvolvimento.

A ideia inicial compreendia estabelecer um porto livre, mas posteriormente passou a comportar incentivos extrafiscais. O objetivo central era implantar um polo, comercial e industrial na região amazonense.

As isenções também recaíram sobre a importação de maquinário desde que fosse destinado aos projetos declarados como de interesse dos proprietários para o desenvolvimento da região.

O Amazonas, assim como outros estados, necessitava de leis que os amparassem para seu desenvolvimento e até mesmo para seu funcionamento. Partindo desse entendimento, Afonso e Silva concluíram⁴¹⁴:

⁴¹⁴ AFONSO, Rui de Brito Álvares e SILVA, Pedro Luiz Barros (organizadores). **Federalismo no Brasil. Desigualdades Regionais e Desenvolvimento**. São Paulo. FUNDAP: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. p. 96.

A grande distância que separa a região Norte das áreas nucleares de economia brasileira, aliada à densidade e à hostilidade da floresta, inibiu sua ocupação e o povoamento durante várias décadas. A expansão econômica e populacional para o oeste e, em especial, para o norte do Brasil ocorreu de forma limitada e fragmentada em diferentes ciclos de desenvolvimento brasileiro, baseada na exploração de recursos naturais particularmente importantes⁴¹⁵.

Aliada à questão da distância, havia também a necessidade de reinserir a região amazônica na economia nacional, já que o fim do período áureo da borracha no Estado desamparou os antigos seringueiros que se encontravam desarticulados frente ao aparecimento das indústrias de borracha sintética⁴¹⁵.

Posteriormente, em 1966, o presidente Castelo Branco sancionou a Lei 5173/1966 que instituiu a Sudam, Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia, com intuito de diminuir os desvios de recursos públicos e incrementar o investimento na agricultura e na indústria dessas regiões por meio de incentivos financeiros e fiscais⁴¹⁶. Neste mesmo período, foi criado o Banco da Amazônia S.A. (BASA) para promover a integração nacional bem como o desenvolvimento regional⁴¹⁷.

No entanto, somente em 1967, a ZFM começou a vigorar efetivamente após o Decreto Lei nº 288, editado por Castelo Branco. Por meio dele, foi concedida à ZFM isenção de importação de matérias-primas e de produtos destinados à industrialização e consumo interno, além de outros benefícios que geraram imediato impacto na sociedade, sobretudo entre setores ligados à economia do estado.

Essa alteração na Lei 3.173/1957 permitiu solucionar os problemas que até então causavam estagnação e pobreza na região amazonense. No decorrer dos anos, a Zona Franca de Manaus foi considerada uma área livre de importação e exportação que tem como objetivo desenvolver o interior do Amazonas⁴¹⁸.

⁴¹⁵ PEREIRA, Deusamir. **Amazônia (in)sustentável: Zona Franca de Manaus - estudo e análise**. Manaus: Editora Valer, 2005. p. 84.

⁴¹⁶ BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional**. Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

⁴¹⁷ SERÁFICO, Marcelo. Globalização e Empresariado. **Estudo sobre a Zona Franca de Manaus**. São Paulo. Annablume. 2011. p. 106.

⁴¹⁸ Artigo 1º Decreto 288/1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0288.htm> Acesso em 13 Dez. de 2016.

No período militar, compreendido entre 1964 a 1984, foi priorizado, na região amazônica, um enfoque na política ambiental para criação de polos de desenvolvimento e consequente migração para a região até então pouco povoada⁴¹⁹.

Em 1988, foi outorgada a nova Constituição da República. Uma Constituição democrática em conformidade com o sistema capitalista dando ao Estado tanto o poder de intervir na esfera econômica como dela participar.

No governo do presidente Lula, foi sancionada a Lei Complementar nº 124/2007. Esta Lei retomou a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), que havia sido extinta em 2001, e criou a nova Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene).

A primeira prorrogação do prazo para funcionamento da Zona Franca de Manaus ocorreu em 1986, por meio do Artigo 1º do Decreto 92.560, que estendeu por 10 anos o prazo, ou seja, findaria em 1997. Com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, a Zona Franca de Manaus teve novamente seu prazo modificado, desta vez por meio do artigo 40 do ADCT, o qual estabeleceu a validade dos incentivos fiscais por 25 anos, isto é, até 2013.

A terceira prorrogação dos incentivos ocorreu no ano de 2003, com a edição da Emenda Constitucional nº 42, que modificou o artigo 42 do ADCT e estendeu os incentivos fiscais da Zona Franca de Manaus por mais dez anos, com validade prevista até o ano de 2023.

Entretanto, em agosto de 2014, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 83/2014⁴²⁰, que inseriu a quarta prorrogação dos incentivos fiscais à Zona Franca de Manaus até o ano de 2073. A emenda criou, efetivamente, o artigo 92-A no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal⁴²¹, acrescentando 50 anos ao prazo fixado no dispositivo, segundo o qual a vigência dos benefícios se encerraria em 2023.

As empresas que se interessam pelos benefícios concedidos na Zona Franca de Manaus assumem o papel de promover o desenvolvimento da atividade na região em que

⁴¹⁹ FURLAN, Valéria. In. MARTINS, Ives Gandra, ELALI, André e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Ed. 2007. p. 34.

⁴²⁰ BRASIL. Emenda Constitucional n. 83 de 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc83.htm>. Acesso em 15 jul. 2016.

⁴²¹ BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct> Acesso em 17 jul. 2016.

estão instaladas. Elas também assumem o compromisso de cumprir com os requisitos da concessão, sob pena do cancelamento das benesses a elas oferecidas.

Yuri Dantas comunga com essa opinião asseverando⁴²²:

Tal entendimento, aliás, como se percebe de simples e rasa observação, é amplamente pertinente ao modelo da Zona Franca de Manaus. Os empreendimentos naquela área de livre comércio instalados assumem, como parceiros do ente estatal, escorado em normas tributárias de caráter indutor, parcela da função pública concernente à promoção do desenvolvimento da Região Amazônica, notadamente do Estado do Amazonas e da Cidade de Manaus.

Não obstante as vantagens fiscais, as empresas, em contrapartida, têm a obrigação de cumprir uma série de requisitos estabelecidos pela Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa), sob pena de perderem os benefícios ou de serem multadas⁴²³.

A Suframa atua como autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior que administra a Zona Franca de Manaus. Ela tem a função de assegurar um modelo de desenvolvimento regional que utilize, de forma sustentável, os recursos naturais e busca, também, alcançar a segurança econômica e melhorar a vida da população local.

A manutenção da SUFRAMA, para administrar os incentivos fiscais, dá-se por meio do recebimento da Taxa de Serviço de Administração (TSA), cujo pagamento tem sido feito pelas empresas. A SUFRAMA atua como autarquia federal, assim sendo, o Governo Federal recebe os impostos federais recolhidos pelas empresas do Polo Industrial de Manaus e as taxas e, em seguida, transfere os recursos para a SUFRAMA custear os seus gastos e implementar programas e projetos para a interiorização do desenvolvimento na Amazônia como incentivo à ciência, à tecnologia e à inovação.

Por tratar-se de uma política de desenvolvimento socioeconômico regional e ainda funcionar baseada em uma política fiscal do governo federal, que atrai investimentos nacionais e estrangeiros para a Amazônia Ocidental, a Zona Franca de Manaus apresenta

⁴²² MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na Zona Franca de Manaus (Comemoração aos 40 anos da ZFM)**. São Paulo. MP Ed. 2008. p. 308.

⁴²³ AFONSO, Silvio Cezar. **Comprovação de Internamento de Mercadorias na Zona Franca e Manaus**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v.18, n.90, jan/fev 2010. p. 4.

tratamentos específicos para as entradas de insumos, importados tanto de outras regiões do Brasil como do exterior⁴²⁴. O mesmo procedimento é conferido às exportações dos produtos industriais finais das empresas da Zona Franca de Manaus para as outras regiões do Brasil e para o exterior.

2. ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS FISCAIS IMPLANTADOS NA ZONA FRANCA DE MANAUS

A Zona Franca de Manaus constituiu-se em um polo de desenvolvimento social e econômico em virtude da efetiva concessão de benefícios fiscais. Os incentivos podem se referir tanto à redução ou eliminação da obrigação tributária como à obtenção de vantagens jurídicas para alguma atividade⁴²⁵ como, por exemplo, formas de pagamento mais vantajosas, parcelamento de débitos ou concessão de prazos mais dilatados.

O benefício tributário reduz ou elimina uma obrigação de conteúdo tributário. Desta forma, se as obrigações sobre as quais incide desconto ou exclusão de taxa não se enquadrarem no conceito de tributo consoante o exposto no artigo 3º do Código Tributário Nacional, não pode o benefício ser qualificado como um incentivo de natureza fiscal.

Os números que registram essas atividades provam a ligação direta na utilização da tributação com finalidade extrafiscal. A população da cidade de Manaus, em 1960, era de aproximadamente 300.000 habitantes e a economia tinha apenas 2,4% dos investimentos incentivados na região Norte. O restante dos investimentos era realizado no estado do Pará⁴²⁶.

Nos últimos anos, a ZFM gerou cerca de 60.000 postos de trabalho diretos, centenas de milhares de empregos indiretos e um faturamento anual no valor de U\$ 10 bilhões. Atualmente é responsável por quase a totalidade da economia estadual e da arrecadação tributária⁴²⁷ do estado do Amazonas.

Com a implantação da ZFM, o número de habitantes saltou para aproximadamente 2.000.000, conforme dados atualizados em 2016 pelo IBGE, e a economia

⁴²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e CAMPOS, Cesar Cunha. **Federação e Guerra Fiscal**, v.3, Brasília: Ed. FGV, 2012. p. 33.

⁴²⁵ CORREIA NETO, Celso de Bastos. **O Averso do Tributo. Incentivos e Renúncias Fiscais no Direito Brasileiro**. 1 ed., São Paulo: Almedina, 2014. p. 129.

⁴²⁶ Informação retirada do site: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?codmun=130260&idtema=103>> Acesso em 12 de Jan. de 2017.

⁴²⁷ Informação retirada do site: <<http://www.fucapi.br/tec/edicoes-antiores/>> Acesso em 13 de Dez. de 2016.

passou a ser a sexta maior do Brasil, correspondendo a 1,4% da economia brasileira. Atualmente é considerada uma das 30 melhores cidades no ramo de negócios na América Latina⁴²⁸.

O Estado, por sua vez, ao atuar nos benefícios fiscais, divide-se em três funções: a função alocativa para estabelecer o fornecimento de bens públicos essenciais; a função distributiva em que o objetivo é a promoção do bem-estar social por meio da distribuição homogênea de rendas e a função estabilizadora, necessária por causa da ausência de autorregulação do mercado. A última função é muito importante, já que promove empregos e estabiliza os preços, peça-chave para o crescimento econômico⁴²⁹.

O objetivo do Estado, atuando dessas três formas, reduz as desigualdades regionais, para que a União – ao criar incentivos regionais, conforme prevê o artigo 43, §2º, inciso III da Constituição Federal – possa oferecer às empresas alguns incentivos fiscais, tais como isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais.

Nota-se, portanto, que os incentivos fiscais são considerados, por parte da doutrina, elementos essenciais para o desenvolvimento regional. Para isso, são divididos pelas formas de operação na qual, de um lado aparecem as operações sobre as despesas e, de outro, as operações sobre as receitas⁴³⁰.

Muito embora os incentivos ligados às despesas sejam mais eficazes, os que operam com as receitas são considerados excelentes. Corroborando com esse entendimento, Valéria Furlan⁴³¹ destaca:

Assim, por meio dos incentivos regionais, torna-se menos oneroso o investimento empresarial naquela região tão abastada de recursos naturais, porém desprovida da infraestrutura já existente em muitas outras regiões do Brasil. Além disso, se não fossem concedidos incentivos fiscais, o Estado sequer teria meios de tributar essa região, que, apesar, de ser alvo de cobiça alienígena, por si só se revela incapaz de atrair descolamento de empresas para seu território.

⁴²⁸ Informação retirada do site: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?codmun=130260&idtema=103>> Acesso em 12 de Jan. de 2017.

⁴²⁹ BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional**. Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 46.

⁴³⁰ MARTINS, Ives Gandra. ELALI, André, e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Ed. 2007. p.37.

⁴³¹ Furlan, Valéria. In. MARTINS, Ives Gandra. ELALI, André, e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Ed. 2007. p.37.

Marcelo Seráfico segue nesse sentido apontando os avanços identificados na produção industrial da Zona Franca de Manaus. Os dados apresentados pelo IBGE, em 2005, mostram que entre 1999 e 2003, Manaus foi uma das nove capitais estaduais que apresentaram aumento de participação no PIB do país. No período compreendido entre 1995 e 2003, o Estado do Amazonas foi responsável, em média, por 55,35% da arrecadação de tributos e contribuições federais na região Norte⁴³². Partindo dessas informações, ele concluiu⁴³³:

Como se vê, depois da abertura da economia nacional, a ZFM, que antes tinha como segmentos dinâmicos o comércio e a indústria, transformou-se em uma zona franca predominantemente industrial, o que se revela inclusive no modo pelo qual passou a ser tratada: Polo Industrial de Manaus (PIM). Além disso, geraram-se diversos encadeamentos tanto para o setor privado como para o setor público⁴³⁴.

Por outro lado, Rogério Almeida adverte que os incentivos fiscais oferecidos à ZFM são repetições de erros estabelecidos na SUDAM em que se buscou o resultado imediatista no qual o lucro fácil se sobrepõe ao interesse da nação, criando, dessa forma, um capitalismo predatório de autodestruição⁴³⁵.

A ZFM já foi considerada uma área exploratória em que um ou outro produto regional ganhou relevância no cenário econômico mundial. O problema é que uma vez explorada, a matéria-prima local quase em nada se agrega à economia amazonense⁴³⁶.

Nesse sentido, Ernesto dos Santos expõe:

Para se ter uma ideia da magnitude dos valores movimentados àquela época, em 1872, 40% das explorações brasileiras eram da borracha amazonense (*látex brasiliensis*). Depois disso, a economia amazonense concentrou-se no extrativismo vegetal, atividade de pouquíssimo valor agregado⁴³⁷.

⁴³² SERÁFICO, Marcelo. **Globalização e Empresariado: Estudo sobre a Zona Franca de Manaus**. São Paulo: Annablume. 2011. p. 119.

⁴³³ SERÁFICO, Marcelo. **Globalização e Empresariado: Estudo sobre a Zona Franca de Manaus**. São Paulo: Annablume. 2011. p. 119.

⁴³⁴ SERÁFICO, Marcelo. **Globalização e Empresariado: Estudo sobre a Zona Franca de Manaus**. São Paulo: Annablume. 2011. p. 119.

⁴³⁵ ALMEIDA, Rogério. em Nova SUDAM? Disponível em: <<http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=20682>> Acesso em 07/12/2016<

⁴³⁶ Ernesto dos Santos Chaves da Rocha. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na Zona Franca de Manaus (Comemoração aos 40 anos da ZFM)**. São Paulo: MP, Ed. 2008. p. 95.

⁴³⁷ Ernesto dos Santos Chaves da Rocha. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na Zona Franca de Manaus (Comemoração aos 40 anos da ZFM)**. São Paulo: MP, Ed. 2008. p. 96.

Ainda em contrapartida ao posicionamento de que os benefícios fiscais são responsáveis pela grande melhoria da Zona Franca de Manaus, surge a discussão acerca da mão de obra local no estado do Amazonas. Questionam-se, de fato, seriam os trabalhadores empregados nas diversas unidades produtivas que compõem a estrutura social da Zona Franca de Manaus.

No início da ZFM e diante da busca pelas vantagens fiscais, muitas das indústrias ali instaladas aumentaram sua produtividade sem atentar para a necessidade de mão de obra local. Como resultado desse comportamento, houve uma mobilização da massa trabalhista local para outros estados atrás de uma remuneração melhor. Segundo Marcelo Seráfico⁴³⁸:

O ponto de vista disso foi o encerramento das operações locais de muitas indústrias, sua transferência para outras regiões do País e a modernização dos processos produtivos de outras. Essas mudanças fizeram declinar o contingente de mão de obra empregada nas indústrias da ZFM⁴³⁹.

Completa Seráfico dizendo que esse período foi de reestruturação das empresas e que, posteriormente houve crescimento do polo industrial cuja demanda de trabalho aumentou significativamente.

Nesse contexto, verifica-se que a política de incentivos fiscais enfrenta uma série de críticas, pois a continuidade ininterrupta desse tipo de modelo gera certo esgotamento, principalmente em relação aos custos e gastos do poder público frente aos benefícios obtidos. Além disso, a Zona Franca de Manaus também precisa articular-se em termos de logística e infraestrutura, principalmente para facilitar o escoamento de sua produção em direção aos portos e a outras localidades.

⁴³⁸ SERÁFICO, Marcelo. **Globalização e Empresariado: Estudo sobre a Zona Franca de Manaus**. São Paulo: Annablume. 2011. p. 113.

⁴³⁹ SERÁFICO, Marcelo. **Globalização e Empresariado: Estudo sobre a Zona Franca de Manaus**. São Paulo: Annablume. 2011. p. 114.

O desenvolvimento econômico deve ser entendido como um estado de equilíbrio na produção, distribuição e consumo de riquezas⁴⁴⁰. Para que isso aconteça, é imprescindível que o desenvolvimento esteja afastado do esgotamento da fonte.

A ZFM deve desempenhar um papel de guardião da biodiversidade ambiental amazônica. O Estado do Amazonas e o Município de Manaus utilizam instrumentos fiscais no intuito de assegurar que o meio ambiente não seja prejudicado pela ambição dos garimpos, pela exploração ilegal de madeira, pela pesca predatória e pelas demais atividades ainda que legais.

Esses incentivos estão previstos no Decreto Lei nº 288/1967 e isentam ou reduzem a carga tributária dos tributos federais direcionados à União, ao Distrito Federal, aos estados e também ao município de Manaus.

É importante esclarecer que existem algumas restrições quanto a alguns incentivos estaduais. Bebidas alcoólicas, fumo, perfumes, armas, munições e automóveis de passageiros são exemplos dessas restrições que não amparam os benefícios fiscais concedidos⁴⁴¹.

A Constituição do estado do Amazonas prevê princípios, implícitos no texto legal que regem a política de incentivos fiscais. O art. 222, §1º estabelece o princípio da reciprocidade. Nele, o empresário, ao aderir ao programa de incentivos na Zona Franca de Manaus, tem de cumprir benefícios sociais, como comprometimento ambiental, atividades culturais, creches, dentre outros.

As contribuições estabelecidas aos empresários não estão formalmente contempladas nos tributos instituídos pelos estados, conforme previsão constitucional federal em seu art. 155 CF/88. É uma nova espécie tributária no âmbito estadual, com características de imposto⁴⁴².

Todos esses benefícios são necessários para que o empresário eleja a ZFM como seu local de investimentos. Para tanto, o valor da renúncia fiscal tem de ser maior que o

⁴⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na Zona Franca de Manaus (Comemoração aos 40 anos da ZFM)**. São Paulo: MP, Ed. 2008. p. 159.

⁴⁴¹ REZENDE, Fernando e OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil: desafios da reforma tributária**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003. p.52.

⁴⁴² MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na Zona Franca de Manaus (Comemoração aos 40 anos da ZFM)**. São Paulo: MP, Ed. 2008. p. 106.

custo de transferências e logísticas do produto. Outra justificativa para atrair setores ainda não implantados na Zona Franca de Manaus é a concorrência fiscal com outros estados.

3. O PAPEL DO FENÔMENO DA EXTRAFISCALIDADE NA ZONA FRANCA DE MANAUS.

Muito embora o tributo seja o principal meio de arrecadação das atividades públicas, não se pode extinguir as outras formas de uso das normas tributárias com outros objetivos, assim como aqueles efeitos externos que se diferem da arrecadação⁴⁴³.

Os incentivos fiscais decorrem do exercício da tributação extrafiscal. Ocorre a motivação de potenciais contribuintes a iniciar ou manter determinada atividade, desde que a finalidade pública seja satisfazer algum interesse público eminente⁴⁴⁴.

O fenômeno da extrafiscalidade além de não visar à arrecadação de receitas, estimula o comportamento das pessoas. Ocorre, portanto, a distribuição da carga tributária, bem como simplifica o sistema tributário como um todo⁴⁴⁵. O tributo de natureza extrafiscal caracteriza-se por sua finalidade, tendo de ser política, econômica ou social.

Por isso, é preciso atentar-se para o fato de que o fenômeno extrafiscal não se encontra apenas nos incentivos fiscais, mas também na função extrafiscal do tributo, em que certos atos de particulares são desestimulados⁴⁴⁶. São exemplos de outros institutos jurídicos que são considerados incentivos fiscais: a anistia, a moratória, a remissão, o crédito presumido, a redução de alíquota e a base de cálculo.

Com base nesse entendimento, Glaucio Lubacheski de Aguiar explica⁴⁴⁷:

Vê-se, assim que os benefícios fiscais, que estão no campo da extrafiscalidade, manifestam-se de várias maneiras. O que importa, basicamente, é que, por meio da manipulação dos vários e possíveis instrumentos tributários, condicionem-se os comportamentos de

⁴⁴³ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo. Incentivos e Renúncias Fiscais no Direito Brasileiro**. 1 ed., São Paulo: Almedina, 2014. p. 97.

⁴⁴⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na Zona Franca de Manaus (Comemoração aos 40 anos da ZFM)**. São Paulo: MP, Ed. 2008. p. 43.

⁴⁴⁵ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo. Incentivos e Renúncias Fiscais no Direito Brasileiro**. 1 ed., São Paulo: Almedina, 2014. p. 95.

⁴⁴⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. ELALI, André, e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Ed. 2007. p. 145.

⁴⁴⁷ Glaucio Lubacheski. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na Zona Franca de Manaus (Comemoração aos 40 anos da ZFM)**. São Paulo: MP, Ed. 2008. p. 137.

virtuais contribuintes em prol de um objetivo estatal específico e não, propriamente, para abastecimento dos cofres públicos.

Nota-se, com isso, que a extrafiscalidade encontrada com frequência nos impostos federais de importação e exportação defende outros objetivos constitucionais – o emprego e o desenvolvimento⁴⁴⁸.

O fenômeno da extrafiscalidade também pode ser utilizado para proteção do meio ambiente, pois nele ocorre a compatibilização entre as atividades econômicas existentes e a preservação ambiental. Esta necessidade de equalizar as duas vertentes na Zona Franca de Manaus, quais sejam meio ambiente e atividade industrial e econômica, acontece no intuito de evitar que a região possa sofrer novamente danos que já foram extintos.

A fiscalidade tem o objetivo financeiro de arrecadar tributo ao passo que a extrafiscalidade prioriza outros interesses diversos dos recursos públicos, tratando o tributo como um instrumento de política pública⁴⁴⁹.

A finalidade extrafiscal consiste, portanto, em promover fins que não sejam captação de recursos para o erário. Dessa forma, inserem-se como objetivos da extrafiscalidade: a redistribuição da renda e da terra, a defesa da economia nacional, a orientação dos investimentos para setores produtivos ou mais adequados ao interesse público, a promoção do desenvolvimento regional ou setorial sobretudo como mecanismo de implementação de políticas públicas⁴⁵⁰.

As intervenções estatais ocorrem na efetivação do tributo extrafiscal, com o intuito de estabelecer uma proporção entre custo e benefício para alcançar o desenvolvimento nacional. Para isso, há de se considerar o princípio da redistribuição de rendas em que os entes que possuem mais recursos transferem um pouco para os mais carentes⁴⁵¹.

O exemplo mais conhecido de incentivos fiscais que dispõe de condições especiais do tributo, reduzindo a carga fiscal mediante alteração da obrigação principal, são as

⁴⁴⁸ Glaucio Lubacheski. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na Zona Franca de Manaus (Comemoração aos 40 anos da ZFM)**. São Paulo: MP, Ed. 2008. p. 137.

⁴⁴⁹ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo. Incentivos e Renúncias Fiscais no Direito Brasileiro**. 1 ed., São Paulo: Almedina, 2014. p. 91.

⁴⁵⁰ GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 49.

⁴⁵¹ GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 43.

isenções extrafiscais. Nesta prática, o instrumento proporciona a vantagem ao contribuinte no sentido de que ele possa reduzir certo comportamento ou compensar uma situação específica⁴⁵².

A neutralidade fiscal, presente na extrafiscalidade, demonstra tanto efeitos positivos como negativos no ponto de vista econômico. Os reflexos da cobrança do tributo na atividade econômica podem ser na indução de comportamentos, na aplicação de recursos econômicos, na complexidade de custos e cumprimento e não menos importante na concorrência entre partícipes do mercado.

Há dois tipos de não-neutralidade na tributação – a positiva e a negativa. A primeira se refere à facilidade de êxito nos objetivos econômicos, e a segunda se refere ao inverso dos objetivos econômicos.

O Estado age de forma positiva ao auferir um dever, uma sanção tributária e de forma negativa negando ou proibindo certa isenção fiscal, como ao cigarro, por exemplo, em que sua venda não abrange nenhum benefício fiscal, para que com isso o Estado não seja um estimulador do comércio de cigarros.

Dessa forma, a tributação extrafiscal gera efeitos na reforma fiscal, assim como no impedimento da reforma fiscal. Os efeitos sociais e econômicos planeados pelo uso extrafiscal da norma tributária alcança todos os campos de atuação ligados direta ou indiretamente ao sistema tributário.

André Elali destaca:

O Estado se utiliza da ferramenta de indução para a prevenção de ilícitos, por nem sempre a direção apresentar eficácia no alcance dos objetivos. A tributação, portanto, constitui um papel essencial na indução dos agentes econômicos, bem como cumprimento dos objetivos elencados na Carta Magna⁴⁵³.

Resta necessário citar que não são todos os usos extrafiscais que contam com previsões constitucionais expressas e específicas. Entretanto, a ausência das normas constitucionais não afasta a eficácia deles.

⁴⁵² CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo. Incentivos e Renúncias Fiscais no Direito Brasileiro**. 1 ed., São Paulo: Almedina, 2014. p. 130.

⁴⁵³ MARTINS, Ives Gandra da Silva, ELALI, André, e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Ed. 2007. p.150.

4. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DA ZONA FRANCA DE MANAUS

O discurso constitucional merece algumas considerações. A primeira delas é que a Zona Franca de Manaus manteve, sob a nova ordem constitucional de 1988, suas características de região de livre comércio. Não se encontra explícito no texto constitucional que a legislação do Decreto Lei nº 288/1967 é mantida tal qual como conformada no momento da promulgação da nova carta.

No entanto, verifica-se que o legislador, ao assegurar o fundamento do polo industrial de desenvolvimento da região, prezou estabelecer os estímulos passados, os presentes e os futuros com a manutenção de todas as características de zona de livre comércio.

Assim, restou claro que as alterações que, porventura, ocorreram no âmbito da Zona Franca de Manaus só poderiam produzir efeitos se estabelecessem como objetivo a readequação das normas que mantinham os incentivos fiscais já existentes, podendo, no entanto, agregar outros pontos pertinentes ao desenvolvimento do parque industrial da região.

A valorização do estado do Amazonas, por meio da Zona Franca de Manaus, está amparada no art. 170, incisos VII e IX da CF/88, que estabelecem a redução das desigualdades regionais e sociais como princípio essencial diante dos ditames da justiça social⁴⁵⁴.

Esses benefícios tributários são formas de intervenção por indução do Estado, no qual ele manipula instrumentos de acordo com as leis que regem o mercado, promovendo o desenvolvimento nacional previsto no artigo 3º da CF/88⁴⁵⁵. São incentivos fiscais sobre as despesas públicas, as subvenções, o crédito presumido e os subsídios. Já no âmbito na receita pública, figuram a isenção, o diferimento, a remissão e a anistia⁴⁵⁶.

No que concerne à indução, o Estado age para ordenar comportamentos, podendo ser nas ações ou omissões, dos contribuintes e indiretamente nos cidadãos afetados.

⁴⁵⁴ BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional**. Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 42.

⁴⁵⁵ BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional**. Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 43.

⁴⁵⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. ELALI, André, e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Ed. 2007. p. 37.

Na prática, a indução pode ser identificada como a própria noção de incentivo da concessão dos incentivos fiscais⁴⁵⁷.

Acontece que as regras destinadas a viabilizar a utilização de tais benefícios, os ditames constitucionais, funcionam como condições que devem ser preenchidas, sob pena de darem-se à causa incentivos em desconformidade com o ordenamento jurídico posto.

Do observado, pode-se concluir até aqui que o Estado age, conforme preveem os artigos 1º e 3º da Constituição Federal, no intuito de preservar a dignidade da pessoa humana na busca do desenvolvimento nacional, assim como a eliminação das desigualdades regionais que estão dando efeitos a seus fundamentos e objetivos primordiais. Dessa forma, o ente estatal age na licitude ao buscar meios de alcançar tal efetividade ou concretude na intervenção no domínio econômico.

Ademais, constam no texto constitucional, especificamente no art. 174, as normas programáticas destinadas ao estímulo de certas atividades, bem como a regulação de incentivos fiscais. Em consonância com o art. 174, o art. 23 prevê a função da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e o art. 151, inciso I, que trata da igualdade entre setores e regiões. O art. 155, §2º, XII, *g*, concede à Lei Complementar a competência de “regular forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

As empresas industriais que vierem a se instalar na ZFM poderão contar com o estímulo do ICMS, que não é o crédito real fiscal, previsto no art. 155 da CF/88. O amparo legal desses incentivos fiscais relacionados à redução do ICMS são o Decreto Lei nº 288/1967, a Lei Estadual nº 2826/2003 e a Lei Complementar nº 24/1975.

O único dispositivo que trata das abrangências e concessões dos benefícios fiscais é a Lei de Responsabilidade Fiscal. A Constituição Federal, por sua vez, faz menção, por meio de normas programáticas, de forma que proporcionem um tratamento tributário e legal diverso aos benefícios concedidos a seus contribuintes pelo Estado, visando expandir o polo industrial do estado do Amazonas.

⁴⁵⁷ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo. Incentivos e Renúncias Fiscais no Direito Brasileiro**. 1 ed., São Paulo: Almedina, 2014. p. 105.

5. CONTEXTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS ANALISADOS E CONCLUSÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal teve seu papel institucional ampliado, o que, consequentemente, aumentou a sua importância e responsabilidade para com a guarda da Constituição, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna.

Uma das grandes dificuldades enfrentadas com o advento da nova Constituição foi a recepção de normas infraconstitucionais anteriores a ela. Para tanto, foi adotada a solução de que devem ser recepcionadas as normas conciliáveis com a Constituição de 1988.

Nesse sentido, verifica-se que a função da Instituição nas decisões acerca da Zona Franca de Manaus é de análise dos incentivos regionais, juntamente com a onerosidade das empresas, com os recursos naturais, os tributos e isenções, frente à enorme dificuldade em definir o melhor modelo de desenvolvimento econômico da região amazônica.

5.1 COBRANÇA DE TAXAS DE SERVIÇOS (TSA) NA ZONA FRANCA DE MANAUS

A cobrança de Taxas de Serviços Administrativos (TSA) pela Superintendência de Manaus (Suframa) foi considerada inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento de que não há definição de norma específica no fato gerador da cobrança. Esse entendimento foi reafirmado pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 957.650/AM.

A Suframa recorreu com base no art. 1º da Lei 9.960/2000 alegando que tem funções de aprovação, avaliação e controle dos projetos das empresas instaladas na Zona Franca de Manaus. Por essa razão, a taxa mereceria ser validada conforme o volume da atividade econômica da companhia cobrada.

Em seu recurso, a Suframa afirmou não ser necessário que a norma tributária especificasse quais serviços e atividades ensejam a cobrança do tributo, bastando a indicação de que integrem as competências atribuídas a ela no Decreto Lei 288/1967.

Os argumentos não foram acolhidos e a Suprema Corte manteve a decisão que determinou a inexistência da relação jurídica que obrigue uma empresa instalada na Zona Franca a recolher a TSA na importação de mercadorias estrangeiras ou no internamento de mercadorias nacionais.

Em sede de repercussão geral, o ministro relator do caso, Teori Zavascki, entendeu que a lei federal que instituiu a TSA objetivou repetir como fato gerador a definição abstrata do seu objeto, deixando de definir concretamente qual é a atuação que o Estado deve ter no exercício do poder de polícia ou qual serviço público prestado ao contribuinte, ou posto a sua disposição, seria possível de taxaço.

O ministro completou seu voto discriminando a atuação do Estado afirmando que este detém o poder de fiscalizar e autorizar a atividade do particular, prezando sempre pelo interesse comum. O Estado também deve atentar para a retribuição do serviço prestado, podendo receber taxa de serviço, já que o benefício é tanto para o indivíduo como para a comunidade⁴⁵⁸.

É importante ressaltar que os acórdãos proferidos nos ARE 923.839/AM, RE 883.197/AM e RE 556.854/AM determinaram que a Suframa não pode instituir taxa por meio de portaria. Determinaram, também, que, se houver lei que a autorize, tal lei deverá ser declarada inconstitucional por afrontar o princípio da legalidade.

Dessa forma, nota-se que a jurisprudência da Suprema Corte é sólida no sentido da Constituição Federal não recepcionar o art. 24 do Decreto Lei 288/67, uma vez que o referido decreto autoriza a Suframa a instituir taxas por meio de portaria, contradizendo o princípio legal.

Ainda nesse contexto, o ministro Dias Toffoli, como relator do ARE 923.354 AgR/RO, proferiu seu voto concluindo que as taxas cobradas pela Suframa possuíam natureza tributária de espécie taxa e que o Decreto Lei 288/1967, no seu art. 24, não foi recepcionado pela Constituição em razão de contrariar o art. 150, inciso I, da Carta Magna.

Seguindo esse mesmo entendimento, a Suprema Corte, diante de sucessivos julgamentos, decidiu pela inconstitucionalidade de taxas que tinham como fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte.

A destinação das taxas recolhidas corroborou para a solidez desse entendimento, uma vez que, de acordo com as informações presentes no acórdão 608/2016 do

⁴⁵⁸Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10956027>> Acesso em 18 jul. 2016. Acórdão ARE 957650, p.16.

Tribunal de Contas da União em sede de relatório de levantamento de auditoria, a maior parte da receita obtida por meio de TSA foi destinada à União para pagamento de dívida pública federal.

A Suframa, por sua vez, rebateu esses argumentos alegando que os setores produtivos ficam desamparados, sem o retorno dos investimentos necessários para o desenvolvimento das suas empresas enquanto ela própria não recebe nada, já que, desde 2001, os bilhões arrecadados em taxas não foram direcionados a Manaus, mas tão somente ao Tesouro Nacional⁴⁵⁹.

Diante disso, o STF determinou como desvio de finalidade, uma vez que a Suframa não era dependente financeira dos recursos oriundos da cobrança da TSA e, principalmente, por a maior parte dos recursos arrecadados não ser direcionada ao custeio dos serviços prestados pela autarquia.

5.2 A ISENÇÃO DO PIS E DA COFINS NA ZONA FRANCA DE MANAUS

As alíquotas do PIS (Pagamento de Integração Social) e Cofins (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) incidentes sobre as receitas de vendas de mercadorias destinadas ao consumo ou à industrialização por pessoa jurídica instalada na Zona Franca de Manaus foram reduzidas a zero pelo art. 2º da MP 202/2004. A respectiva isenção foi mantida nas Leis 10.996/2004 e 10.865/2004.

Essa isenção foi alvo de questionamento no RE 509406/SC. Foi debatido se a isenção era uma ofensa ao art. 97 da Constituição Federal e se era possível a incidência do art. 14, §2º, I, da Medida Provisória 2.037-2/00.

Em conformidade com o tribunal *a quo*, o ministro relator, Teori Zavascki, seguiu o entendimento do julgado da ADI-MC 2.348/DF, o qual defende que a isenção do PIS e Cofins não ofende a Constituição Federal e afasta a inconstitucionalidade do art. 14, §2º, I, da Medida Provisória 2.037/00.

Nos ARE 548.164/SC AgRe ARE 640.936/SP AgR, de relatoria do ministro Marco Aurélio, foi autorizada a exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins dos valores referentes a receitas provenientes de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro. Dessa forma, objetivou que a isenção dos impostos na Zona Franca de Manaus é devida, já que há

⁴⁵⁹ IBGE. Disponível em < <http://cieam.com.br/?u=industria-da-zona-franca-de-manaus-recua-30-em-janeiro-diz-ibge>> Acesso em 14 Dez. 2016.

equiparação dos produtos destinados à área incentivada com os exportados para o exterior, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça.

O ministro Dias Toffoli, no RE 568/417/RS AgR decidiu que a isenção do PIS e da Confins era constitucional com base na ADIN nº 2348 que suprimiu o inciso I do §2º do art. 14 da MP 2037-24/00 que retirava o benefício.

Ademais, sustentou que a previsão do art. 149, §2º, I da Constituição Federal, derivada da EC nº 33/2001, abrange as contribuições sociais que incidem sobre faturamento ou receita que forem decorrentes de exportação, devendo ser estendida para a Zona Franca de Manaus.

Sobre esses aspectos, outros julgados decidiram com mesmo entendimento, sendo, portanto, constitucional a isenção do PIS e da Cofins na Zona Franca de Manaus.

5.3 CREDITAMENTO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI) NA ZONA FRANCA DE MANAUS

A respeito desse tema, merece especial destaque o precedente estabelecido no processo que recentemente foi tratado no Supremo Tribunal Federal acerca do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), alvo de questionamento nos autos do RE nº 592891 em sede de repercussão geral. O recurso foi interposto pela União contra decisão que reconheceu o direito ao creditamento.

A discussão trata do direito ao creditamento do IPI na entrada de insumos provenientes da Zona Franca de Manaus, adquiridos sob o regime de isenção. O caso ainda não foi decidido, o julgamento está suspenso desde o pedido de vista do ministro Teori Zavascki.

A ministra relatora, Rosa Weber, proferiu seu voto que foi acompanhado dos ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, pelo desprovimento do recurso, por não vislumbrar no reconhecimento do direito ao creditamento quaisquer ofensas aos preceitos constitucionais.

Ainda nesse sentido, a ministra considerou que o creditamento de IPI contribui para a redução das desigualdades regionais e sociais e colabora para a preservação da soberania nacional na medida em que incentiva a ocupação física do estado do Amazonas.

O creditamento do IPI atua como um incentivo fiscal que nada mais é que uma das formas de intervenção por indução do Estado, no qual ele manipula instrumentos de acordo com as leis que regem o mercado, promovendo o desenvolvimento nacional previsto no

artigo 3º da CF/88⁴⁶⁰. Há uma proporção entre custo e benefício para alcançar desenvolvimento nacional. Para isso, há de se considerar o princípio da redistribuição de rendas no qual os entes que possuem mais recursos transferem para os mais carentes⁴⁶¹.

A doutrina acompanha esse entendimento da ministra relatora, pois a produção de produtos industrializados na Zona Franca de Manaus corrobora significativamente para instalação e desenvolvimento do parque industrial no respectivo local. Por outro lado, as empresas ficam isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados relativos às mercadorias ali produzidas.

Celso Barros afirma⁴⁶²:

A eficácia externa deste incentivo fiscal há que se verificar no volume de mercadorias produzidas na região abrangida pela Zona Franca de Manaus, bem como na efetiva criação, expansão ou manutenção do parque industrial na região. O efeito da renúncia foi estimado para o ano de 2012 em R\$ 8.847.735.809,00, segundo consta do Demonstrativo de Gastos Tributários, elaborado pela Receita Federal do Brasil.

O principal método utilizado para solucionar esses desequilíbrios é a jurisdição constitucional. Este método compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, o desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e a interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito constitucional possui, como um dos princípios basilares, o princípio da Supremacia da Constituição, cuja explicação está na posição em que a Constituição se posiciona perante as demais leis, ou seja, ela é a Lei Maior, superior a todas as outras leis existentes no ordenamento jurídico.

É por isso que ela é considerada como norma rígida, pois, para que haja a sua modificação, é necessário um processo muito mais difícil que as leis hierarquicamente

⁴⁶⁰ BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional**. Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo. Quartier Latin, 2013. p. 47.

⁴⁶¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. ELALI, André, e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Ed. 2007. p. 56.

⁴⁶² CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo. Incentivos e Renúncias Fiscais no Direito Brasileiro**. 1 ed., São Paulo: Almedina, 2014. p. 210.

inferiores e que, por isso, sofrem o controle de verificação quanto a sua compatibilidade com a Constituição.

Sobre esta matéria, expõe o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal⁴⁶³:

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

Sob o prisma constitucional, o Supremo Tribunal Federal, nos seus últimos julgados, vem ratificando posicionamento favorável ao tratamento tributário diferenciado na Zona Franca de Manaus, estabelecendo impossibilidade de redução ou mitigação dos benefícios oferecidos naquela região⁴⁶⁴.

5.4 CONVÊNIOS SOBRE ICMS NA ZONA FRANCA DE MANAUS – ADI 310

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo governo do Amazonas na década de 1990, questionando a constitucionalidade dos convênios firmados pelo Confaz – Conselho de Política Fazendária.

A principal discussão é quanto à definição do alcance da equiparação efetivada pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967 e garantida pelo art. 40 do ADTC, pela modificação da disciplina constitucional referente à incidência do ICMS sobre as operações de exportação.

O autor argumenta que os três convênios questionados na ADI seriam inconstitucionais. O primeiro convênio (1/1990) exclui a cana-de-açúcar do benefício da não incidência do ICMS quando comercializada ou industrializada na Zona Franca de Manaus; o segundo convênio (2/1990) revoga o convênio ICM 65/88 que fixava níveis de tributação na remessa de produtos industrializados semielaborados para o Município de Manaus e, por fim, o terceiro convênio (6/1990) que cancela o benefício da manutenção de crédito resultante da

⁴⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, p. 1025.

⁴⁶⁴ Entre outras, a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2348/DF, Tribunal Pleno, Ministro Marco Aurélio; RE 509406/SC, Segunda Turma, Ministro Teori Zavascki; ARE 923575, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio.

não incidência do ICMS nas operações de remessa de mercadoria nacional para a Zona Franca de Manaus.

A base legal apontada pelo autor é que os convênios contrariam o art. 5º da Lei 4/1969, o art. 15 da Lei Complementar 24/75 e art. 4º do Decreto Lei 288/1967, que possui valor jurídico de lei complementar, recepcionado pelo art. 40 da ADCT da CF/88, não podendo ser alterado por convênio ou legislação federal, estadual ou municipal.

A ministra relatora, Carmem Lúcia, entendeu que não houve contradição entre o teor da Lei Complementar em relação à Zona Franca de Manaus e o que traz a Constituição Federal de 1988, uma vez que o art. 40 ADCT mantém a excepcionalidade na política de incentivos fiscais do modelo de desenvolvimento regional.

Assim, foram considerados os conceitos de permanência e de transitoriedade, como também os conceitos de generalidade e de especificidade das normas constitucionais debatidas. Com isso, foi verificado que não houve incompatibilidade do regramento da ADCT referente aos benefícios conferidos à Zona Franca de Manaus com o sistema tributário nacional recepcionado na Constituição de 1988, desonerando, assim, a saída de mercadorias do território nacional para o consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus.

O voto da ministra Carmem Lúcia foi acompanhado por unanimidade pelos demais ministros da Corte. O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Conselho não pode legislar sobre isenção ou revogação do ICMS relacionada às atividades da Zona Franca de Manaus. Essa decisão possui caráter permanente.

A tabela, abaixo, expõe de forma clara e objetiva os julgados relacionados aos impostos na Zona Franca de Manaus no Supremo Tribunal Federal.

<u>Número e Classe do Processo</u>	<u>Matéria</u>	<u>Ano do Julgado</u>	<u>Decisão</u>	<u>Ministro Relator</u>
			Favorável à inconstitucionalidad	Ministro Teori Zavascki

ARE 957.650/AM	Taxa de Serviços Administrativos (TSA)	2016	e do art. 1º da Lei 9.960/00, que instituiu TSA.	
ARE 923.839/AM	Taxa de Serviços Administrativos (TSA)	2016	Favorável à inconstitucionalidade da Lei que autoriza a Suframa a instituir taxa por meio de portaria.	Ministro Marco Aurélio
RE 883.197/AM	Taxa de Serviços Administrativos (TSA)	2015	Favorável a não recepção pela CF/88 do art. 24 do Decreto Lei 288/67, que autoriza a Suframa a instituir taxa por meio de portaria.	Ministra Carmen Lúcia
RE 556.854/AM	Taxa de Serviços Administrativos (TSA)	2011	Favorável a não recepção pela CF/88 do art. 24 do Decreto Lei 288/67, que autoriza a Suframa a instituir taxa por meio de portaria.	Ministra Carmen Lúcia
	Programa de Integração		Favorável ao afastamento da	

RE 509.406/SC	Social e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (PIS e Cofins)	2016	incidência do art. 14, §2º, I da MP 2037-2/00, restabelecendo isenção relativa ao PIS e à Cofins.	Ministro Teori Zavascki
ADI 2348/DF	Programa de Integração Social e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (PIS e Cofins)	2005	Favorável à preservação da imunidade tributária constitucionalmente deferida à Zona Franca de Manaus. Foi afastada a eficácia de dispositivos da MP 2037-24/00, à luz do art. 40 do ADCT.	Ministro Marco Aurélio
ARE 548.164/SC	Programa de Integração Social e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (PIS e Cofins)	2014	Favorável à restituição do indébito tributário referente à isenção do PIS e Confins, sob argumento de que há equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com os exportados ao exterior.	Ministro Marco Aurélio

ARE 640.936/SP	Programa de Integração Social e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (PIS e Cofins)	2014	Favorável à isenção do PIS e Cofins para as operações decorrentes de vendas para Zona Franca de Manaus, no período previsto no art. 40 da ADCT.	Ministro Marco Aurélio
RE 568.417/RS	Programa de Integração Social e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (PIS e Cofins)	2012	Favorável à manutenção da isenção do PIS e Cofins, com base na ADI 2348 que suspendeu a eficácia do I, §2º do art. 14 da MP 2037-24/00 que suprimia esses benefícios.	Ministro Dias Toffoli

RE 592.891/SP	Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)	2016	Favorável ao creditamento do IPI, pois contribui para a redução das desigualdades regionais e sociais e colabora para a preservação da soberania nacional na em medida que incentiva a ocupação física do estado do Amazonas.	Ministra Rosa Weber
ADI 310	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)	2014	Favorável à constitucionalidade dos convênios da Confaz, desonerando, assim, a saída de mercadorias do território nacional para o consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus.	Ministra Carmen Lúcia

CONCLUSÃO

A Zona Franca de Manaus, criada sob contexto de uma política fiscal de livre comércio, vem concretizando parte dos seus objetivos, quais sejam de desenvolvimento regional previsto no art. 3 da CF, levando à região de sua abrangência (estados da Amazônia, Acre, Amazonas, Rondônia e Roraima, assim como as cidades de Macapá e Santana no Amapá) desenvolvimento econômico e industrial, aliados à proteção ambiental.

Deste modo, verifica-se que as normas que consubstanciam a Zona Franca de Manaus são recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, ao passo que impliquem na diminuição das desigualdades regionais, bem como no desenvolvimento social, econômico e cultural da região abrangida.

A partir disto, nota-se que os princípios constitucionais estão alinhados aos fins da Zona Franca de Manaus, o que resulta em uma recepção do art. 1º do Decreto Lei 288/1967, que estipula desenvolvimento regional, e não somente regra de incentivo fiscal.

Ante as considerações, restou claro que no entendimento da Suprema Corte, não cabe qualquer restrição ou limitação que prejudique a Zona Franca de Manaus, respeitando as normas que a preservam, bem como o prazo estipulado.

Como se vê, de tudo quanto exposto, extenso a complexidade das normas que consagram o regime tributário na Zona Franca de Manaus. Por outro lado, constata-se que os incentivos fiscais – extrafiscalidade e exoneração tributária - proporcionam sucesso ao desenvolvimento do Amazonas.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 trouxe o princípio da soberania fazendo com que a previsões constitucionais fossem aplicadas em todas as esferas do país. Dessa forma, verifica-se presente a garantia do princípio fundamental, bem como a garantia do desenvolvimento nacional com a redução das desigualdades regionais .Esses mecanismos conferem validade constitucional à Zona Franca de Manaus, bem como a manutenção desse regime especial para a região.

Contudo, os incentivos fiscais não solucionam por si só a política de desenvolvimento da região amazônica. É necessário uma presença mais frequente da União visando ampliar e fiscalizar as medidas até o resultado satisfatório da sua implantação.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Rui de Brito Álvares. Silva, Pedro Luiz Barros (organizadores). **Federalismo no Brasil. Desigualdades Regionais e Desenvolvimento**. São Paulo. FUNDAP: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional**. Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo. Quartier Latin, 2013.

BRASIL, Decreto Lei n. 288 de 1967. Altera as disposições da Lei nº 3172 de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. 28 fev. 1967, Brasília. Acesso em 19 junho 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0288.htm.

BRASIL, Emenda Constitucional n. 42 de 2003. Altera o sistema tributário nacional e da outras providências. Acesso em 17 jul. 2016. Disponível em, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm> .

BRASIL, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Constituição Federal de 1988**. Acesso em 17 jul. 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct>.

BRASIL, Emenda Constitucional n. 83 de 2014. Acrescenta o artigo 92-A ao ADCT. Acesso em 15 jul. 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc83.htm>.

CHIAVASSA, Tércio, SIMONE, Diego Caldas R. de. **Guerra Fiscal e a Concessão de Benefícios de ICMS, na Zona Franca de Manaus, Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 236, v. 5, Fev. 2015.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo. Incentivos e Renúncias Fiscais no Direito Brasileiro**. 1 ed., São Paulo: Almedina, 2014.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

Informação retirada do site: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?codmun=130260&idtema=103>> Acesso em 12 de Jan. de 2017.

Informação retirada do site: <<http://www.fucapi.br/tec/edicoes-anteriores/>> Acesso em 13 de Dez. de 2016. em 13 de Dez. de 2016.

Informação obtida em <<http://cieam.com.br/?u=industria-da-zona-franca-de-manaus-recua-30-em-janeiro-diz-ibge>> Acesso em 14 Dez. 2016.

MARTINS, Ives Gandra. RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na Zona Franca de Manaus: Comemoração aos 40 anos da ZFM**. São Paulo: Ed. MP, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. ELALI, André, e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Ed. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira e CAMPOS, Cesar Cunha. **Federação e Guerra Fiscal**, v.3, Brasília: Ed. FGV, 2012.

PEREIRA, Deusamir. **Amazônia (in)sustentável: Zona Franca de Manaus - estudo e análise**. Manaus, Editora Valer, 2005.

REZENDE, Fernando e OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil: desafios da reforma tributária**. Rio de JANEIRO: Ed. FGV, 2003.

Rogério Almeida em Nova SUDAM? Acesso em 07/12/2016 <http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=20682>

SERÁFICO, Marcelo. **Globalização e Empresariado: Estudo sobre a Zona Franca de Manaus**. São Paulo: Annablume. 2011.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10608311>>. Acesso em 08 mar. 2016.

MODULAÇÃO DE EFEITOS EM GUERRA FISCAL DE ICMS

Rafaela Noronha Alves

Resumo

O artigo analisará a possibilidade da modulação de efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei que concedia benefício fiscal de ICMS para um determinado grupo de contribuintes, indo de encontro aos princípios tributários, que são verdadeiras garantias dos cidadãos contra o arbítrio estatal. Tem objetivo de analisar como os estados brasileiros têm disputado entre si a receita de ICMS e como tal disputa tem acarretado a guerra fiscal, pois incentivos fiscais são concedidos, à revelia da lei, no cenário tributário brasileiro trazendo consequências sérias à estabilidade do sistema federativo, à segurança jurídica e às economias regionais e nacional. Visa demonstrar como a decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária poderá ter seus efeitos limitados unicamente para a proteção dos direitos e das garantias dos contribuintes, e para que sejam atribuídos efeitos prospectivos apenas nas hipóteses em que a eficácia retroativa da decisão possa causar grave prejuízo e desestabilização do sistema jurídico.

Palavras-chave: ICMS. Guerra Fiscal. Inconstitucionalidade. Modulação.

Abstract

This article analyzes the possibility of modulation of decision effects that declares an unconstitutionality of a law that granted ICMS tax benefit to a certain group of taxpayers, which are considered the tax principles, which are true guarantees of citizens against state arbitration.

It aims to analyze how Brazilian states have disputed ICMS revenue among themselves and as such a dispute has caused the fiscal war, because tax incentives are granted, in violation of the law, in the Brazilian tax scenario, bringing serious consequences to the stability of the federative system, to legal security and to regional and national economies. It aims to demonstrate how the unconstitutionality in tax matters can only have limited effects for the protection of taxpayers' rights and guarantees, and that prospective effects are granted only in cases where the retroactive effectiveness of the decision could cause serious damage and destabilization of the legal system.

Key words: ICMS. Tax War. Unconstitutionality. Modulation.

Introdução

A Constituição de um país é a base das atividades estatais. Ela determina a vida pública, define os direitos individuais, difusos e coletivos, restando ao Poder Legislativo a edição de leis que guardem com a lei maior uma relação de compatibilidade. Os Poderes Executivo e Judiciário também devem obediência às normas fixadas pela carta constitucional.

Existem normas constitucionais que, devido ao seu alcance e repercussão no sistema jurídico como um todo, funcionam como diretrizes do ordenamento jurídico e são consideradas princípios. Ressalte-se que, no âmbito do direito tributário, sem sempre um princípio irá superar a importância de uma regra.

A Constituição Federal contém um número expressivo de dispositivos que tratam de matérias tributárias, o legislador prescreveu de forma fatigante as áreas em que se pode exercer a tributação. Nesse sentido, os entes políticos só podem atuar dentro da competência tributária que lhes foi outorgada pela Constituição Federal.

No que tange aos impostos, a Constituição delineou a norma padrão de incidência de cada um, de forma exclusiva pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Desta forma, os Estados são responsáveis por criar os impostos elencados no artigo 155, I a III, da CF. Os Municípios estão autorizados a criar os impostos referidos no artigo 156, I a III, do mesmo diploma legal.

O Distrito Federal de sua parte pode criar os impostos que estão na competência dos Estados e dos Municípios, ficando a União com a competência dos outros impostos enumerados nos artigos 153 e 154.

Quanto ao ICMS, o artigo 155, II da Constituição Federal, estabelece que: “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior”.⁴⁶⁵

O ICMS é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, logo, essas Unidades Federadas podem, mediante lei ordinária e nos parâmetros da Constituição, instituí-lo ou dispor sobre ele.

O artigo 155, §2º, XII, *g*, da Carta Magna de 1988 concedeu competência à lei complementar para determinar a maneira como, por meio de deliberação, os estados e o Distrito Federal concederiam benefícios fiscais, incluindo incentivos e isenções em matéria de ICMS.

Regulando tal imposto, a Lei Complementar nº 24/75 afirma que a concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS dependerá sempre da decisão unânime dos Estados representados, o que torna tal concessão um ato difícil de ocorrer.

A deliberação conjunta a que a parte final do mencionado artigo faz referência é realizada por meio de convênio celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária, CONFAZ, que é um órgão inserido no Ministério da Fazenda e com assento garantido a todos os Secretários Estaduais da Fazenda.

Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão relativa ao ICMS somente poderá ser efetuado mediante lei, observado o disposto na Constituição Federal, que condiciona a concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais a prévio acordo conjunto entre os Estados e o Distrito Federal.

Nesse contexto, os Estados elaboram suas leis concedendo benefícios fiscais do imposto de circulação de mercadorias e serviços para determinados setores econômicos e muitas das vezes acabam sendo declaradas inconstitucionais em razão da ausência de prévia celebração de convênio no âmbito do CONFAZ.

Com isso, o presente artigo analisará a possibilidade da modulação de efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei que concedia benefício fiscal de ICMS para um determinado

⁴⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

grupo de contribuintes, indo de encontro aos princípios tributários, que são verdadeiras garantias dos cidadãos contra o arbítrio estatal.

Modular significa estabelecer uma data a partir da qual a decisão do STF surtirá efeitos, evitando assim um possível caos jurídico causado por uma declaração de inconstitucionalidade ou mudança de jurisprudência. ⁴⁶⁶

Assim, a decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária poderá ter seus efeitos limitados unicamente para a proteção dos direitos e das garantias dos contribuintes, ou seja, para que sejam atribuídos efeitos prospectivos apenas nas hipóteses em que a eficácia retroativa da decisão possa causar grave prejuízo e desestabilização do sistema jurídico.

Nesse sentido, em que pesem argumentos pela inaplicabilidade da modulação temporal de efeitos, nas decisões de inconstitucionalidade de leis que instituem benefícios fiscais, faz-se necessária a reflexão acerca da modulação ou não dos efeitos, de modo a sopesar os prejuízos a serem observados pelo contribuinte e pelo fisco.

Em regra, a decisão que declara inconstitucional uma norma possui eficácia retroativa, *ex tunc*, o que na prática acarretaria a obrigação de devolução dos benefícios fiscais desfrutados pelo contribuinte. Em razão dessa consequência jurídica, o ente público que concedeu os benefícios é obrigado a realizar a cobrança do imposto, caso contrário configuraria renúncia de receita tributária, prevista na Lei Complementar 101 em seu artigo 14.

Logo, a atribuição de efeitos prospectivos às decisões que alteram a jurisprudência dos Tribunais Superiores pode se fazer necessária para que sejam valorizados os princípios da boa fé e segurança jurídica. Utilizar-se da modulação dos efeitos para que permaneçam inabalados referidos princípios pode ser uma técnica que não vise apenas a nulidade da norma.

1. Histórico do ICMS

O ICMS, imposto estadual que entrou no lugar do antigo Imposto de Vendas e Consignação, nasceu com a reforma tributária advinda da emenda constitucional nº18 de 1965 e hoje representa 80% da arrecadação dos Estados.

Está determinado no artigo 155, § 2º, XII, a, da Constituição que cabe à lei complementar definir seus contribuintes.

A lei complementar em questão é a nº 87/96, que define que o sujeito passivo do ICMS são pessoas que praticam operações relativas à circulação de mercadorias; importadores de bens de qualquer natureza; prestadores de transporte interestadual e intermunicipal e prestadores de serviço de comunicação.

O fato gerador consiste na circulação de mercadorias, na prestação de serviço de transporte (interestadual e intermunicipal) e na prestação de serviço de comunicação.

Mister se faz um esclarecimento, o imposto incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, compreendendo o negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadorias ou espécies

⁴⁶⁶ ALVES PY BRAGA, Fabiana. Modulação dos efeitos da sentença. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14019 >. Acesso em jul 2016.

de circulação. Desse modo, ninguém fica obrigado a recolher o tributo pelo simples fato de ser proprietário de mercadoria.

O fato gerador do ICMS que consta na Constituição diz respeito à circulação de mercadorias, ou seja, é necessário que haja a troca de titularidade, pois a circulação é a mudança de titularidade jurídica do bem, não apenas movimentação física, mas circulação jurídica do bem, o bem deixa de pertencer a um sujeito e passa à titularidade definitiva de outro.

Corroborando com esse entendimento é a súmula 166 do STJ que dispõe não constituir fato gerador do ICMS o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte.

Fundamental é ao estudo do fato gerador entender o significado da palavra mercadoria, que corresponde à coisa que é objeto de venda, podendo ser bem ou coisa móvel com capacidade para o comércio, um exemplo disso é a energia elétrica, pacificamente considerada como mercadoria para efeito de incidência do ICMS. Assim nos diz Leandro Paulsen:

Mercadoria é o bem corpóreo da atividade profissional do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, como é o caso do ativo permanente. Este conceito sofreu ampliação constitucional, ao submeter o fornecimento de energia elétrica (coisa incorpórea) ao âmbito da incidência do imposto, enquadrando no espectro mercantil.⁴⁶⁷

Outro fato gerador do ICMS é o serviço de transporte interestadual e intermunicipal. O imposto incide sobre serviços prestados em regime de direito privado, não devendo ser confundido com os serviços públicos, que são submetidos a regime jurídico diverso.

Para Leandro Paulsen:

Constituem fatos geradores: a) o início da prestação dos serviços, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias e valores; ou a utilização por contribuinte, de serviço, cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado, e não esteja vinculado a operação ou prestação subsequente; e b) o ato final do transporte iniciado no exterior, no caso de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior.⁴⁶⁸

O ICMS incide também sobre as prestações de serviços de comunicação, “ainda que se iniciem no exterior”. A Constituição Federal não destaca maiores informações acerca dessa previsão, porém deixa isso a cargo da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece que o ICMS incide sobre: “Art. 2º, III (...) prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.”⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ PALSEN, Leandro; MELO, José Eduardo de. Impostos Federais, Estaduais e Municipais. 6.ed. Livraria do Advogado, 2011.p 220.

⁴⁶⁸ Idem, p 223.

⁴⁶⁹ BRASIL. Lei complementar 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

A base de cálculo do referido imposto poderá ser, o valor da mercadoria ou bem importado acrescido das despesas aduaneiras; o valor da operação, quando se tratar de circulação de mercadoria ou o preço do serviço em se tratando de transporte (interestadual e intermunicipal) e de comunicação.

2. O ICMS e o CONFAZ

O Conselho Nacional de Política Fazendária, órgão que integra o Ministério da Fazenda, foi criado em 1975, com o objetivo de harmonizar as regras do ICMS e diminuir ou até mesmo acabar com retirada de investimentos do país, amenizando com isso o prejuízo nas receitas públicas dos Estados.

O CONFAZ foi instituído para organizar o exercício da competência tributária dos Estados, evitando disparidades na divisão das receitas públicas. O Conselho tem como escopo o agenciamento das atividades necessárias à regulamentação de políticas públicas e à generalização dos processos e das normas do ICMS nos Estados e Distrito Federal.

Este órgão é composto pelos secretários de finanças e de fazenda, sendo presidido pelo Ministro da Fazenda ou seu representante indicado. Trata-se de um fórum deliberativo instituído pela CF., cuja missão mais importante é promover o aprimoramento do federalismo fiscal e a harmonização tributária entre os entes da Federação.

É o responsável por editar convênios que definem as condições de anistia, remissão, transação, parcelamento de débitos fiscais e ampliação do prazo de recolhimento do imposto. Ressalte-se a necessidade de aprovação por parte de todos os representantes dos Estados presentes nas reuniões de deliberação, pois a concessão de qualquer benefício ou a sua revogação somente se dá por unanimidade. Essas reuniões aprovam ou não a concessão de reduções de base de cálculo, créditos presumidos, incentivos fiscais e isenções. Ainda, importante observar que as reuniões deliberativas apenas podem ocorrer com a maioria dos representantes das Unidades da Federação.

Com a edição do convênio, em um prazo de quinze dias da publicação no diário oficial, o poder executivo de cada Estado-membro deverá publicar um decreto ratificador do convênio celebrado. Será tido por rejeitado o convênio que não for ratificado, mesmo que tacitamente, sendo que os convênios que forem ratificados obrigam todas as unidades da federação, até mesmo as que não estavam presentes na reunião do Confaz.

Nesse sentido, é importante fixar que para a concessão ou revogação de privilégios fiscais com base no ICMS duas exigências são requeridas, quais sejam, a regulação por meio de lei complementar e a deliberação entre os Estados e Distrito Federal. Paulo de Barros Carvalho e Ives Gandra Martins opinam acerca da necessidade de lei complementar:

(...)esse mesmo estatuto (Constituição Federal) prescreve a necessidade de lei complementar para preservar a uniformidade e harmonia do ordenamento jurídico-tributário (art. 146, I a III). E é exatamente objetivando o funcionamento do sistema que o constituinte atribui à lei complementar a função de dispor sobre uma série de elementos indispensáveis a percussão jurídica do ICMS (art. 155, § 2º, XII).⁴⁷⁰

Com relação à regulamentação por lei complementar, foi editada e recepcionada pela Constituição Federal a lei nº 27/75, que logo em seu artigo 1º demonstra a necessidade de convênio, trazendo em seguida, no artigo 2º, a unanimidade decisória, dispondo que “a concessão de benefícios

⁴⁷⁰ MARTINS, Ives Gandra; CARVALHO, Paulo de Barros. Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2014. P 49.

dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes”.⁴⁷¹

A unanimidade é o principal requisito para validar os benefícios concedidos. Logo, apenas o consenso entre os Estados-membros poderá permitir isenções de ICMS, ou seja, requisito legal para a concessão de benefícios dependerá de decisão unânime dos Estados e Distrito Federal.

Contudo, a unanimidade como questão de validade para os convênios é, na prática, um problema, pois dificilmente os Estados-membros acordam entre si, principalmente no que tange à renúncia de receitas.

O CONFAZ realiza reuniões em caráter ordinário e extraordinário. Neste último caso as reuniões apenas ocorrem quando surgem matérias relevantes, a partir de convocação do Ministro da Fazenda. Para que seja realizada a reunião do órgão colegiado não é necessário que todos os Estados estejam ali representados, bastando sua maioria. Porém, para que um benefício seja concedido, dependerá sempre de aprovação em decisão unânime dos Estados presentes. No entanto, para a revogação do benefício é necessário um quórum de no mínimo quatro quintos dos presentes.

Sobre a necessidade de celebrar convênios, Sacha Calmon Navarro Coelho nos ensina:

A técnica dos convênios reflete o dever-ser do processo legislativo de que se utiliza o Estado-membro para exercer sua competência exonerativa em relação ao ICMS. Os convênios de Estados expressam uma solução de compromisso entre a necessidade de preservar a autonomia tributária dos entes locais, sem risco para a unidade econômica da Federação e a realidade de um imposto nacional. Isto mesmo, o ICMS é imposto nacional. Conclua-se que sem a aprovação das Assembleias Legislativas os convênios de Estados não têm legitimidade para operar quaisquer elementos estruturais do ICMS e que este imposto está inteiramente sujeitado aos princípios da legalidade (e da anterioridade), não podendo suas alterações vigorar de imediato, sob pena de burla à Constituição.⁴⁷²

No tratamento de questões de concessões de estímulos fiscais, com vínculos ao ICMS, só poderá acontecer por unanimidade e em acordo celebrado no CONFAZ. O professor Ives Gandra ainda leciona que: “O texto constitucional, quando se refere à deliberação dos Estados e Distrito Federal, no tocante aos estímulos fiscais outorgados, necessariamente impõe a deliberação de todos os Estados e Distrito Federal, visto que não estabeleceu um quórum mínimo”.

Por essa linha de raciocínio, entende-se que a unanimidade exigida pelo CONFAZ não decorre da legislação infraconstitucional, mas decorre, à luz da Constituição de 1988, do próprio texto do supremo, tese fortalecida, com a interpretação do art. 146-A da lei suprema.

Os conteúdos normativos dos convênios, após serem ratificados, precisam ser inseridos nas legislações estaduais para que possam ensejar os devidos efeitos legais. A transformação da matéria proveniente do CONFAZ em normativo infraconstitucional deve estar revestida das formalidades necessárias e da legalidade, respeitando os princípios constitucionais do sistema tributário nacional.

⁴⁷¹ BRASIL. Lei complementar 24, de 07 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp24.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁴⁷² COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P 293.

José Souto Maior Borges também nos ensina a necessidade da celebração de convênio para que o benefício fiscal possa existir no mundo jurídico:

É constitucionalmente defeso ao Estado-membro conceder unilateralmente (a) incentivos fiscais genéricos ou (b) especificamente isenções na área do ICMS. O que está vedado ao gênero, vedado está à espécie. Sobre essa matéria não pode dispor a lei estadual e muito menos o podem atos infralegais expedidos pela administração fazendária.⁴⁷³

O aspecto nacional do ICMS determina a necessidade dos convênios, Tércio Sampaio Ferraz Jr. destaca a amplitude nacional de referido imposto:

Afinal, por ser o ICMS um imposto instituído por lei estadual, cuja receita se reparte entre Estados e municípios, mas que, pela própria natureza da circulação de mercadorias, repercute a economia das demais unidades estaduais da Federação, há um risco permanente de que, na disciplina de benefícios fiscais, uma unidade possa prejudicar outra unidade federativa. Para evitar prejuízos deste gênero, a Constituição Federal exigiu que a concessão de tais benefícios ficasse na dependência de deliberação, exigindo a Lei complementar a realização de convênios entre Estados e Distrito Federal.⁴⁷⁴

Logo, é ilegítimo o crédito fictício ou decorrente de qualquer espécie de benefício concedido de forma alheia à estabelecida, estando sujeitos à ilegalidade e inconstitucionalidade os atos unilaterais concessivos.

3. Guerra Fiscal entre os Estados

A expressão “Guerra Fiscal” é utilizada para conceituar a prática competitiva entre Entes de uma mesma federação em busca de investimentos privados. A concessão desses benefícios incentiva a migração de empresas que visam à diminuição dos custos e aumentar os lucros. Para atrair investimentos aos seus Estados, o governo oferece créditos especiais de ICMS ou até mesmo empréstimos subsidiados a longo prazo.

Em que pese os Estados-membros estarem mais que cientes da matéria normativa necessária para as concessões de isenções e benefícios fiscais, sua conduta é reiteradamente oposta à delimitada.

Por diversas razões, no intuito de aumentar a arrecadação tributária, os Entes Federados agem como se não existisse uma legislação específica e expedem normas de forma unilateral, concedendo inúmeros benefícios relacionados ao ICMS.

José Eduardo Soares de Melo classifica os benefícios mais comumente concedidos:

Entretanto, unilateralmente, as unidades federativas têm expedido leis, decretos, e atos administrativos, outorgando vantagens fiscais, financeiras, creditícias e operacionais, que afetam a carga impositiva a saber:

a) Fiscais: isenção de imposto para novas empresas, sem produção similar no Estado, válida por determinado período de tempo; isenção ou redução do imposto para

⁴⁷³ BORGES, José Souto Maior. in *Grandes questões atuais do direito tributário*. Valdir de Oliveira Rocha – Coordenador. v. 4. São Paulo: Dialética, 2000. p.122.

⁴⁷⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Guerra fiscal, fomento e incentivo na constituição federal*. Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado/coordenadores Luís Eduardo Schoueri, Fernando Aurélio Ziveti. São Paulo: Dialética, 1998. p. 280.

as micro e pequenas empresas, redução da alíquota do imposto para situações e produções especiais; postergação dos prazos de pagamento do imposto por longo prazo; isenção ou redução do imposto sobre produtos específicos destinados ao exterior;

b) Financeiros: aquisição de ativos fixos; formação ou recomposição de capital de trabalho; financiamento para o desenvolvimento tecnológico; financiamento para empresas de turismo;

c) Estímulo para infraestrutura: vendas de lotes e galpões por preços reduzidos; permuta de terrenos para a localização de empresas; doação de áreas e lotes industriais;

d) Outros estímulos: simplificação do processo de registro das empresas; simplificação do processo de licitação para pequenas empresas; assistência técnica na elaboração do projeto; apoio à formação de capacitação de pessoal;(...)⁴⁷⁵

A celebração de acordos unilaterais por meio de leis e decretos firmados entre o poder público e particulares e a falsa aparência de legalidade acabam interferindo nas regras de mercado. O STF, quando examina demandas envolvendo o ICMS, afirma que a concessão de benefícios fiscais só é possível com a prévia aprovação em convênios, julgando pela inconstitucionalidade das leis.

O incentivo fiscal deve ser caracterizado como um dos instrumentos de desenvolvimento de determinado Estado. Os referidos incentivos devem ser concedidos às empresas de grande porte capazes de gerar renda e emprego para determinada região.

A Guerra Fiscal é um instrumento utilizado hoje por todos os Estados para atrair investimentos com intuito de evitar prejuízo econômico, pois, os descontos de ICMS na maioria das vezes, extrapolam os custos de recebimento de matéria prima e entrega de produtos manufaturados.

Logo, em nome do “econômico”, estaria justificado o claro desrespeito à lei, pois cada Estado está em busca de melhorias para sua região.

Corroborando com esse entendimento, Klaus Eduardo Marques nos ensina que:

Outro fator importante para o início dos conflitos entre os entes públicos é a abismal diferença de desenvolvimento entre eles. Hoje a República Federativa do Brasil possui Estados muito à frente dos demais, no que se refere aos aspectos econômicos e sociais. Visando a equilibrar ou, quando menos, diminuir a diferença que os separam, entes com menor desenvolvimento buscam, com todos os meios de que dispõem, atrair aos seus domínios territoriais empresas teoricamente capazes de alavancar o seu crescimento. Portanto, são essas disparidades econômica, social e política, tão visivelmente encontradas no seio da nossa federação, que movem as pessoas políticas de direito público a instaurar disputas tributárias, objetivando sempre, desenvolvimento e maior arrecadação.⁴⁷⁶

Ocorre que as concessões realizadas por um Estado-membro logo são replicadas por outros. Desse modo, embora um Estado obtenha vantagem com investimentos privados e seus subprodutos (como empregos, economia estadual e receitas para o atendimento das demandas dos cidadãos) observa-se uma perda coletiva ao final.

A guerra fiscal, que nada mais é do que a desobediência explícita dos preceitos constitucionais, acaba por conduzir a enganosa noção de que o ICMS deveria sofrer uma reforma tributária, passando por uma “federalização do ICMS”, onde referido imposto passaria à competência da União, cabendo

⁴⁷⁵ MELO, José Eduardo Soares de. ICMS: Teoria e prática. 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2009. P. 339/340

⁴⁷⁶ MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. A guerra fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glosas de crédito. São Paulo: MP Editora, 2010, p.128.

aos Entes Federados apenas a arrecadação e fiscalização do imposto. Porém, isso seria o assassinato da autonomia individual dos Estados-membros, não havendo mais sentido para a federação.

A prática da guerra fiscal causou uma competição desordenada, capaz de promover o aumento da concentração industrial ao invés de minorá-la, tendo em vista que os Estados mais pobres, já precários em suas finanças, tiveram que conceder, de forma proporcional, mais incentivos, visando atrair investimentos. Dessa maneira, sendo seguidos na mesma linha de atuação política pelos Municípios, ensejam grandes batalhas econômicas para atrair o investimento privado.

Afim de se defenderem dos efeitos da Guerra Fiscal do ICMS, várias unidades federadas editaram normas que trazem restrições aos seus próprios contribuintes com relação ao direito de se creditar do ICMS incidente em operações de aquisições de bens ou prestações de serviços realizadas por contribuintes de outros Estados. Assim, ao adquirirem produtos ou serviços de Estado-membro diverso de seu domicílio, serão penalizados por seu Estado com a glosa do crédito que supostamente teriam direito nessas operações interestaduais.

A Lei Complementar nº 24/75 apresenta algumas consequências à não observância de seus preceitos, quais sejam, a ineficácia do crédito, a nulidade do ato e a exigibilidade do imposto dispensado ou devolvido. No entanto, para que um ato seja considerado nulo, isso deverá ocorrer através via judicial, não sendo correto admitir que o Estado-membro tenha competência para tal valendo-se das vias normais. Logo, não compete a qualquer dos entes federados declarar nulidade de lei de outro Estado-membro. Nesse sentido leciona José Souto Maior Borges:

Não será correto reconhecer ao Estado-membro competência para, independentemente de um posicionamento jurisdicional, sobretudo em ação declaratória de inconstitucionalidade da lei ou dos atos infralegais impugnáveis, glosar o crédito havido como indevido. Ser ou não devido o creditamento do ICMS, nas relações interestaduais, é algo que somente pode ser sindicado, em nosso regime federativo, pelo Supremo Tribunal Federal. O contrário importaria admitir pudesse um Estado-membro desconstituir por portas travessas a legalidade de lei editada por outro, com comportamento ofensivo à federação, naquilo que é atributo essencial do pacto federativo nacional, a harmonia interestadual. E, portanto, instaurar-se-ia o império da desarmonia contra a arquitetura constitucional do federalismo brasileiro.⁴⁷⁷

Indo contra esse entendimento, as unidades federadas editam normas que obstem ao direito de crédito ao receberem mercadorias ou serviços em operações e prestações originárias de Estados que concedem benefícios irregulares. Como exemplo, podemos utilizar o Estado do Paraná que conserva em seu site da fazenda o seguinte enunciado:⁴⁷⁸

Fica vedada a utilização de crédito relativo a operação com mercadoria ou bem entrados no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita quando o imposto devido à unidade federada de origem tenha sido reduzido, no todo ou em parte, pela utilização de benefícios concedidos sem amparo em convênio celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, indicados nos anexos dos decretos:

Decreto n. 2.183/2003;

Decreto n. 2.131/2008.

⁴⁷⁷ BORGES, José Souto Maior. in Grandes questões atuais do direito tributário. Valdir de Oliveira Rocha – coordenador. v. 4. São Paulo: Dialética, 2000. P. 124.

⁴⁷⁸ Acessível no site da Receita Federal do Paraná: www.sefa.pr.gov.br, disponível em: <<http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=376>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

Por fim, a glosa de crédito é utilizada, seja por vedação ao direito de crédito ou por ação de fiscalização, que termina em lançamentos de ofício advindos de autos de infração, com a cobrança do valor indevidamente creditado como se imposto fosse incluindo nesta conta juros e multa.

Segundo Marques, a adoção desse expediente nada mais é que a anulação do crédito concedido de forma indevida:

Essa glosa de créditos, que nada mais é do que a anulação dos créditos relativos às operações e prestações anteriores, não implica, segundo os fiscos Estaduais e Distrital, nenhum prejuízo ao contribuinte adquirente de mercadorias ou tomador de serviços. Na ótica estatal, esse contribuinte, ao comercializar com estabelecimentos beneficiados por estímulos tributários teria se favorecido no preço da operação ou prestação, já que, supõe-se, que o vendedor ou prestador lhe teria repassado no preço a desoneração tributária recebida. Nesse raciocínio meramente econômico, a anulação dos créditos restabeleceria o custo do produto ou serviço que seria praticado acaso não vigente a benesse fiscal.⁴⁷⁹

Essas glosas de crédito trazem graves reflexos econômicos e financeiros para os contribuintes que são vedados de direitos, seja pela obediência à norma posta ou pela atuação passiva em atuações fiscais, que além do imposto, geram multas e acréscimos legais.

Toda operação negocial relativa a produtos, mercadorias e serviços sobre a qual incidiu a tributação por ICMS, com exceção das hipóteses previstas na Constituição, gera crédito a ser compensado pelo contribuinte. Esse entendimento está sendo questionado no Supremo Tribunal Federal, que, através do Plenário Virtual, concluiu que há repercussão geral na discussão, no RE nº 628.075.

Em seu acórdão, o Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu ser constitucional e legítima legislações local e federal que consentiriam ao ente federado negar ao adquirente de mercadorias o direito ao crédito de ICMS contido em notas fiscais, nas operações interestaduais provenientes de estados da Federação que concedessem benefícios fiscais inconstitucionais ou ilegais.

A recorrente pretende a reforma do acórdão para assegurar o direito ao crédito integral do valor contido na nota fiscal que resguarda a operação, bem como a utilização dos créditos que não teriam sido aproveitados.

4. Consequências da Guerra Fiscal

Os contribuintes não são os protagonistas da guerra fiscal, são atingidos por ela e com isso podem sofrer prejuízos sem medidas em face da incerteza jurídica quanto à manutenção dos benefícios dos quais usufruem.

Quando se trata de declaração de inconstitucionalidade da lei concedente de benefício fiscal, expõe-se o contribuinte ao recolhimento das importâncias alcançadas adicionadas das correções legais inerentes. Segundo Marques, a declaração de inconstitucionalidade do instrumento legal que concede o benefício acarreta sérias consequências:

Uma vez declarada a inconstitucionalidade do benefício fiscal, com efeitos ex tunc, a cobrança do quantum beneficiado torna-se obrigatória pelo Estado conessor do incentivo. A norma editada pela Suprema Corte terá efeito dúplice, eis que, além de

⁴⁷⁹ MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. A Guerra Fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glosas de crédito. São Paulo: MP Editora, 2010. P.134-135.

retirar do sistema o veículo legislativo que trouxe o benefício tributário, determinará ao Estado concesso de incentivo que passe a exigí-lo, sob pena de afronta à Constituição e LRF.⁴⁸⁰

A insegurança jurídica é um fator negativo determinante para os agentes políticos quando se trata de investimentos. O ICMS possui 27 legislações, o que torna mais difícil combater a guerra fiscal, não podendo o CONFAZ através de suas atribuições minimizar seus efeitos.

A arrecadação do ICMS é significativa e compõe uma grande parte dos recursos dos Estados e Distrito Federal. Logo, com tratamento diferenciado em cada legislação, é gerado um grande volume de desonerações, legais e irregulares, assim como um clima de incertezas, ferindo de forma grave a segurança jurídica.

Para Paulo de Barros Carvalho, isso fere o federalismo, que fica apenas no campo da retórica:

Não se trata, aqui, de comparar as vantagens jurídico sociais e políticas de um Estado centralizado e de uma federação. Nem reafirmar que o caminho mais curto e direto para implantar o valor “democracia” seja o da estrutura federativa, principalmente em face das dimensões do território nacional. Quero ressaltar, tão somente, o descompasso entre o que preconiza a Constituição brasileira, proclamando a forma federativa, com todos os princípios que lhe são imanentes, e a triste e precária realidade nacional, com suas instituições bem concebidas, mas impotentes para realizar a missão jurídico-social que delas seria de se esperar.

Os efeitos, sempre desconcertantes, são, entre outros, a guerra fiscal entre os Estados (e também entre os municípios); a disputa desordenada pelos royalties do petróleo; o desacordo sobre o adimplemento da dívida pública, que, aliás, se tornou praticamente impagável, dos Estados e Municípios para com a União; a inconstitucionalidade dos critérios de divisão do fundo de participação dos Estados e a falta de acordo para a propositura e aprovação de lei sobre o assunto. São exemplos de problemas que se fazem sentir também pelos contribuintes, na forma de glosa inesperada de créditos, insegurança no planejamento de suas atividades, aumento de carga tributária, só para citar alguns.⁴⁸¹

Se, por um lado, o Supremo tem firmado posição no sentido de que são inconstitucionais as legislações e atos normativos que concedem benefícios referentes ao ICMS, emitidos fora do âmbito do CONFAZ, de outro, as unidades federadas que editam tais atos normativos também criam barreiras ao direito ao crédito do ICMS, para os seus contribuintes no caso de operações interestaduais, onde o Estado de origem também concedeu benefícios de forma inconstitucional.

Observa-se, portanto, uma total insegurança jurídica, pois várias empresas fechariam suas portas se tivessem que arcar com os valores utilizados a título de incentivo fiscal.

No ano de 2011, no mês de julho, o Supremo Tribunal Federal julgou 14 ADIs, declarando a inconstitucionalidade dos benefícios fiscais que foram concedidos por vários Estados fora do âmbito do CONFAZ. A essas decisões foi atribuído efeito *ex tunc*, o que nada mais é que a inconstitucionalidade de uma lei desde o momento em que foi publicada, no momento de seu nascimento no mundo jurídico. De outro lado, o efeito *ex nunc*, que nesse caso significaria uma modulação na decisão, nos termos da

⁴⁸⁰ MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. A Guerra Fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glosas de crédito. São Paulo: MP Editora, 2010. P.150-151

⁴⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p.204-205.

Lei nº 9868/1999, implicaria uma mudança no início do efeito da decisão de inconstitucionalidade, o que acabaria por premiar e estimular a prática de legislações inconstitucionais por parte dos governantes.

Com isso, nasceu a Proposta de Súmula Vinculante nº 69, conduzida pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, cuja proposta teve sua análise protelada ao máximo, pois sem a modulação adequada, seus efeitos seriam desestabilizadores. A proposta tem o seguinte texto: “Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do Confaz, é inconstitucional”.

O fato é que, se de um dia para o outro os Entes Federados tiverem, através de decisão judicial definitiva, que cancelar de forma recíproca os incentivos fiscais concedidos às empresas, será um caos no mundo jurídico. Isto porque, os benefícios, legítimos ou não, produzirão efeitos jurídicos que não podem ser desfeitos pela declaração de inconstitucionalidade, como se jamais tivessem existido. Na ausência de ações enérgicas por parte do Governo Federal, os incentivos de ICMS foram importantes para o desenvolvimento regional.

Importante seria que, antes de ser deliberada a súmula vinculante, o Congresso editasse uma lei que visasse a uma solução para o problema da guerra fiscal, ainda que no âmbito do COFAZ. Com o objetivo de arruinar a estratégia tributária que distorce a alocação de verbas públicas e causa insegurança jurídica e desgaste na arrecadação dos estados, foi enviado ao Congresso uma proposta de emenda constitucional e uma medida provisória que tratam da criação dos fundos de desenvolvimento regional e de compensação de perdas de arrecadação dos estados.

Ademais, faz-se importante notar que tramitam ainda dois projetos de suma importância no Congresso Nacional: (1) O projeto de lei Complementar do Senado (PLS) 130/2014, que reduz o quórum exigido do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) para convalidação de incentivos fiscais; e (2) O projeto de resolução do Senado (PRS) 1/2013, que estabelece alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, nas operações e prestações interestaduais, criando limites para a alíquota de cobrança do ICMS e atuando em alinhamento ao que está disposto no Convênio ICMS 70/2014, celebrado pelo Confaz e que perdoa créditos do imposto concedidos sem aprovação da entidade.

O Supremo Tribunal pode até modular os efeitos de uma eventual declaração de inconstitucionalidade, porém, não tem as mesmas prerrogativas que o Poder Legislativo, que é capaz de criar leis com viés de compatibilizar os interesses públicos e privados.

Projetos de reforma tributária que tramitam no Congresso Nacional e tem o objetivo de “federalizar” o ICMS podem causar consequências ruins, como a retirada da autonomia financeira dos Estados e Distrito Federal, um dos preceitos básicos do sistema federativo. Com isso, fica enfraquecida a descentralização, concentrando o poder político nas mãos da União.

5. Benefícios Fiscais e a Segurança Jurídica

Uma norma é inconstitucional se não estiver de acordo com o que diz a Constituição Federal, que é a norma de hierarquia maior no ordenamento jurídico brasileiro. Luiz Roberto Barroso nos ensina que:

Duas premissas são identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucional. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo, na verdade, nenhum ato jurídico, poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto do controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.⁴⁸²

Na maioria dos casos, a norma considerada inconstitucional deixa de fazer parte do ordenamento jurídico e tem sua eficácia esgotada. Quando falamos dos atributos de uma norma, temos a vigência, validade e a eficácia. Para Wilson Steinmetz, o termo vigência tem o seguinte conceito:

Vigência é a propriedade que torna exigível a observância (obediência) da norma jurídica (exigibilidade ou obrigatoriedade da norma jurídica), em um determinado espaço a partir de um determinado tempo, enquanto a norma jurídica não for declarada inválida (*lex prima facie valet*) ou não for ab-rogada.⁴⁸³

Já a validade tem relação com o ingresso da norma no ordenamento jurídico, ou seja, uma norma será válida quando não for contra a Carta Maior do Estado e tenha ingressado no ordenamento atendendo ao processo legislativo. Desse modo, validade significa pertinência com o ordenamento.

Eficácia, no entanto, se refere à capacidade para a produção de efeitos, significa que a norma cumpriu a finalidade a que se destinava, tendo solucionado o motivo que a gerou.

Para uma norma ser declarada inconstitucional, sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico precisa ser declarada pelo órgão guardião da Constituição, passando por um controle de constitucionalidade.

Um conjunto de normas para formar um ordenamento jurídico precisa ter unidade. Essa unidade é dada pela norma fundamental. Todas as normas devem ter sua validade retirada de uma mesma norma fundamental que está no topo do ordenamento jurídico.

Essa norma demonstra grande preocupação com a segurança jurídica, especificamente no campo do direito tributário, através de garantias e limitações opostas ao poder. A segurança jurídica pode ser concretizada através de vários instrumentos, como princípios, regras, normas legais e normas jurídicas.

A segurança, a justiça e a liberdade, formam os valores clássicos do Direito de qualquer sociedade livre, justa e igualitária. Neste modelo, a segurança seria um subprincípio da Justiça, e frente à dificuldade de se conceituar o justo, deve-se ao menos tentar conceituar o que é jurídico, para se obter o que é e seguro.

⁴⁸² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23-24.

⁴⁸³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

A existência e o funcionamento do ordenamento jurídico, por si só, oferecem um estado de confiança mínimo aos indivíduos, contudo, a consolidação dessa confiabilidade dependerá, em muito, do grau de confiança e convicção de segurança jurídica que se há de constituir ao longo do processo de positivação do direito, como confiança lato sensu.⁴⁸⁴

A edificação do princípio de segurança jurídica, para os fins deste estudo, define-se como princípio-garantia constitucional que tem como objetivo proteger direitos decorrentes das expectativas de confiança na criação ou aplicação das normas tributárias, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento ou efetividade de direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido Saul Tourinho Leal:

A possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, constitucionalidade ou quando houver mudança na jurisprudência pacificada na corte, se contraria aos princípios constitucionais, não deve ser empregada. A segurança jurídica é princípio endereçado à sociedade e seus cidadãos, não devendo, jamais, servir de escudo para que a Fazenda deixe de honrar seus compromissos decorrentes de práticas perpetradas em atentado à Constituição Federal.⁴⁸⁵

Não satisfaz uma ordem objetiva de valores sintetizados em textos, princípios e programas normativos se estes não forem aplicados em cada caso concreto. Compreender a Constituição como ordem superior de valores é aceitar uma concepção que garante a segurança jurídica quanto à efetividade dos direitos e liberdades que contempla.

Um dos primados da segurança jurídica é o fato de que as leis não poderem retroagir, alcançando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, qualquer agressão a esse mandamento constitucional representará uma instabilidade no campo jurídico.

A segurança jurídica como garantia dos princípios é uma característica marcante do constitucionalismo no Estado Democrático de Direito, e essa garantia efetiva-se, como método principal, pela concretização dos princípios. Não podemos negar que a segurança jurídica e as garantias que derivam dela, como por exemplo a proibição de excesso, proporcionalidade, razoabilidade, acessibilidade e confiança legítima, configuram-se como típicas garantias afiançadas aos contribuintes, as quais, ainda que não expressamente discriminadas, constituem-se em modalidades de limitações constitucionais ao poder de tributar.

6. Princípios Constitucionais Tributários

O poder de tributar pertence ao Estado, é o poder de instituir ou majorar tributos concedido pela Carta Magna, não podendo, pois, ficar o contribuinte a cargo das pretensões do Estado, razão pela qual o legislador constituinte estabeleceu alguns princípios tributários adequados a proteger o contribuinte de determinados abusos. Nesse sentido, a Constituição Federal preceituou importantes princípios visando preservar o regime político adotado e o respeito aos direitos fundamentais do contribuinte.

Os princípios jurídicos, são normas que norteiam a ordem jurídico-tributária, encontram-se transcritos na Carta Maior vigente.

⁴⁸⁴ TORRES, Heleno Taveira. Boa-fé e confiança são elementares no Direito Tributário. Revista Consultor Jurídico, 24 abr. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/consultor-tributario-boafefe-confianca-sao-elementares-direito-tributario> >. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁴⁸⁵ LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: adoção da doutrina prospectiva negando direito aos contribuintes. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n°. 158. 2008. p.86

No plano do Direito Tributário o princípio da legalidade se revela como baliza ao arbítrio estatal, é o fundamento de toda a tributação, sendo somado a ele a segurança jurídica e a justiça, pois como afirma a Constituição, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, aos Municípios e Distrito Federal: I- exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.⁴⁸⁶

Referido princípio garante ao cidadão, a previsibilidade das situações futuras em matéria tributária, assegurando a ele, através da exigência de edição de lei para a instituição ou aumento de tributos, que seu patrimônio não será atingido por circunstâncias por ele desconhecidas ou, ainda, em montantes por ele não esperados. Nesse sentido Sacha Calmon Navarro Coelho:

“Tal como posta, a segurança jurídica abomina a casuística dos regulamentos e incertezas que se deve às muitas portarias e demais atos da Administração. Dado que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, a segurança jurídica a que faz jus o contribuinte entronca diretamente com a tese ou princípio da “proteção da confiança”.⁴⁸⁷

Logo, para que o princípio da legalidade seja atendido de forma plena, e com isso não fira a segurança jurídica, devem as leis fiscais ser confeccionada de modo a permitir que o povo saiba exatamente que condutas suas implicarão em incidência tributária e, mais, em qual montante e de que forma se dará eventual cobrança.

O Art. 150 da Constituição traz em seu texto outro princípio importante, trata-se do não confisco que diz, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV - utilizar tributo com efeitos de confisco. Segundo Carraza:

A norma constitucional que proíbe utilizar tributo com efeito de confisco encerra um preceito vinculante, que inibe o exercício da competência tributária. O que estamos querendo dizer é que será inconstitucional a lei que imprimir à exação conotações confiscatórias, esgotando a “riqueza tributável” dos contribuintes.⁴⁸⁸

Segundo Paulo Cesar Baria de Castilho, “confisco tributário consiste em uma ação do Estado, empreendida pela utilização do tributo, a qual retira a totalidade ou parcela considerável da propriedade do cidadão sem qualquer retribuição financeira por tal ato.”⁴⁸⁹

O ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 1.075-MC, afirmou que a proibição do confisco em matéria tributária pode ser entendida como:

A interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴⁸⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. O Princípio da Legalidade. O Objeto da Tutela. In PIRES, Adilson R.; TÔRRES, Heleno T. (Org.). Princípios de Direito Financeiro e Tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 621

⁴⁸⁸ CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. - São Paulo: Malheiros Editores, 2001 (16ª edição), pág. 89

⁴⁸⁹ CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. Confisco Tributário. São Paulo: RT, 2002. P. 39.

⁴⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 24-11-2006.

Mais um princípio que tem pertinência com a matéria estudada é o da Boa Fé, que garante ao cidadão que não ocorram modificações substanciais imprevistas em casos de certas situações jurídicas, seja pelo decurso do tempo, mudança da legislação ou jurisprudência. O princípio da boa-fé protege o contribuinte que conduz seus negócios, rendas ou patrimônio com transparência e diligência esperadas de um bom administrador ou de um homem probo.⁴⁹¹

O referido princípio está presente no direito tributário brasileiro e estrangeiro, embora não seja previsto em uma cláusula específica. Aqui pretendemos demonstrar que a boa-fé tem incidência na relação jurídica tributária, gerando direitos e obrigações tanto para o fisco como para os contribuintes.

Os atos jurídicos praticados pelo fisco podem causar, para os contribuintes, autênticas expectativas quanto a sua validade e às suas consequências. Essas expectativas, por serem legítimas e geradas pelo próprio Estado, devem ser protegidas pelo direito por uma questão de justiça fiscal. Não há dúvida de que o ato praticado pelo fisco e correspondido pelo contribuinte deva ser protegido e tutelado pelo direito. Humberto Ávila acredita que essa expectativa pode ser criada de duas formas:

Em primeiro lugar, a expectativa pode ser produzida em razão de ato jurídico de cunho geral, impessoal e abstrato. Isso ocorre quando o Poder Público edita atos normativos, como as leis e os regulamentos, que possuem presunção de validade, e, por isso, criam expectativas para o contribuinte quanto ao seu cumprimento. Essa expectativa é protegida pelo ordenamento jurídico por meio de várias normas constitucionais que protegem a continuidade da ordem jurídica, como os princípios da segurança jurídica, da irretroatividade, da proteção do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Quando um ato normativo, com validade presumida, cria, na esfera jurídica do particular, uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento, há incidência do princípio da proteção da confiança. Em segundo lugar, a expectativa pode ser formada em razão de ato jurídico de cunho individual, pessoal e concreto. Isso ocorre quando o Poder Público tem contatos individuais com os particulares, especialmente por meio de atos administrativos, que instituem uma relação concreta de confiança na administração, por meio de seu representante, quanto ao seu cumprimento. Essa expectativa é protegida pelo ordenamento jurídico por meio de várias normas constitucionais que protegem a continuidade da ordem jurídica, como os princípios da segurança jurídica e da moralidade administrativa.⁴⁹²

Para utilizar o princípio da boa-fé, o relacionamento entre o Fisco e o contribuinte deve ser pautado por ato válido, ao menos de forma presumida. A repetição de atos uniformes por parte da Administração fiscal deve estar demonstrada. A relação entre fisco e contribuinte deve possuir um atributo fundamental, que é a confiança. O comportamento contraditório por parte do Fisco dá ainda mais margem à guerra fiscal.

Não basta que os Entes fiquem sujeitos aos princípios e indicadores de conduta estabelecidos por eles próprios, evitando a guerra fiscal, mas é imprescindível que tomem iniciativas a fim de estruturar competências locais que sejam capazes de dominar o conhecimento sobre as vantagens comparativas e competitivas de suas economias.

7. Modulação de efeitos

⁴⁹¹ TORRES, Heleno Taveira. Boa-fé e confiança são elementares no Direito Tributário. Revista Consultor Jurídico, 24 abr. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/consultor-tributario-boafefe-confianca-sao-elementares-direito-tributario> >. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁴⁹² ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 42.

Tema recorrente é a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da doutrina prospectiva (modulação de efeitos) em caso de declaração de inconstitucionalidade de lei ou quando há uma virada jurisprudencial que acarrete insegurança jurídica.

Tal mecanismo previsto no artigo 27 da lei 9869/99 permite que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, suprima temporariamente os efeitos de sua decisão, fazendo com que a declaração em questão só passe a ter eficácia com o trânsito em julgado da decisão ou em algum outro momento que a decisão tenha estabelecido, devendo o tribunal fundamentar sua decisão em razões de segurança jurídica ou interesse social.

Desde o início da década de 70, há manifestações pela possibilidade de mitigação dos efeitos da nulidade da lei declarada inconstitucional. Ao contrário do que enuncia o princípio da nulidade, é possível preservar seus efeitos após a Corte Constitucional declarar a lei inconstitucional fazendo incidir sobre ela todos os efeitos prospectivos dessa nulidade.

A modulação dos efeitos das decisões judiciais envolve valores importantes no sistema jurídico, o interesse social, a segurança jurídica e o princípio da irretroatividade.

O Código Tributário Nacional, desde 1966, já demonstrava os efeitos da modificação de jurisprudência nas relações entre fisco e contribuinte.

Art. 146 – A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.⁴⁹³

Os direitos dos contribuintes são direitos fundamentais, não podendo a modulação ser utilizada para fraudar ordens constitucionais de proteção aos cidadãos frente à sua desigual relação com o Estado. Corroborando com esse entendimento Célio Armando Janczeski:

No direito tributário, a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal que julga um tributo inconstitucional deve ser reservada a casos absolutamente excepcionais, coibindo-se a sua utilização para tentar impedir a restituição de tributos criados sem fundamento constitucional. A aplicação da restrição dos efeitos da decisão, naquelas hipóteses em que a decisão de inconstitucionalidade resultar em obrigação do contribuinte a arcar com novas exigências tributárias ou exigências majoradas (em decorrência da lei inconstitucional ser mais benéfica), estará vedada ante o óbice do art. 146 do CTN, amparado pelos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.⁴⁹⁴

A norma jurídica que prevê a modulação traz em seu enunciado o seguinte texto:

Art. 27 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos

⁴⁹³ Código Tributário Nacional - Direito e Leis. Disponível em: <[http://www.direitoeleis.com.br/index.php?title=Código Tributário Nacional&oldid=4948](http://www.direitoeleis.com.br/index.php?title=Código%20Tributário%20Nacional&oldid=4948)>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

⁴⁹⁴ JANCZESKI, Célio Armando. A declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, n°. 157, 2008. P. 25-26.

daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Importante notar que, para que haja incidência dessa norma, não basta apenas a declaração da lei como inconstitucional, devendo existir razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social que justifique a modulação. Com isso, poderá o Tribunal restringir os efeitos da decisão, estipulando um termo inicial para que os efeitos da norma considerada inconstitucional possam deixar de valer ou não atribuir efeito retroativo à decisão, estabelecendo que ela somente produza efeitos a partir do trânsito em julgado ou, ainda, que produza efeitos a partir do momento em que venha a ser determinado com efeitos para o futuro.

Nesse sentido, é necessário entender que a referida norma não deve ser interpretada em discordância com a regra da nulidade da lei inconstitucional, mas como uma exceção à regra, ou seja, como uma alternativa para situações que gerem lesões a bens jurídicos individuais ou coletivos. Essa é a orientação dominante na jurisprudência do Supremo:

O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de excepcional interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de se basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.⁴⁹⁵

A possibilidade de aplicação da modulação de efeitos em direito tributário encontrou obstáculo na doutrina, que diverge com relação aos seus efeitos. Nesse contexto, vários autores se manifestaram contra o instituto, como Zeno Veloso, que afirma que a modulação poderia tornar o STF uma terceira Câmara Legislativa:

A alguns preocupa a influência que possa exercer um Poder Executivo forte e autoritário, para reverter a seu favor a possibilidade de se conferir limitações ou restrições materiais e temporais à declaração de inconstitucionalidade. Políticos e juristas já manifestaram o temor de que, diante de uma regra como a do artigo 27, um tributo declarado inconstitucional por decisão do STF, em ação direta, poderá ser considerado devido durante o período anterior ao do trânsito em julgado da sentença, afastando-se qualquer direito à repetição de indébito.⁴⁹⁶

Hugo Machado de Brito publicou um artigo que deixava claro a preocupação com o instituto da doutrina prospectiva:

Assim, somente quando seja colocada a questão perante o Supremo Tribunal Federal a questão dos efeitos retroativos prejudiciais ao contribuinte que tinha cumprido a lei inconstitucional é que se terá uma decisão que vai definir essa questão. Por enquanto, tem-se jurisprudência afirmando a produção de efeitos retroativos, ou ex tunc, mas com certeza a questão posta não foi a de saber se tais efeitos retroativos se operam contra o cidadão para favorecer o Estado. Afinal, além de se a supremacia

⁴⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº582.280/ RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Oliver Charlex Mathieux. Relator: MELLO, Celso de. Brasília, 12 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390216>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

⁴⁹⁶ VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis nºs 9868, de 10.11.1999, e 9882, de 03.12.1999.2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. P.196.

constitucional uma garantia do cidadão, responsável pela produção de lei inconstitucional não é este, mas o Estado.⁴⁹⁷

Em razão da segurança jurídica e dos princípios constitucionais tributários, a utilização da modulação é realizada de forma excepcional, não devendo ser invocada para convalidar pretensões do fisco na cobrança de tributos. Tal entendimento pode ser encontrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 557.237/RJ:

Pondero que, em matéria tributária, a aplicação de efeitos prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, porquanto é um truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidades públicas. Portanto, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar a modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, sob o risco de se inviabilizar qualquer pretensão de restituição de indébito tributário, em evidente prejuízo da guarda da constitucionalidade e da legalidade das normas que instituem as exações.⁴⁹⁸

Nesse contexto, faz-se mister destacar que cada caso deve ser analisado de maneira única, pois, apesar de muito se falar sobre a excepcionalidade da modulação de efeitos em matéria tributária devido a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes, encontram-se casos em que a limitação temporal dos efeitos se faz necessária exatamente para proteger os direitos dos contribuintes. Estes, por obedecerem a uma lei declarada inconstitucional, podem sofrer danos irreparáveis em seu patrimônio.

8. Modulação de Efeitos em Guerra Fiscal de ICMS

A modulação de efeitos não deve se tornar um instituto de mediação entre uma batalha travada entre o Estado e o contribuinte, mas sim um instituto que visa assegurar a justiça em uma relação desigual.

Conforme já mencionado, os princípios constitucionais tributários revelam uma preocupação em abrigar os contribuintes de abusos ocasionais e podem servir como escudo contra o Poder Público, meio de proteção de seus equívocos, ao passo que a doutrina prospectiva merece ser aplicada na defesa da própria Constituição.

As leis estaduais que concedem benefícios fiscais do ICMS para alguns setores econômicos, por ausência de prévia celebração no CONFAZ, são declaradas inconstitucionais e com isso acabam por deflagrar a guerra fiscal. Na jurisprudência do STF, existem vários precedentes que reconhecem a inconstitucionalidade de benefícios fiscais concedidos em desacordo com a Constituição, o que acaba por expor as fragilidades do pacto federativo e com isso de todo sistema tributário nacional.

A partir do momento que a inconstitucionalidade é reconhecida, nasce a questão referente aos efeitos decorrentes da decisão, como já mencionado anteriormente nesse trabalho, e, via de regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem eficácia retroativa, o que levaria, na prática, à obrigação do contribuinte restituir todo o benefício fiscal utilizado. O ente que concedeu referido

⁴⁹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº. 57, 2000. p. 78-79.

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 557.237 RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Mario Soares Dantas e Outros. Relator: Min. BARBOSA, Joaquim. Brasília, 18 de setembro de 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492036>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

benefício seria obrigado a realizar a cobrança dos tributos, sob pena de configurar renúncia de receita tributária, crime previsto na lei de responsabilidade fiscal.

Os efeitos temporais das decisões que declaram a inconstitucionalidade de benefícios fiscais devem ser analisados com enfoque nos direitos e garantias do contribuinte, pois ele é o maior prejudicado nesses casos. Emilia Maria Velano dá sua contribuição ao assunto:

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode ser de grande valia, pois a lei que instituiu a exoneração fiscal pode ser julgada inconstitucional sem que essa decisão afronte o princípio da previsibilidade da tributação. Observe que os efeitos retroativos da decisão podem instaurar uma verdadeira segurança jurídica, já que os contribuintes que confiaram na letra da lei e beneficiaram-se das isenções não estão preparados para essa exação fiscal. Se o judiciário não modular os efeitos dessa decisão, a Administração Pública exigirá tributos referentes a fatos geradores pretéritos, ocorridos sem que os contribuintes desconfiassem da incidência tributária sobre eles. Para preservar a segurança jurídica, nada melhor do que declarar a inconstitucionalidade da lei sem efeitos retroativos, pois a lei inconstitucional será expurgada do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que a decisão mantém um dos princípios básicos do Sistema Tributário, que é a previsibilidade da tributação.⁴⁹⁹

Tanto na jurisprudência quanto na doutrina, várias são as manifestações no sentido de que as decisões declaratórias em matéria tributária só poderão ter seus efeitos limitados para a proteção dos direitos e garantias dos contribuintes. O emprego da modulação de efeitos, somente se mostra possível em situações onde possa haver uma grave desestabilização do sistema jurídico.

Faz-se mister salutar a importância do julgamento da ADI nº 4481 do Paraná, proposta pela CNI - Confederação Nacional da Indústria, cujo Relator foi o Ministro Roberto Barroso, face seu caráter basilar para as demais decisões supervenientes da Corte a respeito do tema.

A referida peça questiona lei estadual vigente há oito anos que viola o disposto no artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. A esse respeito, confira-se:

Ementa: I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4.

⁴⁹⁹ VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2011. p.166.

Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.⁵⁰⁰

Ao aprovar a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o legislador preferiu a adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, já tradicional no nosso país. Levando em consideração que temos aqui um sistema misto de controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, os contornos dessa mudança devem ser analisados e as possibilidades de decisão estão abertas ao Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade de leis.

Quando falamos da relação contribuinte–Estado, é necessário que os julgadores observem todos os danos que a ausência de modulação pode causar, já que com a finalidade de avançar na entrega de direitos e garantias aos contribuintes não se pode usar de escusa no cumprimento de obrigações por parte de quem, consabidamente, é mais forte numa relação estruturalmente desigual.

A partir do momento que a norma é considerada constitucional por oito anos, a sua declaração de inconstitucionalidade irá causar um grande impacto na realidade financeira do contribuinte. Necessário se faz um juízo de ponderação entre a norma constitucional violada e os princípios da boa fé e segurança jurídica.

Assim, o advento do instituto da modulação de efeitos representa a flexibilização da nulidade da lei inconstitucional, pois é outorgada pelo Supremo a possibilidade de restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou decidir por sua eficácia a partir do trânsito em julgado ou outro momento fixado. Porém, importante deixar claro que a restrição da eficácia temporal deve ser utilizada de forma excepcional, devendo ser aplicada apenas em situações que o resultado da não modulação seja mais danoso ao contribuinte.

Logo, a regra da nulidade da norma inconstitucional continua a valer no sistema constitucional brasileiro, devendo ser afastada apenas nas situações excepcionais em que sua incidência possa causar graves lesões a bens jurídicos individuais.

Nesse contexto, conclui-se que a excepcional aplicação da doutrina prospectiva em matéria tributária apenas se mostra possível nas hipóteses em que os efeitos retroativos possam causar uma desestabilização no sistema, a exemplo do que ocorre na ADI 4481.

A modulação de efeitos não pode ser utilizada para beneficiar os interesses arrecadatários do Estado, pois isso fere os princípios da boa-fé e da segurança jurídica. A aplicação da doutrina prospectiva em prejuízo dos contribuintes abala profundamente os fundamentos do Estado democrático de direito.

Diante do exposto, evidencia-se que, o ICMS tributo responsável pela maior parte da arrecadação dos Estados e do Distrito Federal, a Guerra Fiscal é tratada como um assunto de extrema importância no meio jurídico, econômico e social brasileiro.

Neste contexto, a concessão unilateral de benefícios fiscais sem a deliberação unânime por parte dos outros Estados-membros perante o CONFAZ, conforme preceitua a Lei Complementar n.º 24/75, resulta na busca ao Poder Judiciário para que este, representado pelo Supremo Tribunal Federal, declare a inconstitucionalidade de tais benefícios.

⁵⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4481 PR. Relator: Min. BARROSO, Roberto. Brasília, 19 de maio de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8494796>>. Acesso em: 01 Dez. 2016

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, vem de forma correta proferindo a inconstitucionalidade de tais benefícios, conforme fora demonstrado, haja vista a patente violação ao pacto federativo, à Lei Complementar n.º 24/75 e à Carta Magna de 1988.

Entretanto, a preocupação não mais está voltada para a declaração de inconstitucionalidade dos benefícios fiscais oferecidos no âmbito da Guerra Fiscal, questão já debatida pelo Supremo Tribunal Federal. O centro da discussão acerca da Guerra Fiscal passou a ser a eficácia temporal das decisões da Corte Suprema, isto porque a legislação atinente ao processamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade faculta ao STF a possibilidade de modular a eficácia temporal de suas decisões, partindo do pressuposto a necessidade de zelar pela segurança jurídica e excepcional interesse social.

9. Conclusão

O artigo 155, § 2º da Constituição Federal trata do ICMS e aborda em seu inciso XII, alínea “g”, que cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados, isenções, incentivos e benefícios serão concedidos e revogados.

A referida lei é a nº 24 de 1975, recepcionada pela Carta Magna. Nos termos dessa lei, benefícios fiscais são concedidos mediante deliberação unânime dos Estados.

O fórum para as deliberações acerca dos incentivos, conforme prescrição da LC nº 24/75, é o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, que tem como missão promover o aperfeiçoamento do federalismo fiscal e a harmonização tributária entre os entes da Federação, sendo ali celebrados convênios para vários tipos de benefícios fiscais referente ao ICMS.

Se, por um lado, a exigência de consenso para as concessões de benefícios fiscais favorece o pacto federativo, por outro, trata-se de um combustível para que seja deflagrada a Guerra Fiscal, o que acaba por produzir o efeito inverso do que motivou sua criação.

A celebração de acordos unilaterais através de leis estaduais e sua aparência de legalidade acabam por interferir nas regras de mercado e transferir recursos que deveriam ser públicos, mas que permanecem na esfera privada em face das desonerações.

Quando um Estado abre mão da arrecadação, especialmente daquela ligada à geração de renda advinda do ICMS dos novos investimentos industriais, dá margem para que surja a guerra fiscal, que pode ser conceituada como a prática exacerbada de políticas fiscais para a atração de investimentos particulares, em que os Entes Federados disputam, através da concessão de benefícios fiscais, a instalação de empresas que acabam por permitir o desenvolvimento local e a geração de emprego e renda.

A concessão de benefícios fiscais de forma unilateral gera efeitos positivos para quem recebe, porém, desencadeia efeitos negativos aos entes da Federação, na medida em que gera conflitos, aumentando a concorrência entre os estados. Tal concessão, sem os devidos requisitos, acaba por gerar o fenômeno da “guerra fiscal”, interferindo diretamente no cenário político nacional, aumentando as disputas estatais pela atração de investimentos.

Usando como parâmetro os benefícios e prejuízos da concessão de incentivos fiscais e a disputa entre os Estados, faz-se necessário buscar uma forma de adequá-los aos anseios dos Estados menos desenvolvidos no que tange ao recolhimento do ICMS, encontrando em tais concessões uma maneira de buscar o desenvolvimento e a melhoria de sua condição social.

Na ausência de políticas de incentivo de desenvolvimento regional, tarefa que é de competência da União, os Estados membros da Federação lutam entre si na busca por novos investimentos a fim de melhorar suas regiões. A guerra entre os entes federados, com relação ao ICMS possui dimensões econômicas e políticas crescentes e tem demonstrado um fator desestabilizador do pacto federativo, pois, embora o ICMS seja de competência dos Estados e Distrito Federal, trata-se de um imposto de conformação nacional.

O Supremo Tribunal Federal, quando chamado a examinar demandas dessa ordem, vem decidindo que a concessão de benefícios fiscais depende de prévia aprovação em convênio interestadual, julgando pela inconstitucionalidade dos normativos apreciados quando lhes faltar esta formalidade.

A inconstitucionalidade é o maior dos vícios que um ato normativo ou lei pode apresentar, pois vai contra a coerência, a harmonia e, por conseguinte, a eficácia do ordenamento jurídico constitucional. Por isso, uma vez constatada, a inconstitucionalidade é declarada pelo órgão julgador e os efeitos do ato ou lei são considerados nulos desde sua origem, ou seja, tem eficácia *ex tunc*. Porém, é necessária a presunção de legitimidade e constitucionalidade, criando legítimas expectativas nos cidadãos até o momento que o STF declara a norma inválida.

Nasce assim um conflito entre a regra da nulidade e o princípio da segurança jurídica, pois, com a edição da Lei nº 9868/99, cujo o art. 27 previu a possibilidade de o Supremo, por maioria de dois terços de seus membros e em vista de segurança jurídica ou excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ainda decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado.

O dispositivo citado prevê a chamada modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que atualmente vem sendo utilizada na esfera do direito tributário.

Referida técnica só pode ser utilizada para garantir a efetividade ao princípio da segurança jurídica, contudo, é preciso muita cautela em sua utilização para que não haja de forma paradoxal a violação desse princípio.

No intuito de oferecer coesão ao sistema jurídico e ao que preceitua a Constituição, observa-se um movimento doutrinário que a modulação temporal dos efeitos em matéria de ICMS tem aplicação excepcional, limitada aos casos que a aplicação de efeitos retroativos pode levar a uma grave desestabilização do sistema jurídico.

Assim, em razão do princípio da segurança jurídica e dos princípios constitucionais tributários, os argumentos a favor da modulação se dão de forma a alegar que os contribuintes apenas cumpriram o que a lei ordenava, e que seria desproporcional a cobrança de todo tempo que a lei estava válida. Na jurisprudência do Supremo Tribunal encontram-se casos em que a limitação temporal dos efeitos se faz necessária justamente para proteger os direitos dos contribuintes.

A partir do reconhecimento da inconstitucionalidade das leis que instituíram os referidos benefícios, surge a questão atinente aos efeitos decorrentes da decisão.

Conforme dito anteriormente, em regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei possui eficácia retroativa, o que na prática levaria o contribuinte a ter que restituir os benefícios fiscais dos quais usufruiu, sob pena de renúncia de receita tributária.

Logo, a questão dos efeitos temporais advindos da decisão que declara a inconstitucionalidade de benefício fiscal deve ser analisada sob o prisma dos direitos e garantias do contribuinte, pois este é o maior onerado com tal pronunciamento.

No entanto, é necessário ponderar, que a modulação temporal dos efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de benefício fiscal deve ser utilizada de forma razoável pelo poder Judiciário, a fim de evitar a odiosa prática estatal de conceder benefício e aguardar o pronunciamento do Supremo acerca da inconstitucionalidade com efeitos limitados.

A atribuição excepcional de efeitos prospectivos em matéria tributária somente se mostra possível em situações em que os efeitos retroativos possam levar a uma grave desestabilização do sistema jurídico, não podendo referido instituto servir de interesse arrecadatário do Estado. A atribuição de efeitos prospectivos em guerra fiscal de ICMS só deve ser efetuada exclusivamente em favor do contribuinte, pois, do contrário, restaria derrubada a conquista advinda dos princípios constitucionais.

Por todo o exposto, é imperioso que o Supremo Tribunal Federal, no seu papel de guardião da Constituição, não seja conivente com benefícios fiscais inconstitucionais, e utilize a doutrina prospectiva com parcimônia e sabedoria no intuito de não suprimir dos contribuintes os direitos e garantias a que fazem jus.

10. Referências Bibliográficas

ALVES PY BRAGA, Fabiana. **Modulação dos efeitos da sentença**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14019 >. Acesso em jul 2016.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública: para uma administração imparcial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, José Souto Maior. in **Grandes questões atuais do direito tributário**. Valdir de Oliveira Rocha – Coordenador. v. 4. São Paulo: Dialética, 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 24-11-2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei complementar 24, de 07 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp24.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Lei complementar 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4481 PR. Relator: Min. BARROSO, Roberto. Brasília, 19 de maio de 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8494796>>. Acesso em: 01 Dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280/ RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Oliver Charlex Mathieux. Relator: MELLO, Celso de. Brasília, 12 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390216>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 557.237 RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Mario Soares Dantas e Outros. Relator: Min. BARBOSA, Joaquim. Brasília, 18 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492036>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. - São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. **Confisco Tributário**. São Paulo: RT, 2002.

Código Tributário Nacional - Direito e Leis. Disponível em: <[http://www.direitoeleis.com.br/index.php?title=Código Tributário Nacional&oldid=4948](http://www.direitoeleis.com.br/index.php?title=Código_Tributário_Nacional&oldid=4948)>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Princípio da Legalidade. O Objeto da Tutela**. In PIRES, Adilson R.; TÔRRES, Heleno T. (Org.). Princípios de Direito Financeiro e Tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Guerra fiscal, fomento e incentivo na constituição federal**. Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado/coordenadores Luís Eduardo Schoueri, Fernando Aurélio Ziveti. São Paulo: Dialética, 1998.

JANCZESKI, Célio Armando. **A declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº. 157, 2008.

LEAL, Saul Tourinho. **Modular para não pagar: adoção da doutrina prospectiva negando direito aos contribuintes**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº. 158. 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº. 57, 2000.

MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. **A Guerra Fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glosas de crédito**. São Paulo: MP Editora, 2010.

MARTINS, Ives Gandra; CARVALHO, Paulo de Barros. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2014.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: Teoria e prática**. 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

PALSEN, Leandro; MELO, José Eduardo de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 6.ed. Livraria do Advogado, 2011.

Receita Federal do Paraná: www.sefa.pr.gov.br, disponível em: <<http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=376>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TORRES, Heleno Taveira. **Boa-fé e confiança são elementares no Direito Tributário**. Revista Consultor Jurídico, 24 abr. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/consultor-tributario-boafefeconfianca-sao-elementares-direito-tributario>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2011.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis nºs 9868, de 10.11.1999, e 9882, de 03.12.1999**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO PROCESSO RECUPERACIONAL E A NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO CADE PARA EXERCÍCIO DO CONTROLE PRÉVIO DE ESTRUTURAS

Raiane Buzatto⁵⁰¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é avaliar o procedimento da recuperação judicial de empresas em crise econômica, financeira e patrimonial que apresentam em seu plano de recuperação algum ato de concentração com possibilidade de prejudicar a livre concorrência e infringir a ordem econômica, ou que se enquadre nas hipóteses elencadas pela Lei 12.529 de 2011, a qual prevê situações em que a notificação do CADE é prévia e obrigatória. O que se propõe é avaliar os efeitos decorrentes da submissão ao CADE do plano de recuperação da sociedade empresária, em trâmite perante o juízo recuperacional, um processo que possui entraves procedimentais e burocráticos que acabam por prejudicar a sociedade empresária e os demais envolvidos. Seria de fato essencial a notificação do CADE pelo juízo falimentar? Ponderando-se princípios e valores, quais as vantagens ou desvantagens resultantes de tal procedimento? Muito embora se esteja diante de uma obrigatoriedade prevista atualmente na Lei 12.529 de 2011, algumas hipóteses se mostram plausíveis na busca por um procedimento de recuperação judicial mais célere e eficaz, podendo-se citar o papel do CADE apenas como órgão consultivo, com prazo para manifestação fixado pelo juízo recuperacional, conforme preceitua o artigo 118 da Lei 12.529/2011. O tema abordado possui, portanto, grande relevância e importância social, pois pretende abordar a efetiva função exercida pelo CADE em processos de recuperação judicial, ponderando-se suas vantagens e desvantagens, bem como sua eficácia perante a sociedade empresária que passa por grave crise econômica e financeira.

Palavras-chave: Lei de falência e recuperação judicial. Direito antitruste. Competência do CADE. *Failing Firm defense*.

INTRODUÇÃO

Em períodos de crise, é comum presenciarmos o aumento dos casos de empresas, sejam elas pequenas, médias ou grandes, em pedido de recuperação judicial, optando por conceder ao Poder Judiciário a tarefa de ajudá-las a escapar da má situação econômica em que se encontram, ou mesmo no intuito de obter os melhores meios para finalizar suas atividades de forma menos sacrificante para a sociedade empresária e também para a sociedade em geral.

⁵⁰¹ Advogada. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Espírito-Santenses (FAESA), Vitória/ES, 2014. Especialista em Direito Empresarial e Privado pelo Instituto de Direito Público de Brasília (IDP), 2017. Militante nas áreas de Direito Econômico e Concorrencial (CADE).

O tema apresentado neste trabalho de pesquisa bibliográfica trata do controle antitruste exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Brasil, especificamente no que pertine aos atos concentracionais oriundos do Juízo recuperacional.

Aborda-se, para isso, a forma como o Estado tem tratado as sociedades empresárias em crise no Brasil, o contexto histórico em que está inserida a legislação falimentar brasileira e o sentido conferido aos princípios basilares de sua aplicação.

Seguindo a análise da legislação falimentar brasileira, traz-se à tona a evolução pela qual passou - e passa - a legislação antitruste brasileira, que tem como principal influência a legislação norte-americana de proteção econômica, mas que ainda assim, muito se diferencia.

Apresenta-se, como forma de entender o papel exercido pelo ator principal do Direito Antitruste brasileiro – o CADE – argumentos de duas linhas distintas de pensadores e estudiosos: aqueles que buscam defender a essencialidade da participação do órgão nos processos recuperacionais e os que pretendem afastá-la, colocando o CADE não como ator principal nesses casos, mas como mero coadjuvante.

Por fim, a teoria da *failing firm defense* é mostrada em toda sua construção principiológica, deixando claro as dificuldades enfrentadas pela legislação antitruste brasileira para evoluir no que tange à ponderação de princípios essenciais, como o da função social da empresa e da livre concorrência.

1. As sociedades empresárias em crise no Brasil e a legislação falimentar

Muitos são os problemas enfrentados pelas empresas no curso de suas atividades, podendo-se citar como meros exemplos dificuldades internas com os sócios e administradores, mudanças de hábitos de sua clientela, e também problemas econômicos e mercadológicos que podem resultar em graves crises financeira, econômica e patrimonial da companhia⁵⁰².

Atualmente, o Brasil passa por uma situação econômica nunca antes vivenciada, em que grande parte dos consumidores perdeu drasticamente o poder de consumo, seja pelo

⁵⁰² COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. pg. 56.

desemprego ou pela inflação que corrói o salário do trabalhador, fazendo com que as sociedades empresárias percam, igualmente, a margem de lucro antes conquistada.

O resultado são inúmeras sociedades empresárias em processo de recuperação judicial ou falência, e a 7ª maior taxa de desemprego do mundo, com 11,6% de brasileiros desempregados, segundo o IBGE⁵⁰³.

É espantosa a estatística brasileira quanto ao número de recuperações judiciais requeridas em todo o país no primeiro bimestre de 2016, um percentual 116,4% maior que o registrado no mesmo período de 2015, sendo que a quantidade de empresas que tiveram seu pedido de recuperação judicial atendido pela Justiça aumentou 61,8% entre janeiro e outubro, de acordo com o Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações⁵⁰⁴.

Seja qual for a origem da crise suportada pela companhia, todas elas despertam preocupação da sociedade em geral e principalmente do Estado na busca de soluções, pois toda sociedade empresária possui uma função social e é geradora de riquezas para o País com a produção de empregos, além de contribuir para um mercado saudável a título de concorrência. É o que diz o professor Marlon Tomazette sobre o assunto:

as crises econômicas, financeiras e patrimoniais são mais preocupantes, na medida em que podem representar a inadimplência e o aumento do risco dos credores, bem como a redução dos empregos. Em outras palavras, elas podem prejudicar empregados, credores, comunidade e fisco que estão ligados à atividade desempenhada, não afetando apenas o próprio empresário⁵⁰⁵.

A Legislação Falimentar de um país permite a uma firma reestruturar-se financeiramente, patrimonialmente ou economicamente.

A Lei 11.101/2005, que regulamenta a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, é responsável por modificar substancialmente a maneira como as empresas em crise econômica e patrimonial podem se reerguer e retornar ao

⁵⁰³ IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em: dez. 2016.

⁵⁰⁴“O risco de inadimplência ainda se faz presente na economia brasileira. Segundo um estudo feito pela Serasa Experian, que abrange os anos de 2005 a 2016, os setores de comércio, indústria e serviços bateram recorde histórico em recuperações judiciais requeridas no ano passado.” (SERASA EXPERIAN. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em: janeiro de 2016).

⁵⁰⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial, falência e recuperação de empresas**, 3. ed., São Paulo: Atlas S.A, 2014. 3.v. p. 54.

cumprimento de sua função social, buscando de forma mais eficaz a preservação da sociedade empresaria e, conseqüentemente, dos empregos que propõe.

Tal legislação nos propõe três institutos possíveis para o soerguimento da sociedade em crise, sendo eles: a recuperação extrajudicial, a recuperação judicial e a própria falência.

A recuperação judicial e a extrajudicial antecedem o procedimento de falência, permitindo que o empresário em crise possa se reorganizar e, conseqüentemente, adimplir com suas obrigações.

Na recuperação extrajudicial, faz-se um acordo entre devedor e credores de forma extrajudicial, sem a intervenção prévia do Juiz, o qual deverá ser posteriormente homologado judicialmente, caso todos os credores estejam de acordo com o plano de recuperação.

Ao contrário do plano de recuperação que se faz privativamente, a recuperação judicial é realizada judicialmente e deve demonstrar as formas com as quais se pretende realizar os pagamentos e o adimplemento das dívidas, apresentando comprovantes da viabilidade do plano.

A falência, por sua vez, ocorre quando não há possibilidades de recuperação da sociedade empresária pelos mecanismos dispostos no plano de recuperação, ou seja, a empresa não conseguiu honrar com os compromissos assumidos perante seus credores. Logo, a falência é forma pela qual se propõe que a empresa realize a liquidação de seus ativos a fim de que honre com as obrigações assumidas.

Nas palavras de Fernando Antônio Alves, “a convolação da recuperação em falência ocorre por deliberação da assembleia de credores ou em razão do descumprimento, por parte do devedor, de alguma obrigação relativa ao procedimento de recuperação.”⁵⁰⁶

Da mesma forma como a Constituição busca preservar a função social da sociedade empresária, pondo-a como peça fundamental para a economia e o bem-estar social de um país (artigo 170, inciso III, da Constituição), a legislação falimentar brasileira também se utiliza do princípio da função social para nortear a recuperação judicial da empresa, buscando evidenciar

⁵⁰⁶ OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência.** Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>. Acesso em: set. 2016. p. 68.

a importância da sociedade empresária para o país, mantendo-a economicamente viável e em funcionamento.

Outro princípio de igual importância e que demonstra o sentimento da legislação falimentar é o princípio da preservação da empresa, o qual está diretamente ligado ao princípio da função social.

Vale transcrever aqui as palavras de Fábio Konder Comparato, em sua obra publicada pela Revista de Direito Mercantil (COMPARATO, 1983, p. 57):

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira parcela maior de suas receitas fiscais (...)

O artigo 47⁵⁰⁷ da Lei 11. 101 de 09 de fevereiro de 2005 defende expressamente a recuperação judicial como sendo o meio adequado para que a sociedade supere a crise, mantendo a produção de riquezas, empregos, ou seja, preservando-a em sua essência.

As soluções estatais à disposição das sociedades em situação de crise estão dispostas na Lei 11. 101 de 09 de fevereiro de 2005, que em seu artigo 50⁵⁰⁸ prevê em *numerus apertus*⁵⁰⁹, meios pelos quais uma companhia pode sobreviver a uma possível crise, por meio da recuperação judicial.

Várias são as opções dadas pela Lei como forma de recuperação da empresa em crise, como por exemplo, a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas e a alteração do controle societário.

⁵⁰⁷ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

⁵⁰⁸ Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; VI – aumento de capital social.

⁵⁰⁹ Ao relacionar em seus 16 incisos, formas possíveis de recuperação, termina a expressão dizendo “dentre outros”, deixando assim cláusula em aberto, a ser preenchida pela vontade das partes levada ao juiz (FILHO, Manuel Justino Bezerra. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência, lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 154.).

Entretanto, o objetivo do presente trabalho cinge-se no estudo dos atos de concentração societários, como a cisão, incorporação e transformação da sociedade, atos estes que podem ser capazes de retirar a empresa da situação de crise econômica e financeira, com a consequente preservação de seu patrimônio, dos empregos que produz e como fonte de riquezas para o País.

O artigo 90⁵¹⁰ da Lei nº 12.529/2011 conceitua o que a Lei determina como ato de concentração, sendo a forma pela qual uma ou mais empresas são extintas para o surgimento de uma nova.

Por sua vez, incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, enquanto na fusão se unem duas ou mais sociedades para formar uma nova.

Em tempos de globalização da economia, é cada vez mais comum presenciarmos uma tendência mundial na concentração das atividades ao redor de um número relativamente pequeno de grupos econômicos.

As vantagens de realização destes atos concentracionais, especialmente quando se trata de uma empresa em crise econômica, é a possibilidade de soerguimento de suas atividades e realocação de seus ativos, com a consequente minoração dos custos de produção e a possibilidade de disponibilização no mercado de produtos potencialmente mais competitivos.

No entanto, da mesma forma que os atos de concentração podem ser vantajosos para sociedade empresarial, funcionando como uma salvaguarda, podem também significar a dominação de um mercado específico por um único grupo econômico, contribuindo desastrosamente para uma concorrência saudável no mercado econômico, em confronto com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

⁵¹⁰ Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Neste cenário em que muitas empresas se utilizam dos atos concentracionais como forma de se tornarem mais competitivas no mercado, visando aumento dos lucros e a dominação de mercado, torna-se fundamental que a Legislação iniba o abuso do poder econômico, criando forma de prevenção e repreensão de atitudes desleais.

2. O regime jurídico da livre concorrência no Brasil: a legislação antitruste

Com a Constituição de 1988, tornou-se possível perceber claramente regras que visam inibir práticas desleais de comércio, pela leitura dos seus artigos 170 e 173.

O artigo 170⁵¹¹ da CFR/88 dispõe expressamente como garantias constitucionais o livre desenvolvimento mercadológico, a livre concorrência e o exercício de qualquer atividade econômica.

De outra monta, o artigo 173⁵¹², em seu parágrafo 4º, visa a proteção do mercado de condutas capazes de eliminar a concorrência e contribuir para o aumento arbitrário dos lucros.

A liberdade manifestada pelo dispositivo constitucional seja de competição mercadológica ou simplesmente de exercício da atividade empresarial econômica, esbarra, entretanto, em limitações também legais como os direitos do consumidor e o impedimento de práticas desleais de mercado, que suprimam direitos coletivos e sociais em benefício de interesses individuais.

Neste sentido, caminham lado a lado os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa, sendo a intenção do legislador, visivelmente, a de defender as próprias empresas e o mercado, bem como os consumidores de práticas abusivas e infracionais que possam pôr em risco a dignidade da pessoa humana, mantendo, dessa forma, a ordem econômica.

⁵¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁵¹² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Nas palavras de Vinícius Marques de Carvalho e Ticiane Nogueira da Cruz Lima, “é em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os princípios expressos no art. 170, dentre os quais está o princípio da livre concorrência.”⁵¹³

Necessário se faz sopesar os princípios da livre concorrência e da função social da empresa, sendo que enquanto o primeiro visa coibir atos desleais e abusivos capazes de causar danos a coletividade, o segundo visa proteger a sociedade empresária posicionando-a como essencial para a coletividade na qual está inserida.

No que pertine ao âmbito do direito infraconstitucional, a primeira legislação brasileira reconhecidamente antitruste foi o Decreto-Lei 7.666/1945, de autoria do último ministro da Justiça e Negócios Interiores do Estado Novo, Agamemnon Magalhães.

Conhecida como Lei Malaia, foi responsável por introduzir no país discussões em torno dos carteis e do abuso do poder econômico, situações antes desconhecidas ou pelo menos, não debatidas. Muito embora tenha sido o início da construção da política antitruste brasileira, a Lei Malaia deixou de existir logo após a queda do Estado Novo.

Com a queda da Lei Malaia e ponderando-se princípios basilares como o da manutenção da sociedade empresária, função social da empresa, livre iniciativa, dentre outros, criou-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE⁵¹⁴ - com a Lei nº 4.137/62⁵¹⁵, então como um órgão do Ministério da Justiça⁵¹⁶.

Muito embora tenha criado meios efetivos de combate ao abuso econômico, com a criação de um Conselho com esta finalidade, a referida Lei não teve uma aplicação grandiosa

⁵¹³ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. **Introdução: Direito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. Publicações da Escola da AGU – A nova Lei no CADE.** Ano IV nº19, 9-34, 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>. Acesso em: dez. 2016.

⁵¹⁴ “A nova Lei promoveu uma completa alteração da estrutura dos órgãos do governo responsáveis pela proteção e defesa da concorrência no país. Pelo novo sistema, as funções de investigações de casos de conduta, instrução de ato de concentração e decisão final passam a ser unificadas em uma só autarquia independente, o Cade.” (CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. **Introdução: Direito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. Publicações da Escola da AGU – A nova Lei no CADE.** Ano IV nº19, 7-34, 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>. Acesso em: dez. 2016).

⁵¹⁵ BRASIL, Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137/imprensa.htm>. Acesso em: set. 2016.

⁵¹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: set. 2016.

na prática, pois como mostra a doutrina, recorrentemente as decisões do CADE eram anuladas pelo Poder Judiciário.

Com a Constituição de 1988, que em seu artigo 170, parágrafo 4º deixa claro o objetivo de reprimenda à dominação de mercados, criou-se a Lei 8.158/1991, que instituiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) para atuar conjuntamente com o CADE.

Inicialmente, com a Lei 8.158 de 1991⁵¹⁷, o controle que hoje é exercido exclusivamente pelo CADE era incumbido à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), do Ministério da Justiça, com competência descriminada no artigo 1º da referida Lei, enquanto que o CADE, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, atuaria conjuntamente, por ordem do artigo 14 da Lei de 1991.

Mudanças estruturais significativas foram implantadas na política antitruste brasileira em 1994, pelo advento da Lei 8.884/1994, quando o CADE torna-se autarquia, criando-se, assim, o que a doutrina chama de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, e pela Secretaria de Defesa Econômica (SDE), do Ministério da Justiça, que juntos possuem a missão de proteger a economia brasileira do abuso econômico.

Muito embora a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 já tenha atribuído ao CADE autonomia procedimental e financeira, mudanças realmente significativas ocorreram com o advento da nova Lei antitruste brasileira (Lei 12.529/11), como a possibilidade de autorização das operações concentracionais pela Superintendência-Geral do CADE e a exigência de sua notificação prévia e obrigatória em casos de fusões e aquisições de empresas que possam ter efeitos anticompetitivos, sendo que anteriormente, a notificação poderia ocorrer *a posteriori*⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Art. 1º Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), do Ministério da Justiça, apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

Art. 14. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas no referido diploma e nesta lei, funcionará junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SNDE), que lhe dará suporte de pessoal e administrativo.-

⁵¹⁸ “O controle de concentrações econômicas, a partir de agora, será prévio, o que significa dizer que o interessado, ou interessados, deverão, antes da operação protocolar junto ao CADE pedido de provação de ato de concentração, devidamente acompanhados com informações e documentos”. (MORAES, Roberto Inácio de. **Do processo administrativo no controle de atos de concentração econômica**. Publicações da Escola da AGU – A nova Lei

Os órgãos que compõem a estruturação do CADE atualmente e que desempenham papel fundamental são a Superintendência-Geral – SG e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE⁵¹⁹.

Enquanto a SG exerce as funções de investigação e de instrução de processos administrativos, o TADE tem a função de decidir sobre a existência ou não de infrações à ordem econômica, indeferindo ou deferindo total ou parcialmente a reestruturação da sociedade.

O CADE desempenha basicamente três funções como autarquia vinculada ao Ministério da Justiça: a preventiva, a repressiva e a educacional.

Enquanto a função preventiva visa coibir práticas econômicas desleais antes mesmo que elas venham a ocorrer, a função repressiva cinge-se na punição do agente econômico fraudador, o que se pode perceber facilmente nos casos de carteis e vendas casadas. O papel educacional possui basicamente a função informativa, objetivando manter a população e as empresas atualizadas sobre as regras antitrustes, o que se faz na maioria das vezes em seminários e palestras.

Com a nova Lei antitruste, uma mudança importante no controle preventivo dos atos anticompetitivos merece atenção, qual seja, a obrigatoriedade de notificação prévia do CADE para controle antitruste, sendo que na Lei nº 8.884/94 a notificação poderia se dar *a posteriori*, ou seja, muitas vezes quando o ato já havia se concretizado.

Baseando-se na melhor doutrina sobre o tema, entende-se que são de notificação obrigatória ao CADE os atos restritivos à concorrência, independentemente de ser um acordo entre empresas ou uma concentração econômica.

Nas palavras da professora Paula Forgioni:

Percebe-se, portanto, para determinar a necessidade de submissão da prática restritiva à apreciação do CADE, não é necessário, em princípio, caracterizar o ato como “concentração econômica”, nos termos do §3º do art. 54. Ao contrário, basta que ele (i) prejudique, de algum modo, a livre concorrência ou (ii) resulte na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”.⁵²⁰

no CADE. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>. Acesso em: dez.2016. Ano IV nº19, 234-253, 2012).

⁵¹⁹ Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy2_of_capa-interna. Acesso em: janeiro 2017.

⁵²⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 494.

Especificamente no que tange ao presente trabalho, para os atos concentracionais a legislação é específica, ordenando que sejam submetidos ao CADE os atos em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual de pelo menos R\$ 750 milhões no país, e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, de no mínimo R\$ 75 milhões de reais⁵²¹.

Nas palavras de Daniel Gustavo Santos Roque “após a edição da Lei nº 12.529/2011, o único critério adotado para a notificação obrigatória de um ato de concentração passou a ser o do faturamento dos grupos econômicos envolvidos na operação”.⁵²²

Após a análise do órgão, é possível que seja feita a aprovação sem restrições, a aprovação com restrições e a própria reprovação, quando não se pode levar a frente o negócio pretendido.

É certo que nos dias atuais dificilmente se observa atos de concentração em que o faturamento das sociedades envolvidas não ultrapasse os valores mínimos descritos na legislação, pois são companhias e grupos econômicos de grande porte, que movimentam bilhões em caixa, traduzindo-se numa obrigatoriedade de notificação quase que generalizada.

Segundo a Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001⁵²³, os critérios influenciadores analisados pelo CADE para aprovação ou desaprovação do ato de concentração que se pretende realizar são basicamente os seguintes: análise de mercado relevante, determinação da parcela de mercado, exame da probabilidade de exercício de poder de mercado, eficiências econômicas, avaliação do efeito do ato sobre a eficiência econômica.

⁵²¹ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. **Introdução: Direito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. Publicações da Escola da AGU – A nova Lei no CADE.** Ano IV nº19, 7-34, 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>. Acesso em: dez. 2016.

⁵²² ROQUE, Daniel Gustavo Santos. **A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011.** Publicações da escola da AGU, pós-graduação em Direito Público – UnB 2014 – eixos processual Civil e Tributário, nº 04, 34 v. 2014.

⁵²³ Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: janeiro de 2017.

Todos os critérios, entretanto, demonstram a preocupação do órgão com a possibilidade de monopolização de um determinado mercado por um grupo econômico específico por meio dos atos de incorporação, o que traduz a importância do controle prévio exercido atualmente pelo órgão, com vistas a impedir a concretização de atos desleais.

3. A competência do CADE no controle dos atos de concentração em recuperação judicial e falência.

O CADE representa hoje no Brasil, assim como outros órgãos ao redor do mundo, a evolução jurídica e legislativa de harmonização entre a concorrência mercadológica necessária a toda e qualquer economia capitalista e a proteção em face da competição desleal, assegurando tanto o bem-estar de empresas como de consumidores em geral, sendo inegável, portanto, a essencialidade da função pública que o órgão exerce para o bem-estar da coletividade.

Em termos procedimentais e baseando-se na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, o CADE deve ser notificado sempre que o ato de concentração que se pretende entabular tiver o poder de ferir a ordem econômica e contribuir para a concorrência desleal, inclusive quando se tratar de procedimento no âmbito do processo de recuperação judicial ou falência⁵²⁴.

Especificamente no que interessa ao presente trabalho, a função do CADE como interveniente no processo judicial de recuperação e falência de empresas – quando se discute ato de concentração disciplinado pela lei antitruste - com o poder de reprovar a concretização do ato, tem gerado polêmica na doutrina que se debruça sobre o tema.

Tendo como base tal obrigatoriedade, duas linhas distintas de pensadores surgiram: uma com aqueles que defendem a função do CADE como indispensável no âmbito judicial falimentar, e outra com os que advogam contra a intervenção do CADE nestes casos.

⁵²⁴ Encontram-se incluídas nessas operações, sujeitas ao crivo de deliberação do CADE, aquelas que visem a qualquer forma de concentração econômica (...) (CAMPINHO, Sérgio. **Atos de concentração no plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Empresarial e Recuperacional, Santa Catarina: Conceito Editorial, 103-124, 2010).

Fato é que as principais discussões sobre o tema circundam os artigos 88⁵²⁵ e 118⁵²⁶ da Lei 12.529/2011. Enquanto aquela disciplina quais os atos de concentração deverão ser submetidos ao CADE, este dispõe que a intervenção do órgão em processos judiciais onde se discuta atos de concentração previstos na legislação antitruste se daria apenas como assistente.

Defendendo a desnecessidade de intimação do órgão, o procurador federal Daniel Gustavo Santos Roque, atuante junto ao CADE, aponta o seguinte:

a intervenção do Cade no processo é facultativa, conforme resulta da análise do próprio dispositivo legal. De todo modo, é possível que o Juízo solicite ao CADE que apresente elementos ou dados específicos sobre eventual processo administrativo, situação na qual a autarquia não poderá se recusar a fornecê-las, o que implicaria em desobediência ao comando judicial.⁵²⁷

Para o professor Marlon Tomazette⁵²⁸, a notificação do CADE em casos de atos de concentração enquadrados no artigo 88 da Lei 12.529/2011 e oriundos do processo de recuperação judicial não seria obrigatória, por se tratar de procedimento excepcional e por ser a decisão do CADE ato administrativo passível de análise judicial, ou seja, podendo ter ou não o aval do magistrado.

Obviamente, em razão disso, deve-se reconhecer que o Juiz deverá avaliar o ato, também à luz da defesa da concorrência, evitando violações injustificáveis a esse princípio. Eventualmente, o CADE pode até ser ouvido para que a decisão do Juiz seja mais fundamentada, mas, de qualquer modo, a última palavra será dada pelo Juiz.

Sérgio Campinho, por sua vez, também defende a desnecessidade de notificação do órgão administrativo quando se tratar de atos de concentração provenientes de recuperação judicial, sob o argumento de que caberia ao juízo falimentar analisar as vantagens e

⁵²⁵ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

⁵²⁶ Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

⁵²⁷ ROQUE, Daniel Gustavo Santos. **A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011.** Publicações da escola da AGU, pós-graduação em Direito Público – UnB 2014 – eixos processual Civil e Tributário, 34 v. nº 04, 2014.

⁵²⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial, falência e recuperação de empresas.** 3.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 194.

desvantagens da alteração societária que se pretende emplacar, podendo, para isso, se utilizar do CADE como órgão consultivo.

A excepcionalidade do estado do devedor e a especialidade do procedimento de recuperação judicial não amparam conclusão diversa daquela que sustenta a não obrigatoriedade da submissão prévia do ato de concentração à aprovação do Cade, sem prejuízo de poder o Juiz da recuperação ouvir esta autarquia acerca do prefalado ato.⁵²⁹

A possibilidade de afastar a essencialidade de notificação do CADE em atos de concentração provenientes da recuperação judicial e falência, utilizando-o como órgão consultivo e não essencial, tem como um dos principais fundamentos a especificidade da Lei 11.101/2005, em detrimento de procedimentos administrativos, atualmente regulamentados pela Lei 12.529/2011, conforme defende Sérgio Campinho⁵³⁰.

Para Campinho⁵³¹, deve-se ter em mente que o Juízo falimentar possui competência para processar e julgar todo e qualquer ato resultante do procedimento de recuperação judicial que está sob sua análise, observando para isso, inclusive, as situações mercadológicas, sociais e humanitárias que circundam a matéria.

De outra monta, doutrinadores e estudiosos como Daniela Copetti Cravo, que defendem a necessidade de notificação do órgão administrativo também quando se tratar de atos de concentração oriundos da recuperação judicial, o fazem com base na harmonização entre a legislação falimentar e a lei antitruste, sob o fundamento de que uma norma não possui o condão de revogar a outra, seja pelo critério cronológico, pois a Lei 12.529/2011 não possui previsão expressa de revogação da Lei 11.101/05, seja pela especificidade, pois não há antinomia entre elas⁵³².

⁵²⁹ CAMPINHO, Sergio. **Atos de concentração no plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Empresarial e Recuperacional, Santa Catarina: Conceito Editorial, 103-124, 2010.

⁵³⁰ Na conjugação de regras especiais, prevalece aquela de maior especialidade para o trato da questão específica: recuperação judicial da empresa. (CAMPINHO, Sergio. **Atos de concentração no plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Empresarial e Recuperacional, Santa Catarina: Conceito Editorial, 103-124, 2010).

⁵³¹ CAMPINHO, Sergio. **Atos de concentração no plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Empresarial e Recuperacional, Santa Catarina: Conceito Editorial, 103-124, 2010.

⁵³² Ambas as legislações são específicas e tratam sobre matérias diversas, não havendo que se falar, destarte, em maior especialidade de uma regra em relação a outra (CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da Teoria da Failing Company Defense nos Atos de Concentração Decorrentes da Recuperação Judicial: Atribuição do Cade ou Competência Exclusiva do Juízo Falimentar?**

Disponível

em:

<http://www.editoramagister.com/doutrina_23129121_APLICACAO_DA_TEORIA_DA_FAILING_COMPANY_Y_DEFENSE_NOS_ATOS_DE_CONCENTRACAO_DECORRENTES_DA_RECUPERACAO_JUDICIAL_ATRIBUICAO_DO_CADE_OU_COMPETENCIA_EXCLUSIVA_DO_JUIZO_FALIMENTAR.aspx>, Acesso em: set. 2016).

Neste sentido, Daniela Copetti Cravo afirma que:

Assim, as Leis ns. 8.884/94 e 11.101/05 seriam harmônicas, podendo ser aplicadas, simultaneamente, em suas respectivas competências, o que se aplica também à Lei nº 12.529/2011, após sua entrada em vigor. A própria Lei nº 11.101/05 confirma tal posicionamento, quando determina, no art. 50, caput, que os meios de recuperação judicial deverão observar a legislação pertinente a cada caso. (...) Independente da Lei Antitruste que esteja ou não em vigor, o que se busca sustentar é que a Lei nº 11.101/05 não possui força o bastante para afastar a submissão do ato de concentração ao SBDC, seja nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94, seja nos termos do art. 88 da Lei nº 12.529/2011.⁵³³

Não se pode deixar de asseverar, como lembra o jurista Fernando Antônio Alves de Oliveira Junior⁵³⁴, que se trata de matéria extremamente técnica e específica, sobre a qual o juízo falimentar nem sempre é dotado de todo conteúdo necessário para decidir, sendo o CADE competente para realizaria o estudo técnico que o tema requer.

Um outro fundamento bastante interessante quando se trata da intervenção do CADE nos processos de recuperação judicial é abordado também por Copetti⁵³⁵, em sua monografia, em que discute basicamente “A natureza da intervenção judicial do Cade”. Citam-se discussões levantadas por doutrinadores da área como Didier e Bueno, sendo que enquanto alguns defendem a intervenção do CADE como assistente no processo de recuperação judicial, nos termos do artigo 88, outros defendem a possibilidade de intervenção do CADE como *amicus curiae*.

Nesta linha de pensamento, a participação do CADE não seria obrigatória, mas opcional, podendo o órgão solicitar sua intervenção ou o próprio Magistrado da causa requisitá-la.

⁵³³ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da Teoria da Failing Company Defense nos Atos de Concentração Decorrentes da Recuperação Judicial: Atribuição do Cade ou Competência Exclusiva do Juízo Falimentar?** Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23129121_APLICACAO_DA_TEORIA_DA_FAILING_COMPANY_Y_DEFENSE_NOS_ATOS_DE_CONCENTRACAO_DECORRENTES_DA_RECUPERACAO_JUDICIAL_ATRIBUICAO_DO_CADE_OU_COMPETENCIA_EXCLUSIVA_DO_JUIZO_FALIMENTAR.aspx>, Acesso em: set. 2016).

⁵³⁴ OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência.** Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>. Acesso em: set. 2016, p. 410.

⁵³⁵ CRAVO, Daniela Copetti. **Defesa da Concorrência.** 571-618, 2010. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes_MH_Daniela_Diagramado.pdf>. Acesso em: dez. 2016.

Muito embora não seja objetivo deste trabalho abordar com afinco o que vem a ser o instituto do *amicus curiae* no processo de falência, sua análise neste estudo parece interessante.

A processualista Teresa Arruda Alvim Wambier, em sua obra “*Amicus curiae*: afinal, quem é ele? ”, publicada nos periódicos de 2016 pela Universidade Luterana do Brasil – Ulbra, ensina que:

O *amicus curiae* não é parte, nem assistente (simples ou litisconsorcial) nem opoente, nem chamado, nem denunciado. Pode pedir para intervir, pode ser provocado a tanto; atua às vezes de modo semelhante ao de um perito, mas não está sujeito à exceção de suspeição ou impedimento e não faz jus a honorários profissionais. Não tem prazo para manifestar-se. Às vezes também seu agir se assemelha ao do MP quanto atua como fiscal da lei (como nos exemplos do CADE e da CVM). Pensamos, todavia, que, como regra geral, pode recorrer, produzir provas, fazer sustentação oral etc.⁵³⁶

Corroborando com o entendimento de parte da doutrina, a 5ª Câmara Cível do TJRS, no julgamento da Apelação Cível n. 70017825233⁵³⁷, em Acórdão também citado por Daniela Cravo⁵³⁸, entendeu que a intervenção do CADE se faz como *amicus curiae*, opção que afastaria a literalidade do antigo artigo 89 da Lei n. 8.884/1994, substituído pelo artigo 118 da Lei atual. Tal interpretação se justifica pelo fato de que o CADE não intervém “*para fazer valer interesses próprios, até porque não chegam nem propriamente a postular*”.

O CADE, no entendimento manifestado no referido Acórdão, “na verdade, auxilia o magistrado, colabora na solução da lide. Sem dúvida é esta a característica mais marcante do *amicus curiae* (*friend of court*, como dizem os americanos) ”.

Parece-nos bastante convincente o entendimento desenvolvido pela doutrina para afastar a necessidade de notificação e intervenção do referido órgão nos processos recuperacionais, estabelecendo sua função como de colaborador do magistrado, contribuindo para o melhor julgamento da lide, não deixando, portanto, de realizar sua função *mister* atribuída pela 12.529/2011, qual seja, a de resguardar a ordem econômica e impedir que atos anticompetitivos se perpetuem.

⁵³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Amicus curiae: afinal, quem é ele?**. 76-80, 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/>. Acesso em: dez. 2016.

⁵³⁷ BRASIL. 5ª Câmara Cível do TJRS. 70017825233. DES. Gelson Rolim Stocker. Rio Grande do Sul, 27/11/2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: janeiro 2017.

⁵³⁸ CRAVO, Daniela Copetti. **Defesa da Concorrência**. 571-618, 2010. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes_MH_Daniela_Diagramado.pdf>. Acesso em: dez. 2016. p. 603.

É certo, outrossim, que a legislação atual é suficientemente clara ao mencionar como obrigatória a notificação prévia do CADE, sob pena de pesadas multas.

Pensando nisso, parece um tanto plausível e possível que haja uma reforma na legislação antitruste, a qual prevê a obrigatoriedade de intimação prévia do CADE mesmo no âmbito do processo de recuperação ou falência, para que conste a intimação do órgão como faculdade do Magistrado responsável pelo processo judicial.

Vale transcrever aqui as palavras de Sérgio Campinho, quando diz sobre a possibilidade de exercício do controle antitruste pelo próprio magistrado:

Não há espaço no processo de recuperação para submeter previamente a avaliação da operação ao CADE. A competência da verificação da legalidade é exclusiva do Juiz. O rito próprio revela impossível atingir os fins da recuperação com a sujeição da operação à preliminar aprovação do CADE.⁵³⁹

O que se deve ter em mente é que o controle será feito, assim como a ponderação entre os princípios basilares da concorrência, não havendo que se falar em prejuízo qualquer para o mercado, consumidores ou para a própria empresa.

Outra questão que é atualmente abordada pela doutrina e que merece destaque no contexto da obrigatoriedade de notificação do CADE nos processos judiciais falimentares, se refere à eficiência da intervenção e controle realizados pelo órgão.

Quando se leva em consideração o fato de que uma sociedade se utiliza da recuperação judicial como *ultima ratio*, estando na iminência de se declarar falida perante seus credores, empregados e a sociedade, perdendo seus ativos no mercado, necessário se torna ponderar critérios de eficiência e eficácia dos procedimentos adotados, tanto o judicial como o administrativo.

Neste sentido, traz-se à tona a problemática proveniente do procedimento de aplicação da legislação antitruste na recuperação judicial em trâmite perante o juízo falimentar, que em muitas vezes se mostra burocrático e demorado, ante a exigência de notificação prévia do CADE.

⁵³⁹ CAMPINHO, Sergio. **Atos de concentração no plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Empresarial e Recuperacional, Santa Catarina: Conceito Editorial, 103-124, 2010. p. 113.

Com a nova legislação antitruste, a operação econômica que se pretende realizar deve ser informada previamente ao CADE, que possui um prazo de 240 dias para decidir, podendo tal prazo ser prorrogado por mais 60 ou 90 dias a requerimento das partes.

Situação interessante de entrave procedimental entre a legislação antitruste e o processo falimentar foi analisada por Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior em sua dissertação, em que aborda a possibilidade “de que a decisão do CADE, aprovando ou não a operação, apenas seja proferida em momento posterior ao que, naturalmente, seriam consumados os atos do leilão no procedimento falimentar.”⁵⁴⁰

No caso analisado pelo jurista, ante a possibilidade de haver a autorização do Juiz responsável pelo processo de falência do ato de concentração por meio do Leilão, e a *posteriori* ocorrer a negativa do CADE, lança-se como alternativa viável para sanar os prejuízos deste entrave a suspensão do processo falimentar até a decisão do órgão administrativo, o que retardaria o processo de falência, não sendo favorável à sociedade em crise e tampouco aos credores.

Além da dificuldade procedimental, existem os entraves decisórios concernentes ao fato de que o CADE possui a autoridade de tornar nulo um ato de concentração aprovado pelo magistrado da falência, bem como o magistrado possui a competência para declarar ilegal uma decisão tomada pelo CADE.

Alinhado a essas questões, quando se analisam os números e gráficos - apresentados pelo próprio órgão em seu sítio na *internet* – sobre, por exemplo, a quantidade de atos de concentração analisados no ano de 2016, e a quantidade deles que foram aprovados - temos que dos 305 atos submetidos ao órgão, 286 foram aprovados de plano, sendo 12 processos indeferidos e o restante com aprovação condicionada ou com restrições.

Em termos percentuais, tem-se que 93.77% dos casos submetidos ao CADE no ano de 2016 foram aprovados de plano, sem restrições ou condicionantes, quando em 2015 foram 92.55%. Logo, a grande maioria dos atos submetidos ao órgão são aprovados de plano, o que

⁵⁴⁰ OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência.** 10-148, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>. Acesso em: set. 2016, p. 136.

nos força a pensar sobre a essencialidade de sua decisão exclusivamente no contexto do processo falimentar.

4. Preservação da empresa x livre concorrência: a teoria da *failing firm* e sua "importação" para o Brasil

A legislação antitruste possui como berço os Estados Unidos, com a criação do *Sherman Act* em 1890, a partir da necessidade de concepção de uma legislação que criasse barreiras à dominação de mercados desenfreada, nascida juntamente com a ânsia de grupos econômicos pela expansão rápida e maciça de seus lucros, muitas vezes somente possível com práticas prejudiciais aos consumidores e aos próprios concorrentes.

Neste cenário, princípios importantes como o da livre concorrência e da preservação da empresa tornaram-se essenciais para a compreensão da real necessidade de intervenção estatal nas relações econômicas, como meio de adequar os interesses privados ao bem-estar coletivo.

A livre iniciativa empresarial e econômica pregada pela Constituição Federativa do Brasil em seu artigo 170, inciso IV, depende precipuamente da capacidade estatal de limitação dos abusos do poder econômico, não como forma de limitar a manifestação e o crescimento econômico, mas no intuito de inibir condutas desleais e não condizentes com as boas práticas sociais de mercado.

De igual importância, tem-se o princípio da preservação da empresa, que basicamente defende a sociedade empresária como parte fundamental da economia de um país, bem como para o desenvolvimento social de um povo, daí a ligação direta com o princípio da função social da empresa.

A compreensão desses dois princípios é o caminho pelo qual se pode chegar à aplicação de uma teoria também nascida nos Estados Unidos, com aplicação tímida, porém já existente no Brasil: *a failing firm defense*.

A teoria da *failing firm* é aplicada pelas autoridades antitrustes norte-americanas e reconhecida pelo Poder Judiciário desde 1992, quando se tem notícias do surgimento do primeiro guia contendo as diretrizes estadunidenses para sua aplicação efetiva no cenário de controle de estruturas, com a finalidade de criar critérios objetivos eficientes de defesa.

Notadamente, a *failing firm* possui os mesmos objetivos definidos pela legislação antitruste, quais sejam, ponderar os princípios da preservação da empresa e da livre concorrência, resguardando sempre o princípio *mister* da dignidade da pessoa humana ao analisar os impactos provenientes do ato de concentração pretendido.

Esta teoria pode ser aplicada para subsidiar a defesa de empresas submetidas ao ato de concentração perante o CADE, possuindo em sua essência vieses que permitem uma análise mais aprofundada do princípio da preservação da empresa, trazendo a perspectiva de que a manutenção da sociedade no mercado é mais vantajosa do que a retirada de seus ativos, resultado da falência. Tanto é assim que, como veremos a seguir, um de seus principais requisitos de análise é a probabilidade de saída dos ativos da empresa do mercado, o que seria mais danoso para a economia do que a efetivação da aquisição pretendida.

O primeiro caso de aplicação da teoria em estudo em seu país de criação se deu em 1930, quando a *International Shoe Co.* adquiriu considerável quantidade do capital social da concorrente *W. H. Mc Elwain Company*. O Tribunal americano julgou válida a operação, considerando a real possibilidade de falência da empresa com prejuízo para seus credores e acionistas.

Inúmeros outros casos americanos recorrentemente citados pela doutrina tiveram os requisitos da *failing firm* em debate, porém, nem todos com plena aceitação para aplicação efetiva da teoria, como é o caso dos jornais americanos *Tucson*, *The Citizen* e *The Star*, que tiveram o ato de concentração barrados pelo Tribunal americano sob a justificativa de não comprovação dos requisitos essenciais.

Traduz-se, portanto, que as bases fundamentais da referida teoria americana estão centradas na dificuldade da empresa em crise de se recuperar no mercado, comprovada pela dificuldade de cumprir com suas obrigações, vindo a falir de fato, com a consecutiva saída de seus ativos do mercado.

Além disso, deve estar comprovado que a empresa não conseguirá se recuperar pelas normas da legislação falimentar, bem como que o ato concentracional pretendido é de fato o menos anticompetitivo.

Em 2010, com a versão mais recente do guia americano de diretrizes para aplicação da teoria, titulado *Horizontal Merger Guidelines*⁵⁴¹, aboliu-se o que, segundo a doutrina, seria o principal requisito para aplicação da teoria: a real chance de saída dos ativos da empresa do mercado caso a operação não se concretize⁵⁴².

Os requisitos atuais para aplicação da teoria conforme o guia de controle de estruturas americano são: a) a empresa a ser adquirida está impossibilitada de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo; b) deve ser incapaz de se reorganizar por meio de falência ou recuperação de empresa; c) deve empreender esforços para obter ofertas alternativas razoáveis que mantivessem os ativos no mercado relevante com o menor dano possível ao mercado econômico.

No intuito de simular a aplicação do guia americano aos casos brasileiros, quanto ao primeiro requisito, infere-se que não haveria a necessidade de comprovação por parte da empresa de que estaria no estado de falência, nos termos do que preceitua o artigo 94 da Lei de falência e recuperação brasileira, mas que não conseguirá efetivamente cumprir com suas obrigações financeiras e patrimoniais, por exemplo, comprovando a existência de um ativo inferior ao passivo.

O segundo requisito, por sua vez, não é muito utilizado pelo controle antitruste brasileiro, como bem afirma Fernando Antônio Alves em sua pesquisa sobre as jurisprudências do CADE quanto ao assunto em voga:

Apesar de terem sido utilizados os guias norte-americano ou canadense para a análise da teoria, em nenhum julgado foi desenvolvido o critério referente à possibilidade de recuperação a partir das leis falimentares. Observe-se que se trata de requisito previsto tanto nos Estados Unidos, quanto no Canadá. Esse talvez seja um indicativo das dificuldades em se analisar a teoria por essa

⁵⁴¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. Issued in August 19, 2010, p. 35.

⁵⁴² “Embora não conste mais como critério específico o fato de que, ausente a operação, os ativos da empresa sairão do mercado, trata-se de ponto que ainda deve ser observado, porquanto é a condição principal da aplicação da teoria. É que, uma vez preenchidos os requisitos (1), (2) e (3) listados acima, a saída dos ativos da empresa em crise do mercado relevante será uma consequência inevitável, daí a desnecessidade de mencioná-la, porquanto está implícita.” (OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência.** 10-148, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>. Acesso em: set. 2016, p. 75).

perspectiva ou até mesmo de sua inutilidade. Nem mesmo no caso em que a teoria da *failing firm* foi aceita, esse critério foi debatido.⁵⁴³

Não se entende como necessário, também, que a empresa já esteja em processo de recuperação ou mesmo de falência para o cumprimento deste requisito. Bastaria, entretanto, uma análise da probabilidade de que, ao ser submetida à legislação recuperacional, a empresa não conseguiria se reerguer.

Por fim, o terceiro requisito requer a demonstração por parte da empresa a ser adquirida de que deu razoável publicidade de sua venda, despertando o interesse de todos dos potenciais compradores do mercado, e que após isso, demonstra-se como melhor comprador aquele que participa do ato de concentração, e que a transação prejudicará em menor proporção a concorrência no mercado em que atua.

No Brasil, muito embora o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal disponibilizado pelo CADE aborde de forma bastante tímida a teoria da *failing firm*, ele nos dá uma breve noção de quais são os parâmetros utilizados para aprovação ou não de um ato de concentração com base na teoria americana, sendo necessário que a empresa a ser adquirida comprove a ocorrência das seguintes situações:

(i) Caso reprovada a operação, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras; (ii) Caso reprovada a operação, os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, o que poderia significar uma redução da oferta, um maior nível de concentração do mercado e uma diminuição do bem-estar econômico; e (iii) Se a empresa demonstrar que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência (por exemplo, por meio de compradores alternativos ou de um processo de recuperação judicial) e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação.⁵⁴⁴

Percebe-se que o CADE apõe como requisito de importância para aprovação do ato concentracional a probabilidade de que, em não ocorrendo o ato que se pretende, os ativos da empresa a ser adquirida sairiam do mercado, causando exatamente o efeito combatido pelo

⁵⁴³ OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência.** 10-148, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>. Acesso em: set. 2016. p. 110.

⁵⁴⁴ Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-orizental.pdf>. Acesso em: janeiro de 2017.

órgão: uma redução da oferta, um maior nível de concentração do mercado e uma diminuição do bem-estar econômico.

Os primeiros argumentos de defesa com base na teoria em questão suscitados pelas sociedades empresárias no Brasil, remontam à década de 90, mas ainda é um terreno pouco explorado, sendo raros os casos em que é possível encontrar na fundamentação das decisões e pareceres do CADE as bases para aplicação da referida teoria.

O fato é que se a aplicação da teoria nas análises dos atos concentracionais pelo órgão é tímida, os casos em que de fato ocorreu a aprovação do ato com base nos seus critérios são ainda menores, sendo que, de acordo com Fernando Antônio Alves, de dez julgamentos realizados pelo CADE invocando a referida teoria, em sete deles a operação foi aprovada com base em outros fundamentos que não a *failing firm*.⁵⁴⁵

A primeira aprovação de um ato de concentração pelo CADE com base nesta teoria se deu somente em 13 de fevereiro de 2008, com o processo de número 08012.014340/2007-75⁵⁴⁶, em que se discutia a aquisição pela Votorantim Metais Zinco S/A dos direitos minerários da massa falida da Mineração Areiense S.A..

O voto de relatoria do ex-conselheiro do CADE Luís Fernando Rigato Vasconcelos, abordou de forma concisa os requisitos da *failing firm*, tornando-se um dos casos emblemáticos e mais citados nas doutrinas brasileiras sobre o assunto.

Após a análise dos requisitos para submissão do ato ao CADE, a aquisição pretendida pela Votorantim foi aprovada pelo plenário sem qualquer restrição, tendo como fundamentos, por exemplo, a realização de leilão da massa falida – que teria dado publicidade da situação econômica e da venda da empresa - no qual apenas a VMZ participou com proposta efetiva, a baixa probabilidade de exercício do poder mercado por parte da requerente e também o fato de que a empresa Mineração Areiense S.A. já estava em fase de liquidação judicial.

⁵⁴⁵ “Naqueles casos em que a *failing firm* foi afastada, a operação, em regra, terminou sendo aprovada sem quaisquer restrições por outros fundamentos (sete de nove)²¹⁰. A leitura dos fundamentos expendidos, bem como a constatação de que, mesmo em casos sem maiores preocupações concorrenciais, a teoria é cabalmente afastada, podem indicar resistência da autoridade antitruste brasileira em aceitar a defesa”. (OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência**. 10-148, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>. Acesso em: set. 2016.

⁵⁴⁶ BRASIL. Conselho administrativo de Defesa Econômica. 08012.014340/2007-75, Luís Fernando Rigato Vasconcelos, Brasília, 13 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: dez. 2016.

Indubitavelmente, a teoria em questão já é aplicada e aceita no Brasil, muito embora ainda permaneça sem previsão legal e com poucos adeptos à estudá-la, o que, talvez, colabore com o atraso legislativo, jurisprudencial e doutrinário vivenciado⁵⁴⁷.

Com não é o alvo do presente trabalho tratar especificamente da referida teoria, deter-se-á à análise da sua utilidade para o Brasil e mais designadamente, para a solução das dificuldades existentes entre o Poder Judiciário e o CADE.

Alguns juristas brasileiros, como Fernando Antônio Alves, avançam detidamente nos estudos da referida teoria americana aplicada à realidade brasileira, concluindo que sua aplicação no âmbito do CADE seria a solução mais apropriada para a problemática decisória e procedimental existente entre este e o Juiz julgador do processo de falência.

Se a análise de mercado e de questões concorrenciais parece inviável no processo de recuperação judicial, a aplicação da teoria da *failing firm*, no âmbito do controle antitruste de estruturas, permite, de maneira satisfatória, por parte do CADE, a solução do possível conflito entre os princípios da livre concorrência e da preservação da empresa.⁵⁴⁸

Tal solução seria mais convincente, conforme a análise feita pelo jurista, por considerar que o Juiz não é dotado de conhecimentos técnicos suficientes para decidir, por exemplo, sobre questões mercadológicas e econômicas no bojo da ação de falência, fato este que justificaria a aplicação da *failing firm* perante o CADE para que houvesse a ponderação entre os princípios da livre concorrência e da preservação da empresa.

Não nos parece, entretanto, a melhor solução a ser dada ao conflito entre judiciário e CADE, quando analisadas as justificativas explanadas pelo autor.

Isto porque, como já demonstrado em tópico anterior, o magistrado possui meios legais para solicitar auxílio em matérias técnicas, como, por exemplo, a realização de análises

⁵⁴⁷“Mediante a apresentação dos casos, percebe-se a escassa aplicação da tese por parte das firmas que a invocam perante a autoridade antitruste em razão do ato de concentração. A aceitação da tese do CADE para aprovação do ato de concentração proposto, por seu lado, também é inexpressiva.” (FERNANDES, Roberta Ribeiro. ***Failing Firm Defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?*** 1-53, 2013. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antteriores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013/Tema%201%20-%203o%20Lug%20-%20Roberta%20R.%20Fernandes%20-%200033.pdf>>. Acesso em: janeiro de 2017, p. 35.

⁵⁴⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da *Failing Firm* no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência.** 10-148, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>. Acesso em: set. 2016, p. 136.

econômicas e de mercado por meio de perícia técnica, ou mesmo a requisição de entes assistenciais.

Além disso, é inegável que a atividade central do Juiz, assim como a do CADE quando da análise dos atos de concentração no bojo do processo de falência ou recuperação, está adstrita à ponderação dos princípios constitucionais da livre concorrência e da preservação da empresa, sendo tais princípios basilares da teoria da *Failing Firm*.

5. CONCLUSÃO

A Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 substituiu o antigo Decreto-Lei nº 7.661/1945, com a finalidade de regulamentar o procedimento de recuperação extrajudicial, judicial e a falência do empresário e da Sociedade Empresária, e tem como objetivos primordiais a manutenção da sociedade, com a continuidade dos empregos que promove e a conservação de sua função social, bem como instrumento de fonte de riquezas para o País.

A Legislação falimentar elenca em seu artigo 50 alguns dos procedimentos legais à disposição da sociedade empresária como plano de recuperação judicial, sendo que dentre os meios elencados estão os atos concentracionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu artigo 170, incisos I-IV o princípio da livre concorrência como garantia constitucional, visando coibir o abuso do poder econômico e a eliminação da concorrência.

Criou-se neste cenário e com objetivo primordial de contribuir para a existência de um mercado social e economicamente equilibrado, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE.

O CADE, que apresenta em sua estrutura organizacional a Superintendência-Geral – SG e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE, de acordo com o artigo 88 da legislação específica, deverá ser notificado sempre que um ato de concentração constituir uma infração à ordem econômica, pôr em risco a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes.

O controle estatal exercido pelo CADE possui fundamental importância quando se trata de atos de concentração e, no que diz respeito ao presente trabalho, também no processo de recuperação judicial e falência da sociedade empresária, sendo obrigatória sua notificação

sempre que o ato de concentração oferecer riscos de afrontar a livre concorrência, possuindo autonomia e independência perante o juízo falimentar para aprovar ou não o ato de concentração que se objetiva.

Não se pode deixar de lembrar, entretanto, tratar-se de uma sociedade empresária em crise econômica e financeira que por meio do processo de recuperação judicial almeja encontrar uma luz no fim do túnel, o que precisa se dar com brevidade, pois o que se tem em risco são milhares de empregos e a temeridade de perda dos ativos da empresa, o que prejudicaria não somente esta, mas também toda a sociedade em geral.

Nesse sentido, traz-se à tona o que preceitua o artigo 118 da Lei 12.529 de 2011, o qual prevê que o CADE atuará como assistente e não como órgão indispensável na recuperação judicial em que se discutem atos de concentração societários.

A divergência doutrinária é grande quanto a obrigatoriedade ou não de notificação do CADE especificamente no processo de recuperação ou falência, já sendo possível encontrar decisões judiciais tratando a intervenção do CADE no processo recuperacional como *amicus curiae*.

Neste contexto, traz-se à tona os entraves procedimentais e decisórios existentes entre o CADE e o Juiz responsável pelo processo de recuperação e falência, oriundos da exigência de notificação previa do órgão, o que poderia atrasar demasiadamente o processo judicial, prejudicando credores e trabalhadores.

Como possível saída para estas questões e visando defender a empresa em grave crise econômica e patrimonial submetida ao ato de concentração em análise perante o CADE, importou-se para o Brasil a teoria americana da *failing firm*, com aplicação tímida, porém real.

Referida teoria possui como objetivo *mister* promover a defesa da empresa em crise perante o CADE, demonstrando basicamente que o ato de concentração que se pretende é menos prejudicial ao sistema concorrencial do que sua proibição, quando se teria a saída dos ativos da empresa do mercado relevante, favorecendo possivelmente as empresas que já possuem certa dominação de mercado.

Nota-se, assim, que a referida teoria não deixa de ponderar os princípios da livre concorrência e preservação da empresa, muito pelo contrário. O faz de forma a priorizar o princípio constitucional máximo, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que muito embora a legislação falimentar e antitruste brasileira tenha evoluído satisfatoriamente, ainda há muito o que melhorar e agregar, apondo-se como possível e muito interessante eventual reforma legislativa com fim de compatibilizar as atividades exercidas pelo CADE e pelo Juízo recuperacional, tendo-se em mente o bem-estar da sociedade em geral e também da empresa má situação econômica.

6. REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. pg. 56.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial, falência e recuperação de empresas**, 3. ed., São Paulo: Atlas S.A, 2014. 3.v. p. 54.

FILHO, Manuel Justino Bezerra. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência, lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 154.).

CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. **Introdução: Direito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. Publicações da Escola da AGU – A nova Lei no CADE**. Ano IV nº19, 9-34, 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>. Acesso em: dez. 2016.

MORAES, Roberto Inácio de. **Do processo administrativo no controle de atos de concentração econômica**. Publicações da Escola da AGU – A nova Lei no CADE. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>. Acesso em: dez.2016. Ano IV nº19, 234-253, 2012.

ROQUE, Daniel Gustavo Santos. **A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011**. Publicações da escola da AGU, pós-graduação em Direito Público – UnB 2014 – eixos processual Civil e Tributário, nº 04, 34 v. 2014.

CAMPINHO, Sergio. **Atos de concentração no plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Empresarial e Recuperacional, Santa Catarina: Conceito Editorial, 103-124, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência**. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>. Acesso em: set. 2016, p. 410.

CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da Teoria da Failing Company Defense nos Atos de Concentração Decorrentes da Recuperação Judicial: Atribuição do Cade ou Competência Exclusiva do Juízo Falimentar?** Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23129121_APLICACAO_DA_TEORIA_DA_FA

ILING COMPANY DEFENSE NOS ATOS DE CONCENTRACAO DECORRENTES DA RECUPERACAO JUDICIAL ATRIBUICAO DO CADE OU COMPETENCIA EXCLUSIVA DO JUIZO FALIMENTAR.aspx>, Acesso em: set. 2016.

CRAVO, Daniela Copetti. **Defesa da Concorrência**. 571-618, 2010. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes_MH_Daniela_Diagramado.pdf>. Acesso em dez. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Amicus curiae: afinal, quem é ele?**. 76-80, 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/>. Acesso em: dez. 2016.

FERNANDES, Roberta Ribeiro. **Failing Firm Defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?** 1-53, 2013. Disponível em: ≤ <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013/Tema%201%20-%203o%20Lug%20-%20Roberta%20R.%20Fernandes%20-%2020033.pdf>>. Acesso em: janeiro de 2017.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em: dez. 2016.

SERASA EXPERIAN. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em: dez. 2016.

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – UMA ANÁLISE DOS SISTEMAS GLOBAL, INTERAMERICANO E EUROPEU.

Rebeca de Holanda Braga Rocha Freire⁵⁴⁹

Resumo: Há cerca de um ano, o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência para, em retorno à tese que vigorava na Corte até 2009, passar a admitir que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. Essa decisão, proferida no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, reavivou as discussões sobre o alcance e os limites da situação jurídica de inocência, e se esta seria ou não violada pela execução provisória da pena. Considerando que o direito de ser considerado inocente até que se tenha sua culpabilidade provada de acordo com a lei está previsto não apenas na Constituição brasileira, mas, ainda, em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, buscou-se analisar de que forma os tribunais internacionais têm enfrentado o tema. A pesquisa foi delimitada aos sistemas global, americano e europeu de direitos humanos, confrontando a nova posição do Supremo Tribunal Federal com a orientação adotada pelas respectivas Cortes internacionais.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Duplo grau de jurisdição. Execução provisória da pena. Supremo Tribunal Federal. Sistemas internacionais de direitos humanos.

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência é um dos principais pilares do direito processual penal. O seu significado tem levantado debates ao longo da história, mas, em regra, parte da ideia geral de que toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Em seu arcabouço principiológico, a Constituição brasileira de 1988 considerou que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII, CF). A interpretação dada a esse dispositivo, contudo, também não tem sido pacífica ao longo da história judicante da Suprema Corte.

Até 5 de fevereiro de 2009, prevalecia no Supremo Tribunal Federal a orientação de que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não impedia a execução provisória da pena, ou seja, a privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinários.

⁵⁴⁹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogada.

O *leading case* foi o *Habeas Corpus* nº 68.726, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, julgado em 28 de junho de 1991. Nesta ocasião, a Corte firmou o entendimento de que a presunção de inocência não impediria a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmara a sentença penal condenatória recorrível, em razão de serem os recursos especial e extraordinário desprovidos de efeito suspensivo, e, portanto, incapazes de impedir o a execução da decisão, ou, em outras palavras, o cumprimento do mandado de prisão.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, por sua vez, ocorreu uma virada paradigmática desse entendimento, passando o Tribunal, por maioria, a considerar que a prisão decorrente de condenação – ou seja, a não cautelar – pressupõe o trânsito em julgado da sentença, conforme se depreende da literalidade do texto constitucional. De acordo com o relator do caso, Ministro Eros Grau, a ampla defesa não poderia ser visualizada de modo restrito, mas, sim, englobando todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.

E assim, por quase sete anos passou-se a compreender a prisão temporária e a prisão preventiva devidamente fundamentadas como as únicas possibilidades de uma pessoa investigada ou ré em ação penal permanecer privada de sua liberdade. Isso foi corroborado pelas alterações engendradas pela Lei nº 12.403/2011 no Código de Processo Penal.

Recentemente, porém, o tema sofreu um novo giro jurisprudencial, um retorno à tese que vigorou até 2009. Na apreciação do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. A decisão fundamentou-se na ideia de que o referido princípio não impede que uma condenação seja executada após sua confirmação em segunda instância, visto que os recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo e não discutem os fatos, apenas matéria de direito.

No exame do *Habeas Corpus* nº 126.292 foi constantemente invocada, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, a maneira como os demais países do mundo compreendem a presunção de inocência. O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, além do direito estrangeiro, citou também a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Esse cenário desperta o interesse pelo fato de que apenas o Brasil praticava o princípio da presunção de inocência considerando-o um óbice à execução da sentença condenatória antes do julgamento definitivo por todos os tribunais do país, incluindo os tribunais superiores.

Avaliando que o direito de ser considerado inocente até que se tenha sua culpabilidade provada de acordo com a lei está previsto não apenas na Constituição brasileira, mas, ainda, em tratados

internacionais dos quais o Brasil é signatário, torna-se relevante analisar de que forma os tribunais internacionais têm enfrentado o tema.

A pesquisa será delimitada aos sistemas global, interamericano e europeu, tratando, respectivamente, do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU), da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte de Estrasburgo. O Brasil se submete aos dois primeiros sistemas por força do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

Cumprir esclarecer que o posicionamento do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre os temas aqui abordados será objeto de estudo em razão do mecanismo de petição individual por violação a direitos civis e políticos previstos no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (como o direito à presunção de inocência e ao duplo grau de jurisdição), adotado por meio de resolução que aprovou o Protocolo Facultativo nº1, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2009.

Ademais, será acrescida a análise do entendimento do Tribunal Penal Internacional em função de sua competência para julgar pessoas físicas – e, eventualmente, condená-las criminalmente, a despeito de ser um tribunal independente da ONU. Assim, será possível observar de que maneira um tribunal internacional cujo papel é proteger os direitos humanos aplica o princípio da presunção de inocência em sua própria jurisdição.

O sistema europeu, por outro lado, também será objeto da análise em razão da considerável jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que já teve a oportunidade de decidir casos envolvendo grande parte dos direitos consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, contribuindo de maneira relevante com a afirmação dos direitos humanos, o que será útil para fins comparativos.

1. Disposições acerca da presunção de inocência, sua relação com o princípio do duplo grau de jurisdição e suas exceções nos tratados internacionais de direitos humanos

Há grande controvérsia entre os doutrinadores brasileiros acerca do significado e dos limites da presunção de inocência, o que foi reavivado com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ O *Habeas Corpus* nº 126.292 foi impetrado em favor de um indivíduo condenado pela prática do crime de roubo a uma pena de reclusão, por 5 anos e 4 meses, em regime inicial fechado, com direito de recorrer em liberdade. Interposta apelação, pela defesa, perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, foi mantida a sentença de primeiro grau e determinada a imediata expedição do mandado de prisão. Contra essa ordem foi impetrado *Habeas Corpus* junto ao STJ, indeferido pelo então presidente da Corte Cidadã, o Ministro Francisco Falcão. Posteriormente, impetrou-se novo *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de

Eugênio Pacelli afirma que a situação jurídica de inocência impõe ao Poder Público a observância de duas regras em relação ao acusado: uma de *tratamento*, pela qual o réu, em nenhum momento da persecução penal, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de caráter *probatório*, que atribui à acusação todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria⁵⁵¹.

É nesse aspecto de regra de tratamento que se baseia o entendimento de que a privação de liberdade antes do trânsito em julgado deverá ostentar natureza unicamente cautelar, sendo imposta por ordem judicial fundada em razões de extrema necessidade e clara adequação da medida. Nesse sentido é a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional ajuizaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC 43 e 44) perante o Supremo Tribunal Federal ao STF com o fim de ver declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, e obter cautelarmente a suspensão das execuções provisórias já determinadas.

Em outubro de 2016, a maioria da Suprema Corte decidiu pelo indeferimento da medida cautelar, com o fundamento de que a referida norma processual não veda o início da prisão depois de confirmada por tribunal, ratificando o entendimento firmado no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

O cerne da questão está em definir até que momento se faz presente a situação jurídica de inocência, que se baseia na ideia geral de que toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência *enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*. Quando pode ser considerada provada a culpa? Para alguns, quando esgotada a análise da matéria fático-probatória, tendo sido oportunizado ao réu o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, mediante a interposição de recurso ordinário a um tribunal de segunda instância.

Para outros, a literalidade do texto constitucional não permite interpretação que não aquela que assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação, ou seja, até que sejam

violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, de outros dispositivos constitucionais e da própria jurisprudência consolidada da Corte acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

⁵⁵¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 48.

esgotados todos os recursos cabíveis. Essa é a posição, por exemplo, do Ministro Marco Aurélio, manifestada nos seguintes termos, em seu voto no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP:

Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Dando sequência às divergências doutrinárias, embora o texto constitucional vincule a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação, ou seja, até a irrecorribilidade da decisão judicial, alguns autores ponderam que, na maioria dos países do mundo, esse limite é o duplo grau de jurisdição. E propõem a leitura do artigo 283 da lei processual penal de forma conjugada com o artigo 637 do mesmo diploma, que diz que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

Nesse sentido, Vladimir Aras:

Evidentemente, após duas decisões condenatórias, em primeira e em segunda instância, presunção de inocência já não há. Pelo menos, não a mesma que havia antes do primeiro pronunciamento judicial. Não se pode equiparar a situação de um simples acusado com a daquele que já foi julgado por dois órgãos judiciários que o consideraram culpado. É assim em várias democracias. O devido processo legal terá sido observado sempre que se permitir ao réu o acesso ao duplo grau, mediante a interposição de recurso ordinário (no nosso caso, a apelação criminal ou recurso equivalente) a um tribunal de segunda instância, ou nos demais casos a um órgão revisional previsto na CF, nas leis processuais ou nos regimentos internos. Os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp) são, isto mesmo, recursos **excepcionais**, uma franquia do sistema, **um plus**, e não garantias fundamentais no sentido previsto nas Cartas internacionais de direitos humanos. **Nestas, só se assegura o duplo grau.** Não tendo, em regra, efeito suspensivo, tais recursos anômalos

não podem impedir a execução da pena, porque neles é **inviável o reexame da prova**⁵⁵².

O Ministro Gilmar Mendes, antes mesmo do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, posicionou-se sobre o tema, indicando alteração do entendimento por ele firmado no *Habeas Corpus* nº 84.078/MG:

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 673 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. (...) Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos⁵⁵³.

Nesse mesmo sentido argumentou o Ministro Edson Fachin em seu voto no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, inclusive suscitando um conflito aparente de normas entre o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo, e a regra contida nos artigos 147 e 164 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que exige o trânsito em julgado da condenação para que se possa dar início à execução da pena. De acordo com o Ministro Edson Fachin:

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, não basta ao recorrente demonstrar que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais. Se a própria Constituição

⁵⁵² ARAS, Vladimir. **Ainda sobre a execução penal provisória**. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/07/01/ainda-sobre-a-execucao-penal-provisoria/>>. Acesso em 16 jul. 2016.

⁵⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. A presunção de não culpabilidade. In Marco Aurélio Mello. **Ciência e consciência**. Rio de Janeiro: Migalhas, 2015, p. 39-40.

repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.

No plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia*, os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90. A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

Como visto a título de introdução, o próprio Supremo Tribunal Federal oscila na interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ora admitindo a execução provisória da pena, ora não.

É possível que a dificuldade em se chegar a um entendimento comum, ou a uma mesma interpretação constitucional, decorra da própria redação do texto magno, como pontua Gisela Gondin Ramos:

Diferentemente do que vem expresso nos textos internacionais, que deram preferência a locuções afirmativas, tais como “tem o direito de ser presumida inocente”, ou “todo o acusado se presume inocente”, o Brasil optou pela utilização de um enunciado negativo: ninguém será considerado culpado. Esta circunstância deu ensejo a várias interpretações sinalizando para a possibilidade de restringir o alcance e a aplicação do princípio, sob o argumento de que a Constituição não teria aclamado exatamente a presunção de inocência, mas sim a desconsideração prévia da culpabilidade⁵⁵⁴.

Segundo a autora, diferentemente do que ocorre no direito brasileiro, na ordem jurídica internacional há menos dificuldade para se trabalhar com os limites da presunção de inocência, em razão da preferência que foi dada a locuções afirmativas e objetivas. É o que se analisará adiante.

1.1 Sistema global

No âmbito do sistema universal (ONU), o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido

⁵⁵⁴ RAMOS, Gisela Gondin. **O princípio da presunção de inocência**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵⁵⁵, de 1966, por sua vez, prevê em seu art. 14, item 2, que "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa". Adiante, o item 5 do mesmo artigo dispõe que "toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei".

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, órgão não judicante constituído pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos para, dentre outras funções, receber e examinar comunicações de indivíduos que aleguem ter sofrido, pelo Estado parte, violação de qualquer dos direitos previstos no Pacto, já se posicionou sobre o direito a uma ampla revisão das matérias de direito e de fato de um processo judicial⁵⁵⁶.

O Comitê também sustentou que esse direito à dupla conformidade, ao duplo grau de jurisdição é devido inclusive aos indivíduos processados e julgados em instância superior e única do país, pois esse direito deve ser respeitado independentemente da categoria e posição da pessoa julgada pelo tribunal⁵⁵⁷.

É possível notar que, entre os direitos declarados no âmbito da Carta Internacional dos Direitos Humanos⁵⁵⁸ estão a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição, intrinsecamente relacionados entre si. Ou seja, a inocência se presume até que seja dada a oportunidade de se recorrer da sentença condenatória e da pena *a uma instância superior*.

Nessa esteira, é também interessante conferir o que está previsto na esfera do Estatuto de Roma, uma vez que o Tribunal Penal Internacional atua exatamente na esfera criminal, com o propósito de "proteção dos direitos humanos" por meio do "combate à impunidade", conforme salienta o preâmbulo do Estatuto.

⁵⁵⁵ Ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992.

⁵⁵⁶ Ver, por exemplo, os casos "Domukovsky et al. vs Georgia" e "Gómez vs Spain". Para mais detalhes, conferir: MAZZINGUHY, Aquila. **Uma conversa sobre justiça, Direitos Humanos e mensalão**. Disponível em: <<http://aquilamazzinghy.jusbrasil.com.br/artigos/121944059/uma-conversa-sobre-justica-direitos-humanos-e-mensalao>>. Acesso em 17/12/2016

⁵⁵⁷ Ver, por exemplo, os casos "Rogerson vs Australia", "Lumley vs. Jamaica", "Bandajevsky vs Belarus", "Saidova vs Tayikistan". Conferir: MAZZINGUHY, Aquila. **Uma conversa sobre justiça, Direitos Humanos e mensalão**. Disponível em: <<http://aquilamazzinghy.jusbrasil.com.br/artigos/121944059/uma-conversa-sobre-justica-direitos-humanos-e-mensalao>>. Acesso em 17/12/2016

⁵⁵⁸ O termo "Carta Internacional de Direitos Humanos" compreende o seguinte conjunto de diplomas internacionais: a) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; b) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; c) e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966. Conferir, nesse sentido: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 147.

Mesmo sendo um tribunal independente, com personalidade jurídica própria, ou seja, não ser um órgão das Nações Unidas, há entre eles uma forte relação de cooperação. Assim, o Tribunal Penal Internacional envia relatos anuais à Assembleia Geral da ONU e também cumpre determinadas ordens do Conselho de Segurança quanto ao início de um caso ou sua suspensão⁵⁵⁹.

O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, prevê, em seu artigo 66, que “toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável”, atribuindo também à parte acusadora o ônus da prova da culpa do acusado.

O regulamento processual do Tribunal Penal Internacional prevê duas formas⁵⁶⁰ de impugnação de eventual sentença condenatória: a) o *recurso* fundamentado em erro de fato, erro de direito ou qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença; b) a *revisão* justificada pela descoberta de novos elementos de prova, ou pela descoberta da falsidade de elementos de prova decisivos para a determinação da culpa, ou ainda pela participação de juiz que tenha praticado atos de conduta reprovável ou de incumprimento dos respectivos deveres de tal forma graves que justifiquem a sua cessação de funções.

Por fim, o Estatuto acrescenta que a execução da sentença condenatória ou da pena ficará suspensa pelo período fixado para a interposição do recurso, bem como durante a fase de tramitação do recurso – embora nesse período o condenado permaneça sob prisão preventiva⁵⁶¹.

Percebe-se, assim, que a presunção de inocência está expressamente prevista como um direito daqueles que serão processados e julgados⁵⁶² pelo Tribunal Penal Internacional, não sendo permitida a execução provisória da pena, porém respeitado o limite da efetivação do duplo grau de jurisdição, ou seja, de *um* único recurso.

1.2. Sistema regional americano

No sistema regional interamericano, o tema está previsto no art. 8º, item 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), segundo o qual "toda pessoa

⁵⁵⁹ O Conselho de Segurança da ONU pode, por meio de resolução, adjudicar um caso ao TPI. Isso aconteceu, por exemplo, no caso de Dafur (Sudão), quando o Conselho de Segurança determinou o início das investigações, mesmo sem a ratificação do Estatuto de Roma pelo Sudão. Isso novamente ocorreu em relação aos crimes contra a humanidade cometidos pelo ditador Kadafi, em 2011. Conferir: RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 350.

⁵⁶⁰ Artigos 81 a 84 do Estatuto de Roma.

⁵⁶¹ Artigo 81, item 3, do Estatuto de Roma.

⁵⁶² O TPI julga nacionais dos Estados Partes, por crimes cometidos em seus respectivos territórios, quando nestes não houver capacidade ou vontade de fazer justiça. Os crimes que compete ao TPI julgar são: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão (artigos 1º e 5º do Estatuto de Roma).

acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Por sua vez, note-se que a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos é definitiva e inapelável, cabendo contra ela tão somente o recurso de interpretação, para sanar dúvida quanto ao seu sentido ou alcance. Explica André de Carvalho Ramos:

Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, cabe à parte (vítima ou Estado) ou ainda à Comissão interpor recurso ou pedido de interpretação, semelhante aos nossos embargos de declaração, cujo prazo para apresentação é de noventa dias a partir da data da notificação da sentença. Além disso, a Corte poderá, por iniciativa própria ou a pedido de uma das partes, apresentado no mês seguinte à notificação, retificar erros notórios, de edição ou de cálculo. Se for efetuada alguma retificação, a Corte notificará a Comissão, as vítimas ou seus representantes e o Estado⁵⁶³.

É verdade que a natureza de uma condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julga países, não é penal. Ao julgar pela procedência, parcial ou total, de uma ação de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos, a Corte visará à reparação ou à garantia do direito violado por meio da imposição de obrigações de dar, fazer ou não fazer. Aqui não entraria em questão a execução provisória da pena tal qual se discute neste trabalho, compreendendo a prisão do condenado enquanto analisados seus recursos de caráter extraordinário. Contudo, o que se pretende pontuar é como a Corte Interamericana interpreta o conceito de duplo grau de jurisdição para os seus próprios julgados.

Assim, percebe-se que, no âmbito regional americano, garante-se a “presunção de não responsabilidade” do Estado requerido até o limite da conclusão do processo, com sentença proferida pela Corte, sanadas as dúvidas sobre seu sentido ou alcance por meio do recurso de interpretação.

E qual o tratamento que a Corte exige dos seus Estados signatários apliquem, no âmbito interno, em relação aos direitos à presunção de inocência e ao duplo grau de jurisdição em matéria penal?

O Pacto San Jose da Costa Rica dispõe que, durante o processo, toda pessoa terá o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. E assegura que toda pessoa acusada de delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (artigo 8º, item 2, alínea “h”).

⁵⁶³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 329.

No caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”⁵⁶⁴, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou haver violação da garantia da presunção de inocência em razão de uma prisão cautelar, decretada em desfavor do Sr. Rafael Iván Suárez Rosero, ter durado cerca de quatro anos, embora a pena máxima cominada ao delito fosse de apenas dois anos, caracterizando, assim, “verdadeira antecipação de cumprimento de pena”⁵⁶⁵. Aqui, destaca-se o caráter de regra de tratamento conferido à garantia da presunção de inocência.

Mais recentemente, no caso “Tibi vs. Ecuador”⁵⁶⁶, a Corte mais uma vez ratificou que a prisão preventiva é uma medida cautelar, e não punitiva. Nesse sentido, ressaltou:

(...) a prisão preventiva é a medida mais severa que se pode aplicar ao imputado de um delito, motivo pelo qual sua aplicação deve ter um caráter excepcional, em virtude de que se encontra limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis numa sociedade democrática”⁵⁶⁷.

Nesse julgamento, a Corte enfatizou que o princípio da presunção de inocência é fundamento das demais garantias judiciais e que o Estado deve buscar o real equilíbrio entre garantismo e eficiência ao longo da persecução penal, sob pena de ensejar uma ilegal antecipação do cumprimento de pena.

Vale mencionar, ainda, o caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”⁵⁶⁸, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou da presunção de inocência a partir de do aspecto de regra de julgamento (caráter probatório). Na ocasião, enfatizou-se que o ônus da prova recai sobre a acusação, uma vez que o acusado é presumidamente inocente. Como consequência, diante de prova insuficiente, impõe-se a absolvição – *in dubio pro reo*.

Assim, primeiramente, no âmbito regional americano prevalece que, em decorrência do princípio da presunção de inocência: a) uma prisão cautelar não pode se estender por prazo ilegal ou irrazoável; b) o ônus da prova compete à acusação; c) não se deve admitir que a mera investigação ou

⁵⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Suárez Rosero vs. Ecuador**. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, n. 35, disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>. Acesso em: 12/12/2016.

⁵⁶⁵ Conferir: ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. **Revista Liberdades**, n. 4, maio-ago 2010.

⁵⁶⁶ Conferir: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n. 114. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 12/12/2016.

⁵⁶⁷ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Manaus: Dizer o Direito Editora, 2015, pág. 67.

⁵⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, n. 111. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf>. Acesso em: 12/12/2016.

acusação acarrete efeitos prejudiciais ao investigado ou ao imputado. No entanto, uma vez proferida sentença condenatória, e oferecida a oportunidade de recorrer ao tribunal competente, a presunção de inocência será substituída pelo juízo de culpa.

Um segundo aspecto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema está relacionado ao duplo grau de jurisdição que, uma vez exercido, substitui o estado de inocência pelo juízo de culpa.

No caso “Mohamed vs Argentina”⁵⁶⁹, o Estado argentino foi responsabilizado pela violação do direito ao duplo grau de jurisdição do Sr. Mohamed. Isto porque, absolvido em primeiro grau e condenado pelo órgão de segunda instância, o sistema processual argentino não lhe viabilizou, normativamente, um recurso ordinário, acessível e eficaz que permitisse a revisão dos fundamentos decisórios da condenação proferida pela primeira vez no segundo grau de jurisdição⁵⁷⁰.

Este caso é emblemático uma vez que, por meio dele, a Corte Interamericana fixou as balizas do direito ao duplo grau de jurisdição. Segundo a Corte, para a perfectibilização desse direito, é necessária a observância de quatro elementos: a) o recurso deve ser eficiente; b) o recurso deve ser amplo, permitindo a reanálise de fatos e provas; c) o recurso deve ser ordinário; d) o recurso deve ser simples.⁵⁷¹

Dessa forma, percebe-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vincula a presunção de inocência ao exercício do duplo grau de jurisdição, ao passo que este direito é considerado exercido apenas quando oportunizado, pelo sistema processual, um recurso ordinário contra decisão condenatória proferida pela primeira vez.

1.3 Sistema regional europeu

No sistema regional europeu é estabelecido pelo art. 6º, item 2, da Convenção Europeia para Proteção de Direitos Humanos e Fundamentais que "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

Nessa esteira, no caso “Allenet de Ribemont vs. France” a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou o Estado francês por violação à garantia da presunção de inocência, uma vez que, das declarações de um Ministro de Estado prestadas em entrevista, foi possível extrair atribuição de

⁵⁶⁹ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Manaus: Dizer o Direito Editora, 2015, págs. 162 a 166.

⁵⁷⁰ Conferir: GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San Jose da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁷¹ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Manaus: Dizer o Direito Editora, 2015, págs. 164.

responsabilidade penal a uma pessoa que ainda estava sendo investigada⁵⁷². Pode-se questionar, por sua vez, sobre qual o momento processual em que cessará a aplicação dessa regra de tratamento.

Na estrutura do Tribunal Europeu existe a possibilidade de recurso contra uma sentença proferida por uma seção, a fim de devolver a matéria ao tribunal pleno, “se o assunto levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se levantar uma questão grave de carácter geral” (artigo 43, item 2). Se as partes declararem expressamente que não têm a pretensão de recorrer, ou se não recorrerem em três meses, ou ainda se o recurso não for admitido, a sentença da seção será considerada definitiva. E a decisão do tribunal pleno, por fim, será sempre definitiva.

Assim como no sistema interamericano, a observação acima sobre o regulamento recursal no âmbito do sistema europeu de proteção aos direitos humanos tem o único objetivo de observar como o tribunal aplica, em seus julgamentos, a presunção de inocência, ou melhor, de não responsabilidade de um Estado requerido e até que momento dura essa presunção.

Já sobre a presunção de inocência a ser garantida às pessoas no âmbito interno dos Estados signatários da Convenção Europeia, a Corte possui clara demarcação do tema.

Ao prever que a pessoa acusada de uma infração se presume inocente *enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*, a Convenção deixa pendente a definição sobre o momento em que essa culpabilidade pode ser considerada provada. Isto, porém, foi resolvido por meio do seu Protocolo nº 7, que assim dispõe:

ARTIGO 2º Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal

1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei.
2. Este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.⁵⁷³

⁵⁷² Conferir: CHIAVARIO, Mario. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo. In: **Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia**. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2. p. 102.

⁵⁷³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 12 jan 2017.

O Protocolo nº 7 à Convenção Europeia para Proteção de Direitos Humanos e Fundamentais assegura o direito ao duplo grau de jurisdição, que seria, então, o limite para a aplicação do princípio da presunção de inocência.

Contudo, diferentemente dos outros diplomas internacionais aqui analisados, essa Convenção estabelece exceções ao duplo grau, consequentemente afetando também o momento até o qual prevalecerá a presunção de inocência.

De acordo com o texto, o direito de recorrer a uma jurisdição superior, nos casos de condenação criminal, poderá ser excepcionado: a) quando se tratar de infrações menores; b) quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição do país; c) ou quando for condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.

Aparentemente, ao se admitir que sejam vedados recursos no caso de infrações de menor potencial ofensivo, o que se pretende é minimizar a movimentação – e, com isso, os custos humanos e econômicos – da máquina estatal nos casos de menor impacto social.

A segunda exceção refere-se às ações penais originárias da mais alta Corte do país, quando o acusado possuir o que no Brasil é chamado de foro por prerrogativa de função. Assim, como não há *jurisdição superior*, admite-se a supressão do direito ao duplo grau de jurisdição.

A terceira e última exceção diz respeito à situação em que, absolvido o acusado em primeiro grau de jurisdição, a parte contrária recorreu e obteve provimento desse recurso. Nesse caso, já houve movimentação da jurisdição superior e, por isso, não haverá mais essa oportunidade para o réu.

Após esse breve exame acerca do tratamento conferido nos sistemas global, americano e europeu aos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição, passaremos à análise do tema no direito brasileiro, tendo como parâmetro o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

2. Análise comparativa: o novo paradigma do Supremo Tribunal Federal diante dos diplomas internacionais

Conforme relatado na introdução deste trabalho, no recente julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Segue ementa do acórdão:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Dessa orientação se depreende que o limite da presunção de inocência seria o duplo grau de jurisdição, este considerado como o acesso a um tribunal de segundo grau para reexame de decisão judicial proferida por órgão jurisdicional hierarquicamente inferior, com ampla devolutividade.

Isso porque, acima dos tribunais de segunda instância (Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais), estarão apenas os tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), cujo acesso se dá por meio de recursos extraordinários, que não possuem efeito suspensivo, como regra, e não examinam matéria de fato, uma vez que se destinam, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo (e não ao exame da justiça ou injustiça da sentença).

Em seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki assim fundamentou sua posição:

É no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória.

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual⁵⁷⁴.

⁵⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**, Tribunal Pleno, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em 10 jul 2016.

Da leitura da ementa, bem como do voto do Ministro Relator, compreende-se que a determinação se dirige para os casos em que a condenação é confirmada no tribunal, e não para os casos em que há absolvição e, posteriormente, reforma dessa decisão com consequente condenação. Nesta última hipótese, caberiam embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único do Código de Processo Penal) que, apesar de possuírem efeito suspensivo, dependeriam de ter sido não unânime o julgamento na segunda instância.

Então, em uma primeira análise, sem a pretensão de invocar o acerto ou o desacerto da decisão, é possível vislumbrar os seguintes problemas:

- 1) Quando o réu for absolvido pelo juízo de primeiro grau, mas, a partir de recurso da acusação, for condenado na instância superior;
- 2) Quando o réu com prerrogativa de foro em Tribunal for condenando em ação penal originária.

No caso de absolvição no primeiro grau e condenação na instância superior, compete analisar se há algum recurso ordinário a ser interposto pelo condenado a fim de assegurar a ele o duplo grau de jurisdição.

Os recursos cabíveis contra decisão proferida por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal são os embargos infringentes e de nulidade e os embargos de declaração. Da mesma maneira, no âmbito criminal do Tribunal Regional Eleitoral o recurso cabível são os embargos de declaração.

Nesse contexto, não se poderia falar em duplo grau de jurisdição, uma vez que o reexame do julgado ocorrerá pelo mesmo órgão julgador. É o que explica Eugênio Pacelli:

Para que se possa falar rigorosamente em duplo grau, porém, é preciso que a revisão seja feita por outro órgão da jurisdição, hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional. Não é o caso, por exemplo, do juízo de retratação que poderá ocorrer no recurso em sentido estrito e no agravo de execução, ou ainda a revisão decorrente dos embargos declaratórios. Nesses casos, a substituição da decisão será feita pelo mesmo órgão responsável pela prolação da decisão então impugnada⁵⁷⁵.

No âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos a solução para este problema seria clara: conforme visto no capítulo anterior, o Protocolo nº 7 admite que a garantia do duplo grau de jurisdição - e, consequentemente, o limite da presunção de inocência - seja excepcionada no caso de absolvição em primeiro grau seguida de condenação em segunda instância. O problema estaria resolvido.

⁵⁷⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 940.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos haveria outra resposta: não seria possível a execução da pena por não ter se exaurido o direito ao duplo grau de jurisdição do acusado. Semelhante resposta seria dada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Já no âmbito interno, em um primeiro momento, este problema restou sem solução. Isso porque, não havendo oportunidade de duplo grau de jurisdição, de acordo com a fundamentação dos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, não seria possível a execução provisória da pena. Por outro lado, sendo os recursos extraordinários os únicos cabíveis a uma instância superior, sem efeito suspensivo e sem análise de fatos, seria exatamente o caso de se executar provisoriamente a pena, de acordo com a mesma decisão da Suprema Corte.

A prudência indica que, no caso de acórdão apenas condenatório, porém não confirmatório, não deve ser admitida a execução provisória da pena, sob pena de se violar a garantia do duplo grau de jurisdição. Deve-se mencionar que este também era o entendimento do Supremo Tribunal Federal no período anterior ao Habeas Corpus 84.078/MG, ou seja, admitia-se a execução provisória da pena tão somente quando havia confirmação, pelo Tribunal, de uma condenação proferida em instância inferior.

Contudo, uma recente decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal permite entender que este não será, doravante, o posicionamento a ser seguido pela Corte. No *Habeas Corpus* nº 118.770, a partir de divergência aberta pelo voto do ministro Roberto Barroso, o órgão decidiu que “a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”, uma vez que, “na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar”⁵⁷⁶.

Assim, a Primeira Turma da Suprema Corte dispensou o exercício do duplo grau de jurisdição como requisito para a execução provisória da pena, no caso de condenação proferida pelo Tribunal do Júri. De acordo com o Ministro Roberto Barroso, na ponderação entre o princípio da soberania dos veredictos e o princípio do duplo grau, àquele deve ser concedido mais peso, tendo em vista que ao Tribunal de apelação não é permitido alterar o veredicto dos jurados⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 118.770, 1ª Turma, rel. min. Marco Aurélio, redator do acórdão min. Luís Roberto Barroso, 7 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4439699>>. Acesso em 14 março 2017.

⁵⁷⁷ Conferir: ARAS, Vladimir. A soberania do júri e a execução penal imediata. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2017/03/12/a-soberania-do-juri-e-a-execucao-penal-imediata/>> Acesso em: 14 março 2017.

Caio Paiva critica essa decisão, apresentando, dentre outros argumentos, o fato de que o Tribunal de Justiça, embora não esteja legitimado a efetuar o *juízo rescisório* no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, possui indiscutivelmente competência para efetuar *juízo rescindente* e determinar um novo julgamento. Assim, a premissa de que o Tribunal não pode substituir o convencimento dos jurados na apreciação dos fatos e das provas, embora verdadeira, apenas delimita — e não elimina — a competência recursal da segunda instância, de modo que o exercício do duplo grau pode invalidar o julgamento e implicar que outro seja realizado⁵⁷⁸.

O autor acrescenta também que, em todas as vezes em que o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre o tema, afirmou que a soberania dos veredictos ostenta valor meramente relativo, não possuindo as decisões dos jurados intangibilidade jurídico-processual. Cita como exemplo o *Habeas Corpus* nº 68.658, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que ficou assentado:

A soberania dos veredictos do Júri — não obstante a sua extração constitucional — ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular⁵⁷⁹.

Dessa forma, embora no julgamento paradigma deste trabalho, a saber, o *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, tenha se decidido a favor da execução provisória da pena após a confirmação da condenação pelo Tribunal de segunda instância, o desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte tem admitido execução da pena antes mesmo da análise do recurso pelo órgão de segundo grau de jurisdição, independentemente do exercício do duplo grau, no caso dos crimes dolosos contra a vida julgados pelo Tribunal do Júri.

Para o segundo problema, qual seja, quando houver condenação em ação penal de competência originária de Tribunal, tem prevalecido que será possível a execução provisória da pena firmada no acórdão, independentemente do exercício do duplo grau de jurisdição.

Embora essa hipótese específica tenha restado em aberto no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, o Superior Tribunal de Justiça, com base nesse precedente, tem entendido que a execução

⁵⁷⁸ PAIVA, Caio. **Soberania dos veredictos não autoriza execução imediata da condenação**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/tribuna-defensoria-soberania-veredictos-nao-autoriza-execucao-imediata-condenacao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 29 mar 2017.

⁵⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 68.658**. 1ª Turma, 6 ago 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4439699>>. Acesso em 30 março 2017.

provisória será possível sim⁵⁸⁰. A título de exemplo, no dia 6 de abril de 2016 foi determinado pela Corte Especial, em cumprimento ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o início imediato da execução provisória da pena do desembargador Evandro Stábile, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT), condenado pelo *Tribunal da Cidadania*, em ação originária, a seis anos de prisão em regime fechado pelo crime de corrupção passiva.

E o Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, também optou pela tese de que, diante condenação em ação penal de competência originária de Tribunal, será possível a execução provisória da pena, sem exercício do duplo grau de jurisdição. No *Habeas Corpus* nº 140.213/SP, após manifestação do Ministério Público, o Ministro relator Luiz Fux revogou liminar anteriormente concedida e determinou a execução provisória da pena imposta a Gersino do Prado, juiz titular da 7ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo pelo crime de exigir vantagem indevida em razão da função (artigo 316 do Código Penal)⁵⁸¹.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux avançou bastante no tema, balizando seu raciocínio nas seguintes premissas: a) sempre que o texto constitucional estabelece hipóteses de competência originária, também prevê o recurso ordinário cabível contra essas decisões ou, a *contrario sensu*, não o tendo estabelecido, é porque o proibiu, à luz do princípio da taxatividade recursal; b) a garantia do foro por prerrogativa de função não pode se converter em uma dupla garantia, consubstanciada no julgamento perante Tribunal e, concomitantemente, na inviabilidade de execução provisória da pena imposta ao paciente detentor do foro; c) o que legitima a execução provisória da pena é a decisão colegiada do Tribunal local que examina, em toda a sua amplitude, a pretensão do órgão acusador, e não a necessidade de confirmação da sentença condenatória por mais de um órgão jurisdicional⁵⁸².

Sobre a última premissa, há a lição de Eugênio Pacelli:

É importante salientar, porém, que a exigência do duplo grau não alcança a instância extraordinária, isto é, aquela cuja provocação ocorre por meio de recurso extraordinário e/ou recurso especial. A justificação de tais recursos é

⁵⁸⁰ Trata-se da Questão de Ordem na Ação Penal 675. Conferir, ainda, os Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1.484.415 (relatoria do Min. Schietti Cruz).

⁵⁸¹ Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE CONCUSSÃO. ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925. - Seguimento negado, com esteio no artigo 21, § 1º do RISTF. Prejudicado o exame do pedido de liminar. - Ciência ao Ministério Público Federal.

⁵⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 140.213/SP**. 15 mar 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=52&dataPublicacaoDj=17/03/2017&incidente=5124428&codCapitulo=6&numMateria=31&codMateria=2> >. Acesso em 21 mar 2017.

distinta daquela do duplo grau. A jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumprem outra missão, qual seja, a da tutela, pela via difusa, da unidade da Constituição e da legislação infraconstitucional, respectivamente.

Assim, em uma ação penal da competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso ordinário cabível. O referido órgão colegiado, nessas situações, estará atuando diretamente sobre as questões de fato e de direito, realizando, então, a instrução probatória e o julgamento. Estará garantido, portanto, o reexame da matéria por mais de um único juiz (a pluralidade da decisão, pois), sobretudo quando a competência para o julgamento for atribuída, no respectivo Regimento Interno, ao Plenário do Tribunal. De todo modo, o afastamento da exigência do duplo grau em tais casos decorreria da própria Constituição⁵⁸³.

Como abordado no capítulo anterior, esse posicionamento também é o adotado no sistema regional europeu de direitos humanos, por força das exceções ao duplo grau estabelecidas pelo Protocolo nº 7 à Convenção Europeia. Há vários precedentes que confirmam esse entendimento, como, por exemplo, “Cordoba vs. Itália” e “McElhinney vs. Reino Unido”. Segundo Aquila Mazzinghy⁵⁸⁴, a Corte de Estrasburgo aplica a proporcionalidade dentre o objeto da prerrogativa de função, qual seja, a proteção do parlamentar em razão do exercício de suas funções, e a necessidade de proteção do interesse público. Explica o autor:

A jurisprudência dessa Corte tem evoluído para entender que, se determinado acusado goza de um privilégio processual de ser julgado originariamente pela mais alta corte de um país em razão do cargo por ele ocupado, a não existência (ou possibilidade) de recurso a uma instância superior – uma vez que essa é a única e última – não viola o princípio do devido processo legal. A ponderação que Estrasburgo tem feito opera na proporcionalidade entre o objeto da prerrogativa de função – proteção do parlamentar em razão e no exercício de suas funções – e a necessidade de proteção ao interesse público, como estampado em Cordoba vs Itália (2003) e Bossi vc Itália (2009). Em outras palavras, para Estrasburgo, o privilégio de foro está destinado a proteger os interesses do parlamento e não os interesses individuais de deputados e senadores que, ao menos em teoria, cometeram determinados crimes. Para a Corte Europeia, quando determinado parlamentar, que tem o privilégio processual criminal de ser julgado inicialmente pelo mais alto tribunal de um país, comete atos totalmente estranhos à sua prática legislativa e esses constituem crimes, entra em cena o interesse público, que se sobressai sobre o individual. Nesse particular, há também sólida jurisprudência da Corte. Em Pakdemirli vc Turquia (2001), Sadak e outros vs. Turquia (2001), McElhinney vs Reino Unido (2001) e Refah Partisi e outros vs Turquia (2003), resta clarividente que deixa de ser absoluto o direito de recorrer a uma instância

⁵⁸³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 940 e 941.

⁵⁸⁴ MAZZINGHY, Aquila. **Uma conversa sobre justiça, Direitos Humanos e mensalão**. Disponível em: <<http://aquilamazzinghy.jusbrasil.com.br/artigos/121944059/uma-conversa-sobre-justica-direitos-humanos-e-mensalao>>. Acesso em 17/12/2016

superior do parlamentar que, por prerrogativa de função, já tem iniciado o seu *persecutio criminis* numa instância, a última da pirâmide judiciária daquele país, na qual anteriormente já houvera sido regulamentado legalmente o foro privilegiado.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por outro lado, não vislumbra exceção ao duplo grau no Pacto San Jose da Costa Rica, e já se manifestou nesse sentido, por exemplo, no caso “Barreto Leiva Vs. Venezuela”, quando responsabilizou a Venezuela por ter violado o direito ao duplo grau de jurisdição, uma vez que não oportunizou ao sr. Barreto Leiva o direito de apelar para um tribunal superior após sua condenação pela Corte Suprema de Justiça do país. Nessa ordem de ideias, independentemente de o réu estar sendo processado na mais alta corte do país, ele deverá ter garantido o direito ao duplo grau antes do início da execução da pena, pois não é a natureza do órgão julgador que demarca a comprovação da culpa, e sim a efetivação do duplo grau⁵⁸⁵.

O Comitê de Direitos Humanos também já se manifestou, em casos citados no capítulo anterior, pela necessidade de se garantir o direito ao duplo grau de jurisdição também aos acusados julgados em única instância por tribunal. Assim, enquanto não oferecida a oportunidade de recorrer, ainda que para o mesmo tribunal, não há que se falar em execução da pena.

Observe-se que há uma semelhança entre os sistemas global, americano e europeu: todos eles preveem, como regra, o direito do acusado de ter sua condenação amplamente reexaminada por um tribunal, antes de se admitir qualquer execução da pena. Em outras palavras, em todos eles é assegurada a presunção de inocência até o limite do exercício do duplo grau de jurisdição (ressalvadas as três exceções previstas no sistema europeu).

Isso traz relevância à discussão que ainda é travada no Brasil sobre até qual momento o acusado deve ter presumida a sua não culpabilidade. Pois o que se depreende da experiência estrangeira e internacional é que tal situação jurídica perdura *não* até que sejam esgotados todos os recursos extraordinários possíveis, mas tão somente até o exercício do duplo grau, que tradicionalmente ocorre com o manejo de *um* recurso.

É verdade que a própria Constituição tratou do estado de inocência mediante uma redação ampla, limitando a presunção ao trânsito em julgado da condenação, o que a legislação processual definiu como sendo o esgotamento de todos os recursos possíveis. Por outro lado, a mesma Constituição limitou o acesso aos Tribunais Superiores, atribuindo a eles a função de estabilizadores e uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional, e

⁵⁸⁵ Conferir, nesse sentido: PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Manaus: Dizer o Direito Editora, 2015, p. 123 a 126. MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto San Jose da Costa Rica). 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

atribuindo apenas de forma reflexa a função de apreciar situações de injustiças individuais. O instrumento da repercussão geral, por exemplo, exerce esse filtro das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário, não bastando ao recorrente demonstrar a injustiça do seu caso concreto.

A expectativa para que a questão sobre o limite da presunção de inocência – se até o trânsito em julgado ou se até o esgotamento dos recursos ordinários - seja esclarecida por meio de emenda constitucional ou alteração da legislação processual tem sido, ano após ano, frustrada. A lentidão do Poder Legislativo no enfrentamento do tema tem gerado problemas de toda ordem, inclusive no âmbito internacional, onde o Brasil tem sido cobrado por sua postura no combate à impunidade sistêmica gerada por um sistema recursal sem limites. Cite-se, como exemplo, a Organização dos Estados Americanos (OEA) que, por meio da Comissão de Peritos do MESICIC (Mecanismo de Acompanhamento de Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção), aprovou recomendação ao Brasil no sentido de *conclamar a necessidade de implementação de reformas no sistema de recursos judiciais ou outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção*⁵⁸⁶.

Os dados⁵⁸⁷ demonstram que esse sistema recursal de quatro instâncias é mais eficaz na extinção da punibilidade por meio da prescrição do que na correção de condenações injustas, pois estas são mais agilmente reformadas por meio da ação de *habeas corpus* do que pelo manejo dos recursos especial e extraordinário (cuja tramitação é mais lenta e não comporta análise probatória).

Cabe, aqui, transcrever um trecho do voto do Ministro Relator Teori Zavascki no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível

⁵⁸⁶ Para mais detalhes, conferir: ARAS, Vladimir. **A nova redação da PEC dos recursos**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2014/04/01/a-nova-redacao-da-pec-dos-recursos/>>. Acesso em 6 jan 2017.

⁵⁸⁷ Nesse sentido, conferir: HARTMANN, Ivar A. et al. **O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP** - Um Estudo Empírico Quantitativo. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802>. Acesso em 6 jan 2017.

provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

O Ministro Edson Fachin acrescentou:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

Considerando a jurisprudência das Cortes internacionais aqui estudadas, se por um lado o estado de inocência é direito elementar do réu durante a persecução penal, que deve ser plenamente assegurado sob pena de violação do devido processo legal, por outro, a responsabilização penal do indivíduo por sua conduta e a reparação do dano causado à vítima também é garantia que deve ser observada. Vale lembrar, por exemplo, as recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Maria da Penha.

Como é conhecimento geral, nesse caso, passados mais de quinze anos da data dos fatos, a Justiça brasileira ainda não havia chegado à condenação definitiva do réu, que se mantivera em liberdade durante todo o processo, apesar do robusto conjunto probatório contra ele. A Comissão entendeu que essa demora aproximava o cenário de uma possível *impunidade definitiva pela ocorrência da prescrição*, dificultando a obtenção de ressarcimento pela vítima. Dentre as suas recomendações, estava “completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da senhora Maria da Penha Fernandes Maia”⁵⁸⁸.

Assim, não parece ser compatível com os diplomas internacionais de direitos humanos um sistema recursal que, contando com uma possibilidade demasiada de recursos protelatórios, prorrogue durante décadas o trânsito em julgado de uma condenação e, conseqüentemente, a possibilidade de reparação pelas vítimas. Talvez por isso os sistemas internacionais de direitos humanos, como visto, vinculem a presunção de inocência ao exercício do direito ao duplo grau de jurisdição.

⁵⁸⁸ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Manaus: Dizer o Direito Editora, 2015, p. 318.

Desta maneira, a atual orientação do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pela instância judicial de segundo grau está de acordo com o que é praticado pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, especificamente no âmbito dos sistemas global, americano e europeu de proteção desses direitos, uma vez que assegura a presunção de inocência até o limite do exercício do direito ao duplo grau de jurisdição.

Excetua-se, dessa conclusão, a execução provisória da pena de réus com foro por prerrogativa de função, pois, como visto, o sistema global e o sistema americano, aos quais o Brasil se submete, não admitem essa supressão do direito ao duplo grau de jurisdição. O mesmo deve ser dito quanto à execução provisória da pena firmada por Tribunal do Júri, antes da análise do recurso pelo Tribunal de Justiça.

Assim, é imprescindível a rediscussão do tema e a conformação dos Tribunais Superiores à orientação do Comitê de Direitos Humanos da ONU e da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do direito que qualquer réu tem de submeter sua condenação à revisão de um órgão colegiado superior⁵⁸⁹.

3. Conclusão

Este trabalho teve como objetivo analisar questões referentes à presunção de inocência e ao duplo grau de jurisdição nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, a partir das discussões reavivadas pela mudança de entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, quando decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Do exame empreendido, percebeu-se que a presunção de inocência está presente entre os direitos declarados no âmbito de todos os diplomas analisados: Carta Internacional dos Direitos

⁵⁸⁹ Aqui inicia a discussão sobre o caráter desse órgão colegiado. O reexame da decisão de órgão fracionário do tribunal pelo Plenário satisfaz esse requisito? Acredita-se que sim. Entretanto, o que fazer diante da competência originária do *Plenário* do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ações penais movidas contra o Presidente e Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara, o Presidente do Senado, O Procurador-Geral da República e os próprios Ministros do Supremo (artigo 5º, inciso I, Regimento Interno do STF)? Aparentemente, tudo indica que a Corte irá manter o entendimento de que caberão embargos infringentes para o próprio Plenário, quando houver quatro ou mais votos vencidos. Há duplo grau quando o recurso é dirigido ao mesmo órgão de jurisdição? Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não. Para o Comitê de Direitos Humanos da ONU, sim. Neste trabalho, a questão permanecerá em aberto.

Humanos, Estatuto de Roma, Convenção Interamericana de Direitos Humanos e Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Constatou-se, ainda, que em todos esses sistemas a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição estão intrinsecamente relacionados entre si. Em outras palavras, a situação jurídica de inocência permanece até que seja dada a oportunidade de se recorrer da sentença condenatória e da pena *a uma instância superior*.

Nos sistemas global e interamericano, esse direito ao recurso para uma instância superior deve ser assegurado inclusive àquelas pessoas detentoras de foro por prerrogativa de função, que são processadas e julgadas pelo tribunal máximo do país.

No sistema europeu, por outro lado, o direito ao duplo grau, e, consequentemente, o limite imposto à presunção de inocência pode ser excepcionado em alguns casos, dentre eles no caso de condenação pelo tribunal máximo do Estado.

O que há de comum entre esses sistemas, pode-se dizer, é que em nenhum deles se prevê a necessidade de esgotar todos os recursos do sistema processual para que esteja configurado o duplo grau. É de se dizer, todos eles preveem, como direito do acusado antes de se admitir a execução da pena, a possibilidade de ter sua condenação reexaminada de forma ampla por órgão judicial de instância superior.

Nesse contexto, deve-se considerar as dificuldades geradas por um modelo de quatro instâncias recursais, com a extinção de punibilidade pela prescrição após manejo de incontáveis recursos e a exposição do país pelo descumprimento dos compromissos assumidos internacionalmente pelo combate à corrupção e outros crimes.

Importante pontuar, também, a existência de remédios mais eficazes no controle de sentenças e acórdãos condenatórios equivocados, como o habeas corpus e a atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais.

Nessa ordem de ideias, conclui-se que o novo modelo jurisprudencial adotado pelo Supremo Tribunal Federal admitindo a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em grau de apelação é compatível com a orientação adotada pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos aqui estudadas, com a ressalva de que o direito ao duplo grau de jurisdição como limite à presunção de inocência deve ser garantido a todos os indivíduos, incluindo aqueles detentores de foro por prerrogativa de função ou condenados por crime doloso contra a vida.

4. Referências

ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. **Revista Liberdades**, n. 4, maio-ago 2010.

ARAS, Vladimir. **A nova redação da PEC dos recursos**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2014/04/01/a-nova-redacao-da-pec-dos-recursos/>>. Acesso em 6 jan 2017.

ARAS, Vladimir. **A soberania do júri e a execução penal imediata**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2017/03/12/a-soberania-do-juri-e-a-execucao-penal-imediata/>> Acesso em: 14 março 2017.

ARAS, Vladimir. **Ainda sobre a execução penal provisória**. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/07/01/ainda-sobre-a-execucao-penal-provisoria/>>. Acesso em 16 jul. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em 19 jul. 2016.

_____. **Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm>. Acesso em 19 jul. 2016.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 19 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**, Tribunal Pleno, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em 10 jul 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 118.770**, 1ª Turma, 7 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4439699>>. Acesso em 14 março 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 68.658**, 1ª Turma, 6 ago 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4439699>>. Acesso em 30 março 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 140.213/SP**. 15 mar 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=52&dataPublicacaoDj=17/03/2017&incidente=5124428&codCapitulo=6&numMateria=31&codMateria=2>>. Acesso em 21 mar 2017

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA (Org.). **Garantismo Penal Integral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, n. 111. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf>. Acesso em: 12/12/2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, n. 35, disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>. Acesso em: 12/12/2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n. 114. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 12/12/2016.

CHIAVARIO, Mario. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo. In: **Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia**. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2. p. 102.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008.

FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRISCHEISEN, Luiza. GARCIA, Mônica. GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: PELELLA, Eduardo. CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 453-478

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San Jose da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Presunção de inocência: princípio e garantias. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: RT, 2003. p. 139

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 65 e 66

HARTMANN, Ivar A. et al. **O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP - Um Estudo Empírico Quantitativo**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802>. Acesso em 6 jan 2017.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZINGUHY, Aquila. **Uma conversa sobre justiça, Direitos Humanos e mensalão**. Disponível em: <<http://aquilamazzinghy.jusbrasil.com.br/artigos/121944059/uma-conversa-sobre-justica-direitos-humanos-e-mensalao>>. Acesso em 17/12/2016

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica)**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

MENDES, Gilmar Ferreira. A presunção de não culpabilidade. In Marco Aurélio Mello. Ciência e consciência. Ribeirão Preto: Migalhas, 2015, p. 39-40.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Indenização pelo Erro Judiciário: A Suprema Corte do Reino Unido e a Corte Europeia de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/processo_penal/processo27.html>. Acesso em: 11 jun. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 940.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.** Manaus: Dizer o Direito Editora, 2015.

_____. **Soberania dos veredictos não autoriza execução imediata da condenação.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/tribuna-defensoria-soberania-veredictos-nao-autoriza-execucao-imediata-condenacao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 29 mar 2017.

PINHEIRO, Aline. **Europa minimiza princípio da presunção de inocência.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-12/corte-europeia-minimiza-principio-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Gisela Gondin. **O princípio da presunção de inocência.** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 12 jan 2017.

O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

Tiago Kalkmann

Resumo: O presente artigo estuda o cumprimento de dever legal, extraindo os pressupostos de incidência, a análise doutrinária e as contradições derivadas de sua consideração como causa de justificação. Em primeira análise, revela-se que o estrito cumprimento de dever legal é ontologicamente diferente das demais causas de exclusão da ilicitude; além disso, apresenta diferente forma de análise e de aplicação. Apresentando os pressupostos da teoria da tipicidade conglobante, entende-se que é possível corrigir a tipicidade meramente legal para excluir de sua abrangência condutas que não se afiguram antinormativas, considerando que a norma se antepõe ao tipo e deve ser analisada em consonância com todo o ordenamento jurídico. Aplicada análise conglobada da tipicidade, excluem-se, de plano, aquelas condutas realizadas em estrito cumprimento de dever legal, pois, antes de serem antinormativas, cumprem o dever imposto pela norma. O reenquadramento do instituto para o plano da tipicidade, além de resolver contradições teóricas de sua análise, resolve problemas práticos. Por conseguinte, confere maior racionalidade e legitimidade ao sistema penal, facilitando a assimilação dos conteúdos reais de proibição da ordem normativa. Além disso, salvaguarda o legítimo exercício da autoridade pública de eventuais ataques, como a abertura de inquérito policial, a prisão em flagrante e a indenização por ato lícito.

Palavras-chave: Tipicidade conglobante. Permissão. Antijuridicidade. Estrito cumprimento de dever legal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca explorar os efeitos penais do estrito cumprimento de dever legal dentro da teoria geral do crime, buscando compreender sua natureza jurídica e situá-la de forma a aprimorar a sistematização e a aplicação da legislação penal.

A doutrina tradicional derivada da teoria do finalismo (WELZEL, 2015) inclui o estrito cumprimento do dever legal dentre as causas de exclusão da antijuridicidade, desde que exercido nos limites estabelecidos pelo diploma ordenador. Contudo, observam-se diversas incongruências teóricas e práticas nesse enquadramento, demandando uma revisão teórica dessa tradicional divisão.

Para esta finalidade, parte-se da teoria da tipicidade conglobante, proposta por Zaffaroni (2002), para considerar o legítimo exercício de dever legal, em especial das autoridades públicas, como causa de atipicidade da conduta. Antes de divergir do paradigma finalista, a

teoria supracitada nele se fundamenta (BRODT, 2005), buscando adequar de maneira mais eficaz o instituto dentro de seus pressupostos teóricos.

O que se pretende demonstrar é que a tipicidade conglobante serve como um corretivo para a tipicidade legal, excluindo do âmbito da proibição as condutas que, ainda que típicas, não estejam contidas na norma proibitiva. Nesse grupo, estariam incluídos tanto os atos típicos cometidos em cumprimento ao dever legal quanto aqueles fomentados pela ordem jurídica ou que não violem o bem jurídico anteposto ao tipo. Portanto, a adoção deste corretivo é útil para solucionar as incongruências teóricas e práticas que se extraem da análise do instituto do estrito cumprimento do dever legal.

Kelsen (1986) já explicitava a diferença entre as normas impositivas e as normas permissivas, destacando a necessidade de se conferir tratamento adequado à estrutura de cada um dos tipos normativos. Dessa forma, a racionalidade do sistema normativo penal exige o tratamento adequado das normas impositivas já no âmbito da tipicidade, possuindo natureza jurídica diversa das causas de justificação (tipos permissivos e não impositivos).

Dessa forma, a aplicação dos desdobramentos da teoria da tipicidade conglobante ao estrito cumprimento do dever legal serve como mecanismo de resolução das contradições entre a prática e o estudo dogmático do instituto, a serem abordadas.

Para tanto, buscar-se-á compreender, inicialmente, a posição dogmática tradicional acerca do estrito cumprimento do dever legal e das causas de justificação. Além disso, serão estudados os limites da atuação conforme o dever jurídico e as contradições teóricas e práticas do instituto em sua visão tradicional.

Em seguida, serão brevemente desenvolvidos os pressupostos e as conclusões da teoria proposta por Zaffaroni, destacando a forma como se enquadra o cumprimento dos deveres públicos dentro deste sistema.

Por fim, será demonstrado como pode ser feito o reenquadramento dogmático do instituto como causa de atipicidade da conduta. Partindo desse pressuposto, serão expostos os efeitos benéficos dessa revisão dogmática, em especial o deslinde das contradições observadas entre a atual análise dogmática e o tratamento prático conferido ao instituto.

1. O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

O estrito cumprimento do dever legal, em matéria penal, refere-se à atuação de quem, sob o comando legal, pratica conduta descrita em um tipo legal de crime. Dessa forma, pressupõe a existência de uma norma impositiva prévia estabelecendo um dever e uma norma penal que tipifica a mesma conduta ordenada.

Observa-se no decorrer da história a ampla aceitação da ideia de que aquele que pratica um fato em geral proibido sob a égide de uma ordem legal não é merecedor de castigo (BRODT, 2005).

Um exemplo de grande valor simbólico dessa aceitação pode ser encontrado na obra de Foucault, que destaca a forma como o próprio condenado à pena de morte reconhecia a legitimidade do ofício de seus carrascos e recomendava que cumprissem sua função sem blasfemar (FOUCAULT, 2012).

Entretanto, a forma como o instituto foi tratado dentro da teoria geral do crime foi alvo de soluções diversas, assumindo por vezes a natureza de isenção de pena, exclusão da ilicitude, causa de atipicidade ou até mesmo ausência de culpabilidade⁵⁹⁰. Também na doutrina, até hoje se levantam vozes que questionam a natureza jurídica do instituto, postulando por adequações teóricas que resgatem o sentido pré-delitivo do instituto⁵⁹¹.

O nosso Código Penal menciona o estrito cumprimento do dever legal entre as situações em que considera que não há crime, embora a rubrica do artigo se refira à exclusão da ilicitude⁵⁹²:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

590 Deve-se destacar, contudo, importante exceção ao princípio da isenção de responsabilidade penal por cumprimento do dever legal no âmbito do direito penal internacional, mais propriamente no Tribunal de Nuremberg. Nos termos do art. 8º do Estatuto do Tribunal, o estrito cumprimento do dever legal e a obediência hierárquica constituíam no máximo circunstâncias atenuantes, não excluindo o crime (FERRO, 2002). De fato, a aplicação transmutada do instituto serviu para o propósito político de viabilização da condenação dos criminosos de guerra, ainda que a custo de conquistas da ciência penal e de garantias processuais.

591 Nesse sentido, além da teoria de Zaffaroni, que será exposta no tópico 2, *infra*, podem ser citadas ainda as teorias funcionalistas do delito de Roxin e de Jakobs, que propõem revisão nas categorias tradicionais da teoria do crime. Contudo, os próprios autores inserem a atividade do servidor público, por exemplo, dentro dos campos dos tipos justificadores, e não diretamente da atipicidade (ROXIN, 2008; JAKOBS, 2009).

592 É questionável a opção do Código Penal em inserir o estrito cumprimento de dever legal no mesmo inciso do exercício regular do direito. Os institutos possuem natureza jurídica distinta, sendo notória a diferença estrutural entre normas impositivas e normas meramente permissivas (ver tópico 2.3, *infra*). Mais correta parece ter sido a opção do Código Penal Militar no seu art. 42, em que inseriu os dois institutos em incisos diversos, contribuindo para uma melhor compreensão sistêmica das causas de justificação.

Portanto, a atual opção legislativa insere o cumprimento de dever entre as causas de justificação. Nossa doutrina tradicional compartilha do entendimento do legislador, buscando fundamentos ontológicos para justificar a consolidação do instituto entre os tipos permissivos (nesse sentido, por exemplo: MASSON, 2015; JESUS, 2015; BITENCOURT, 2016; BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2004).

Cabe analisar o sistema das causas de justificação para se compreender os fundamentos para a inclusão do estrito cumprimento do dever legal dentro desta categoria.

1.1. Sistema das causas de justificação

A doutrina há muito se controverte em tentativas de sistematizar as causas de justificação através de critérios ontológicos, que fundamentem a opção por permissões para as condutas típicas. Nesse sentido, as ideias de organização podem ser divididas em dois grupos: as teorias monistas e as teorias pluralistas.

O primeiro grupo de teorias busca encontrar um princípio unitário que justifique adequadamente todas as causas de justificação, normalmente orientado pela finalidade da conduta. Nesse sentido, podem ser citadas as teorias do meio adequado para fins justos, do interesse preponderante, da ponderação dos valores, entre outras (SANTOS, 2005).

Entretanto, as teorias monistas foram abandonadas em razão da utilização de conceitos vagos, indeterminados e incapazes de explicar unitariamente a natureza de cada uma das causas de justificação (BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2004).

Também Manuel da Costa Andrade (1991) ressalta os esforços das teorias monistas por sistematizar as permissões, mas destaca que nesta tentativa se perde a racionalidade de cada uma das causas em sua aplicação concreta. O autor sugere que deve ser conferido sentino normativo, axiológico e político-criminal tanto ao universo das causas de justificação quanto a cada uma delas em particular⁵⁹³.

As teorias pluralistas, por sua vez, recorrem a diversos princípios gerais reguladores, para explicar uma ou mais causas de justificação em suas particularidades. De acordo com Bitencourt e Muñoz Conde (2004), as permissões estariam divididas entre aquelas

593 O autor propõe, em sua obra, que existem elementos suficientes para que se configure o consentimento na seara penal como causa de justificação da conduta típica. Aponta, nesse sentido, que dentro do sistema das causas de justificação não existe qualquer argumento conclusivo que exclua o consentimento, pois a própria consistência das teorias monistas e pluralistas é posta em causa em razão das incongruências teóricas. Dessa forma, a própria possibilidade de sistematização das causas de justificação é posta em cheque (ANDRADE, 1991).

fundamentadas pelo princípio da ausência de interesse e aquelas que se baseiam em um interesse preponderante. Entretanto, alertam que estes não são os únicos fundamentos e que deve ser estudado em cada causa de justificação em concreto o seu princípio informador⁵⁹⁴.

Juarez Tavares, em sua teoria do injusto penal, propugna pela conjugação do respeito à autonomia das decisões e da ponderação de bens como critérios informadores para a elaboração de uma teoria das causas de justificação (TAVARES, 2002)⁵⁹⁵. O autor explica a aplicação dos princípios da seguinte maneira:

Quer dizer que o Estado, pelo princípio da intervenção mínima, deve deixar que os conflitos se resolvam, num primeiro estágio, conforme a orientação que as próprias partes envolvidas lhe imprimam no caso concreto. Em segundo lugar, porque em virtude de uma ponderação de bens e valores, a lesão de bem jurídico se vê compensada pela possibilidade de se evitar mal maior (TAVARES, 2002, p. 323).

Na realidade, a aplicação proposta pelo autor é adequada para explicar causas de justificação como a legítima defesa e o estado de necessidade, mas falha no mesmo ponto em que as teorias monistas ao não abarcar outras hipóteses, em especial o estrito cumprimento de dever legal (embora o autor mantenha o instituto entre as causas de justificação)⁵⁹⁶.

As teorias pluralistas, sob a escusa da análise concreta de cada um dos tipos justificadores, acabam por criar princípios ainda mais abstratos e manipuláveis para quaisquer situações que se queira justificar. Dessa forma, a lógica se inverte: ao invés de se buscar fundamentos para as causas de justificação, primeiro se imagina a situação justificadora e em seguida um argumento para explicar sua natureza jurídica. A ontologia da situação justificadora cede espaço aos valores oriundos do debate axiológico como merecedores de ressalva na esfera penal.

Manuel da Costa Andrade destaca que uma nota caracterizadora da atual experiência das causas de justificação é o crescente peso da dimensão político-criminal, tanto na doutrina

594 Dessa maneira, abre-se espaço para uma pletora infinita de fundamentos justificadores, que em muito escapam ao princípio constitucional da legalidade. Cada autor irá buscar seus próprios fundamentos para justificar a razão pela qual considera determinada conduta justificada: “prevalência do direito”, “proporcionalidade”, “necessidade”, “justificação pelo procedimento” (BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2004), “princípio da proteção individual”, “afirmação do direito” (SANTOS, 2005), “princípio da autonomia”, “princípio da avaliação dos bens” (ROXIN, 2008), dentre outros.

595 Contudo, o próprio autor propõe em sequência que não se deve buscar uma solução correta, mas aquela “que mais se ajuste a um sistema que faz da liberdade individual o primado das indagações e efeitos da ordem jurídica” (TAVARES, 2002, p. 323), o que contradiz sua proposta de fundamentar uma teoria e é por demais abstrato e genérico para orientar uma solução prática em um problema de justificação.

596 Acerca das inconsistências teóricas da colocação do estrito cumprimento de dever legal entre as causas de justificação, veja o ponto 1.4, *infra*.

quanto na prática, o que pode aumentar os espaços de recuo do direito face ao ilícito. Arremata o autor:

E a verdade é que, deste modo, se têm multiplicado as linhas de afrontamento e as aporias axiológico-normativas cuja superação reclama o recurso mais ou menos consciente aos princípios de legitimação material e, *hoc sensu*, às “causas últimas” de justificação. Daí que o discurso das causas de justificação se tenha convertido crescentemente no discurso da *dignidade de tutela*, da *carência de tutela*, da *dignidade penal*, isto é, no discurso da *política criminal*. Como, e a propósito da ponderação de bens explica LENCKNER, “do que se trata no princípio de ponderação de bens não é, em última instância, do valor abstracto dos bens mas antes do grau da sua *dignidade de tutela* (*Schutzwürdigkeit*) no caso concreto”. Também do lado da legítima defesa sobre crescentemente de tom entre os autores a preocupação de “limitar a punibilidade aos casos verdadeiramente dignos de pena (*wirklich strafwürdigen Fälle*)” (ANDRADE, 1991, p. 234)⁵⁹⁷.

Indo além, observa-se que a abstração e multiplicação dos fundamentos da justificação propicia a propagação das denominadas “causas supraleais” de exclusão da antijuridicidade. De fato, quanto mais amplos são os fundamentos, mais fácil é adequar uma situação não prevista em lei ao âmago de uma causa legal, caminhando no mesmo sentido da chamada “antijuridicidade material”⁵⁹⁸, inadmissível em razão do princípio da legalidade.

Na linha do quanto proposto por Zaffaroni (2002), entendemos que a causa de justificação deve vir sempre como um tipo permissivo, entendido este como a norma que concede o exercício legítimo de faculdade ou direito. Sendo assim, a justificação será sempre o exercício de direito autorizado e reconhecido por norma jurídica, sendo seu fundamento exclusivamente normativo.

1.2. Pressupostos de incidência

Para que o cumprimento do dever legal justifique a conduta típica, nos termos da doutrina dominante, é necessária a concorrência de alguns pressupostos ou requisitos.

597 O autor propõe uma sistematização das causas de justificação que ultrapasse as teorias monistas e pluralistas, por dele denominada de paradigma dualista. Segundo o autor, os dois grupos de teorias são questionáveis pela pretensão de absolutizar qualquer dos tópicos e erigi-lo em matriz doutrinal da problemática, o que põe em causa o próprio interesse científico de uma sistematização (ANDRADE, 1991).

598 Zaffaroni (2002) alerta que adoção de critérios amplos de justificação, como “nocividade social” e similares, funciona como uma via de mão dupla. Quando se fala de uma justificação supraleal se fala também de um injusto supraleal, o que é completamente inadmissível sob a égide do princípio da legalidade.

O primeiro pressuposto é a preexistência de um dever contido em norma jurídica. Conforme preleciona KAUFMANN (1976), o dever nada mais é do que a vinculação jurídica de um indivíduo para a prática ou abstenção de determinado ato⁵⁹⁹.

Quando se fala em cumprimento de dever legal, está se afirmando que a conduta justificada deve estar pautada por um dever jurídico, excluindo aqueles deveres meramente religiosos ou morais, por exemplo. Contudo, a doutrina aponta que este dever não precisa estar contido apenas em lei em sentido estrito, mas pode ser derivado até mesmo de decretos, regulamentos ou outros atos administrativos com força de lei (SANTOS, 2005)⁶⁰⁰.

Para os fins desta pesquisa, a lei deve ser compreendida não apenas em seu sentido formal, mas também no seu sentido material (DI PIETRO, 2016). Dessa maneira, não cabe ao indivíduo atuar apenas conforme o sentido formal da lei, mas interpretá-la de acordo com seu sentido material: instrumento que realiza os valores consagrados na Constituição Federal. Caso a lei seja claramente violadora de direitos fundamentais, sem que haja qualquer controvérsia jurídica acerca de sua interpretação, o erro vencível acerca de sua interpretação não pode excluir a criminalização da conduta.

Cumprir destacar que os deveres jurídicos podem ter caráter público ou privado, conforme o encarregado de seu cumprimento seja ou não titular de cargo ou função pública. De acordo com KAUFMANN (1976), para que a norma se concretize em um dever é necessário um indivíduo determinado (não necessariamente particularizado). Embora o dever de atuar seja mais comumente atribuído ao servidor público, como forma de cumprir as finalidades estatais, nada impede que o dever seja atribuído a um particular.

No caso de dever legal de caráter público, seu cumprimento será, antes de tudo, um ato administrativo do servidor público e deve preencher todos os seus elementos para justificar a conduta (BRODT, 2005)⁶⁰¹. A doutrina administrativista adota o entendimento generalizado

599 Kelsen enfatiza que a noção de “dever” não se confunde com a de norma, mas são afins: dever é a norma na relação com o sujeito, e a conduta que realiza o dever é aquela que cumpre a norma. Portanto, norma é a forma abstrata de representação de um dever, sendo este a relação jurídica estabelecida entre o sujeito e a norma (KELSEN, 1976).

600 Para Juarez Cirino dos Santos, o conceito de estrito cumprimento de dever legal abarca as hipóteses de cumprimento de ordens de superior hierárquico, desde que a conduta seja realizada nos estritos limites da ordem (SANTOS, 2005). Contudo, o Código Penal adota solução diversa, incluindo a obediência hierárquica entre as causas de exculpação (art. 22 do CP), considerando-se a inexigibilidade de conduta diversa. Entretanto, a questão não é unânime na doutrina, existindo uma vertente doutrinária que, na linha do proposto por SANTOS, inclui a obediência hierárquica entre as causas de justificação (ROXIN, 2008).

601 Aqui é importante ter em mente o conceito amplo de servidor público para fins penais, conforme o disposto no art. 327 do Código Penal. Até mesmo aqueles que exercem cargo, emprego ou função pública em entidade paraestatal são equiparados a funcionários públicos pela lei penal. Dessa forma, ainda que pareça interessante propor a necessidade de preenchimento dos elementos do ato administrativo para a eficácia penal do estrito cumprimento do dever legal, como faz BRODT (2005), essa solução passa ao largo da ampla diferença entre o conceito administrativo e penal de servidor público. Enquanto a exigência da competência, por exemplo, faz todo

de que o ato administrativo possui cinco elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto (DI PIETRO, 2016; CARVALHO FILHO, 2016) ⁶⁰².

Contudo, deve-se ressaltar que em situações excepcionais a jurisprudência e parcela da doutrina (da qual discordamos) dispensam até mesmo a competência para a configuração do estrito cumprimento do dever legal, como no caso de policiais que perseguem indivíduo até comarca vizinha e lá efetuam a prisão (BRODT, 2005). As soluções ampliativas da exclusão de antijuridicidade para o servidor público se assemelham às teorias de antijuridicidade especial, denunciadas por Juarez Cirino dos Santos em sua obra por ampliar práticas ilegais ou arbitrárias de poder (SANTOS, 2005) ⁶⁰³. O mais adequado do ponto de vista constitucional é que se aplique ao dever público a mesma lógica aplicada ao dever privado, no sentido da necessidade de observância estrita dos limites impostos pela lei ao exercício do dever (mormente considerado o sentido material de lei).

Sob o ponto de vista da finalidade do ato administrativo que cumpre dever, a discussão se imiscui no debate acerca dos elementos subjetivos dos tipos justificadores, a ser adentrada em sequência.

Para encerrar a compreensão do que se entende por dever jurídico, devem ser ressaltados os deveres impostos pela lei a particulares. Primeiramente, existe um grupo de deveres atribuídos pela lei a particulares, mas que são motivados pelo interesse público. Nesse grupo, pode ser citado, por exemplo, o dever dos pais e tutores de dirigir a criação e educação dos filhos e pupilos (art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Entretanto, de maior relevo se afiguram os deveres derivados dos crimes omissivos tipificados pelo Código Penal. No caso dos crimes omissivos próprios, a lei penal cria dever de agir oponível a todos que se encontrem em determinada situação. Já no caso dos crimes comissivos por omissão, o dever da posição de garantidor atribuída pela lei penal (art. 13, § 2º do Código Penal). Pode-se observar que alguns deveres contratuais são elevados à categoria de deveres legais, dos quais o obrigado não pode se furtar ao cumprimento sob pena de responsabilização penal.

sentido no caso de servidor público estatutário, adentra-se em um campo muito nebuloso quando se pretende exigir o requisito até mesmo dos diretores de entidades paraestatais, por exemplo. Portanto, a exigência absoluta dos elementos do ato administrativo deve ser ainda refinada.

602 Esse critério de cinco elementos do ato administrativo possui não apenas ampla aceitação doutrinária, mas também respaldo legal, pois está expressamente contido no art. 2º da Lei nº 4.717/65.

603 O autor denuncia as tentativas dogmáticas de construção de uma antijuridicidade especial por entender, primeiramente, que não se coadunam com a dogmática penal, na medida em que uma dupla noção de antijuridicidade viola a noção de isonomia. Da mesma forma, afirma que qualquer intervenção oficial sem adequação aos limites legais gera o direito de resistência, desbordando dos limites do ato justo (SANTOS, 2005).

A doutrina se controverte sobre a necessidade de elementos subjetivos nos tipos justificadores. Dentro do sistema causalista, as causas de justificação tem caráter puramente objetivo, dispensando qualquer ânimo por parte do agente. Nesse sentido, a exclusão da antijuridicidade persistiria ainda que o agente tenha atuado sem dela ter consciência, seja por erro de fato ou erro de direito (HUNGRIA, DOTTI, 2016).

Entretanto, dentro do paradigma finalista, é inevitável que se passe a exigir um elemento subjetivo para as causas de justificação, que poderia ser resumido como a vontade de atuar autorizado pelo direito. Aliás, não faria sentido reconhecer a ação como um acontecimento finalístico (WELZEL, 2015) e negar a presença de finalidade na ação justificada.

JAKOBS (2009) destaca que existe controvérsia acerca do alcance do elemento subjetivo na justificação. Parte da doutrina exige que o agente atue com o conhecimento da situação justificante e com a finalidade justificante (com a expressa finalidade de cumprir a lei, no caso do estrito cumprimento do dever legal)⁶⁰⁴. Por outro lado, outros autores defendem a necessidade apenas do conhecimento da situação justificante e atuação neste sentido, ainda que não haja a finalidade justificante⁶⁰⁵; a esta posição se filia o autor⁶⁰⁶.

Este debate não é inócuo no âmbito do estrito cumprimento de dever legal, especialmente quando se considera o impasse doutrinário da justificativa em dois atos (JAKOBS, 2009). Imagine-se o exemplo do policial que deve executar a prisão em flagrante de indivíduo surpreendido em prática de delito (art. 301 do CPP), mas o faz com a finalidade de forçá-lo a saldar uma dívida preexistente (TAVARES, 2002). Nessa hipótese, a posição mais consentânea com o finalismo julga ausentes os pressupostos subjetivos da justificação, pois inexistente a finalidade de justificação.

Superadas as doutrinas causalistas do delito, a ausência dos elementos subjetivos da causa de justificação leva sem dúvida à sua não incidência. Entretanto, a doutrina francamente majoritária entende que o agente não pode ser castigado em sua plenitude, merecendo ser punido como delito tentado em razão de ter agido sob o amparo fático da causa de justificação (ROXIN, 2008; STRATENWERTH, 2005).

604 Nesse sentido, a doutrina clássica finalista (WELZEL, 2015).

605 O autor denomina o conhecimento da situação justificante como “dolo de justificação” e a finalidade da conduta como “intenção de justificação”. Segundo o autor, presente o primeiro, descabe exigir que a finalidade do ato seja também justificante, pois criaria situações injustas. Seria o caso do médico que realiza cirurgia sabendo da necessidade de salvar o paciente da morte, mas com a finalidade de receber os honorários pelo procedimento (JAKOBS, 2009).

606 No mesmo sentido, ROXIN (2008), para quem exigir a finalidade justificante levaria à impossibilidade probatória deste extremo.

Entretanto, essa não nos parece a solução correta, pois a aplicação da tentativa se torna uma ficção insustentável em razão da evidente consumação do delito, como no exemplo supracitado. Dessa forma, entendemos melhor a solução proposta por CESANO e MESA (2010), ao sugerirem que o problema deve ser resolvido no momento da fixação da pena, em razão do reduzido desvalor do crime. Nesse sentido, afirmam os autores:

Si – como aqui se hace – defendemos un fundamento dual de la ilicitud (disvalor del resultado y disvalor de la acción), es indudable que el injusto será menor – y, como reflejo de esto, la reducción de pena se impone – cuando sea menor el disvalor del resultado (precisamente porque con mi acción salvo un bien de mayor valor [siguiendo con el ejemplo del estado de necesidad]), aun cuando subjetivamente la conducta haya respondido a fines no justificados⁶⁰⁷. (CESANO, MESA, 2010, p. 139).

Acerca do erro na suposição de situação justificante, a doutrina também se controverte. Inicialmente, cabe uma diferenciação: enquanto na ausência de elemento subjetivo a situação justificante ocorre sem o conhecimento do agente, no erro o agente supõe a ocorrência de situação justificante que, na realidade, não ocorreu.

STRATENWERTH (2005) identifica duas hipóteses de erro sobre a ilicitude. A primeira diz respeito à suposição errônea de que exista na lei uma causa de justificação que se amolde à situação fática (erro de permissão). Essa hipótese é enquadrada pela doutrina como erro de proibição.

Entretanto, no caso de suposição errônea sobre a verdade dos fatos que se amoldam a um tipo permissivo (erro de tipo permissivo), a doutrina se divide entre a teoria limitada da culpabilidade, que trata esse erro como erro de tipo⁶⁰⁸, e a teoria extrema da culpabilidade, que o inclui dentre os erros de proibição⁶⁰⁹ (ALMEIDA, 2005).

O Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade, tratando o erro de tipo permissivo como erro de tipo, conforme se extrai do art. 20, § 1º. Entretanto, persistem vozes

607 “Se – como aqui se faz – defendemos um fundamento dual da ilicitude (desvalor do resultado e desvalor da ação), é indubitável que o injusto será menor – e, como reflexo disto, a redução da pena é medida que se impõe – quanto menor for o desvalor do resultado (precisamente porque com minha ação salvo um bem de maior valor [segundo com o exemplo do estado de necessidade]), ainda que subjetivamente a conduta tenha respondido a fins não justificados” (CESANO, MESA, 2010, p. 139 – tradução livre).

608 A solução proposta pela teoria limitada da culpabilidade, segundo STRATENWERTH (2005), se aproxima à proposta da teoria dos elementos negativos do tipo, segundo a qual o tipo pressupõe sempre a negação de uma situação justificante para configurar conduta típica. Além disso, a vontade do autor estaria dirigida a um situação fática que se amolda ao direito, o que é exatamente o conceito de erro de tipo.

609 A teoria extrema da culpabilidade argumenta que o autor em erro de tipo permissivo sabe que está realizando conduta típica, o que já se mostra, a princípio, como irregular. Deveria, dessa forma, revisar a suposição de um fato justificante, razão pela qual o erro não pode excluir o dolo, mas somente culpabilidade, pois o dolo típico está plenamente presente (STRATENWERTH, 2005).

doutrinárias que defendem ainda o acerto dogmático da teoria extrema da culpabilidade⁶¹⁰ ou que propõem soluções alternativas à controvérsia⁶¹¹.

O terceiro e último requisito para a configuração do tipo permissivo (segundo a teoria dominante) do cumprimento do dever legal é que este seja um cumprimento “estrito”.

Na verdade, esta é uma consequência do postulado da punibilidade do excesso, contido no parágrafo único do art. 23 do Código Penal. Segundo a doutrina, o excesso na justificação se configura quando o agente inicia uma conduta justificada, mas age de maneira desproporcional e ultrapassa os seus limites (CESANO, MESA, 2010)⁶¹².

BRODT (2005) afirma que os sentidos de adequação e necessidade já estão contidos no próprio significado de “cumprimento”, razão pela qual a palavra “estrito” requer algo a mais, no sentido de corresponder à real vontade da ordem jurídica. Para esse fim, alguns princípios devem orientar o cumprimento do dever legal: intervenção mínima, proporcionalidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais.

Neste sentido, STRATENWERTH (2005) destaca que o Estado não está autorizado a exercer quaisquer ingerências discricionárias, razão pela qual a atuação pública não configura, por si só, causa de justificação⁶¹³.

O excesso será punido como ato doloso ou culposos, caso existente essa previsão. Em regra, os excessos na atuação pública são punidos como crime de abuso de autoridade previstos na Lei nº 4.898/1965, não sendo excluída, contudo, a aplicação do Código Penal⁶¹⁴.

Por fim, a atuação pública fora dos limites legais pode configurar crime ainda mais grave, como a prática de tortura, desde que a conduta excedente se enquadre nas hipóteses previstas no art. 1º da Lei nº 9.455/1997.

610 Nesse sentido, ALMEIDA (2005) defende que a teoria estrita (ou extremada) é correta pois mantém o reconhecimento de fato típico doloso nas hipóteses de erro de tipo permissivo.

611 JAKOBS (2009) destaca que apenas dentro da teoria da culpabilidade existem seis diferentes vias de solução, com três resultados distintos. Dentre elas, a teoria da culpabilidade remetente às consequências jurídicas (MUÑOZ CONDE, 1989) criaria uma espécie *sui generis* de erro, que excluiria apenas a culpabilidade dolosa, mas mantendo a tipicidade dolosa da conduta. Dessa forma, continua existindo a possibilidade de tentativa e de participação acessória (JAKOBS, 2009).

612 Os autores destacam que é necessário que a conduta tenha sido iniciada nos limites da justificação para que se configure o excesso. Caso a conduta esteja desde o início fora dos limites impostos pela permissão, trata-se de hipótese de erro de tipo permissivo (CESANO, MESA, 2010).

613 O autor destaca a necessidade de que a conduta seja fundamentada e motivada, reforçando a já citada necessidade de que o cumprimento de dever seja um ato administrativo válido e completo. Nesse sentido, afirma, por exemplo, que caso a atuação legal dependa de uma suspeita, devem estar presentes elementos que indiquem a razoabilidade da suspeita.

614 Existe uma corrente doutrinária, sustentada por JESUS (2015), que entende que a aplicação da Lei de Abuso de Autoridade é apenas subsidiária em relação aos crimes previstos no Código Penal que contêm o abuso como elementar ou como circunstância qualificadora.

1.3. Contradições Teóricas

Neste último tópico, buscar-se-á expor algumas contradições dogmáticas que se depreendem do enquadramento do estrito cumprimento de dever legal entre as causas de justificação da conduta típica.

Inicialmente, cabe destacar que o cumprimento de dever legal destoa de qualquer análise preliminar sobre as causas de justificação. A impressão que sobressai da análise inicial do art. 23 do Código Penal é a de que as causas de exclusão da antijuridicidade são permissões concedidas pela ordem jurídica, aptas a afastar a presunção de ilicitude da conduta típica.

Contudo, o estrito cumprimento de dever legal diverge desta análise inicial. Nos outros institutos (como a legítima defesa e o estado de necessidade), o agente possui apenas uma permissão para agir, direito que ele pode optar por não exercer. No caso de cumprimento do dever legal, o agente é obrigado a realizar a conduta prevista na norma penal e o descumprimento será considerado ato ilícito face à norma que instituiu o dever de conduta.

O simples fato de o Código Penal prever todos os institutos no mesmo dispositivo não é capaz de equiparar o exercício de uma permissão ao cumprimento de uma obrigação: a permissão é concedida no interesse do agente, enquanto a obrigação é imposta no interesse do Estado.

Como já destacado alhures, dentre todas as teorias monistas, nenhuma foi capaz de propor um critério que explicasse de maneira adequada todas as causas de justificação. Notoriamente, o estrito cumprimento de dever legal sempre era causa inexplicada e deixada de lado pela doutrina. A teoria dos meios adequados para fins justos, por exemplo, apesar de explicar bem a legítima defesa, não fundamenta o cumprimento de dever, uma vez que não se trata de um meio adequado, mas de um meio simplesmente necessário, não cabendo àquele que cumpre o dever questionar a adequação da obrigação além da medida razoável (SANTOS 2005)⁶¹⁵.

615 As outras teorias monistas também não buscam explicar o cumprimento de dever. A teoria da maior utilidade do que dano, por exemplo, proposta por Sauer, resume as causas de justificação à presença ou ausência de dano graduável, o que não se verifica, *a priori*, no cumprimento de dever. Da mesma forma, a teoria do interesse preponderante, de Mezger, apesar de se aproximar da ótica de interesse público que motiva o cumprimento de dever (na maioria dos casos), ignora o cumprimento de deveres legais privados. Além disso, ao resumir o cumprimento de dever a um interesse, não se explica a ilicitude da conduta que descumprir o dever, o que poderia levar à colocação do cumprimento de dever entre as causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. A respeito das teorias citadas, confira-se SANTOS (2005).

Também as tentativas pluralistas não justificam a colocação do cumprimento de dever, uma vez que seu caráter politizado inverte a ordem de sistematização, como já identificado em outro momento (ANDRADE, 1991).

A doutrina, ao explicar as causas de justificação, tampouco se preocupa em traçar conceitos que incluam, de alguma forma, o cumprimento de dever. Pelo contrário, o que se depreende da dogmática acerca do tema é a tentativa de explicar as causas de justificação através do conceito de “tipos permissivos”, o que, obviamente, não pode alcançar o cumprimento de norma cogente (TAVARES, 2002; STRATENWERTH, 2005; JAKOBS, 2009; dentre outros).

Juarez Tavares (2002), ao propor um conceito de justificação, afirma que as causas devem ser vistas como permissões de dupla qualidade: subordinadas aos direitos fundamentais e motivadas por circunstâncias de setores determinados da ordem jurídica. Entretanto, as normas que impõem deveres não podem ser consideradas como meramente permissivas. Outrossim, a proposta da justificação como medida de solução de conflitos sociais não abarca o instituto em análise, uma vez que o conflito já foi previamente solucionado pela lei ao impor o dever de agir. Entretanto, o próprio autor mantém o estrito cumprimento de dever legal entre as causas de justificação⁶¹⁶.

Dessa forma, não existem fundamentos ontológicos que justifiquem a permanência do estrito cumprimento de dever legal entre as excludentes de ilicitude. Na verdade, a doutrina se resigna a manter as categorias classicamente atribuídas, sem questionar as contradições facilmente observáveis (BRODT, 2005).

Sob a ótica da racionalidade das leis penais (RIPOLLÉS, 2016), não se pode admitir que o tipo penal proíba aquilo que a própria ordem jurídica obriga, pois não pode o direito materializar sistemas contraditórios simultaneamente válidos. Portanto, a melhor solução é resolver o problema do estrito cumprimento de dever legal já no plano da atipicidade da conduta.

Uma vez adotada a concepção dominante, proposta por Mayer, que enxerga a tipicidade como a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015), a consequência imediata é que toda conduta típica será também ilícita até que se prove de outra

616 Juarez Tavares propõe que a teoria das causas de justificação deve ser formada pela conjugação do respeito à autonomia de decisões e da ponderação de bens (TAVARES, 2002). Entretanto, mais uma vez parece que os critérios propostos não incluem o cumprimento de dever: não se pode falar em autonomia de decisões quando se considera a ilicitude do ato que desconsidera o dever legal.

forma. Contudo, causa estranhamento pensar que o oficial de justiça que cumpre mandado de busca e apreensão pratica conduta presumidamente ilícita.

De fato, o próprio senso comum nos indica que o exercício de determinadas atividades não pode ser considerado ilícito, e a realidade social nos corrobora a conformidade ao direito destas condutas por ele ordenadas⁶¹⁷. Nesse sentido, afirma Ripollés que

a racionalidade legislativa penal seria o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica, a ser desenvolvida no plano do procedimento legislativo penal, que garantisse decisões legislativas suscetíveis de obter acordos sociais por sua adequação à realidade social na qual são formuladas (RIPOLLÉS, 2016, p. 87).

Carnelutti (2002) já argumentava que o delito se fundamenta justamente na obrigação de não inferir o dano, sendo necessária a exclusão do próprio delito sempre que haja a obrigação de irrogá-lo. O autor cita como exemplo a função do carrasco, que não poderia ser considerada criminosa nem em primeira análise.

Na realidade, o enquadramento do estrito cumprimento de dever legal como causa da exclusão de antijuridicidade resulta da resiliência da doutrina em aceitar a existência da tipicidade material e ultrapassar as fronteiras do mero rigorismo da exegese típica⁶¹⁸. Por óbvio, não se propõe o uso de interpretação extensiva para a análise da tipicidade; apenas se propõe que os conflitos de normas devam ser resolvidos já no plano da tipicidade, evitando a presunção de ilicitude de uma conduta que materialmente não se enquadra na descrição típica⁶¹⁹.

Além disso, a persistência da análise do nexo causal sob o ponto de vista exclusivamente naturalístico e sob o enfoque da teoria da equivalência dos antecedentes é o que permite que a conduta cumpridora de dever seja considerada típica pela doutrina tradicional. Neste ponto as teorias funcionalistas do crime tendem a ser mais vanguardistas, na medida em que buscam superar a relação tradicional entre ação e resultado (sem abandonar a teoria da equivalência).

617 Tome-se como exemplo o fato de não haver abertura de inquérito policial para investigar a conduta do oficial de justiça que invade uma residência, tratamento diverso daquele conferido a quem mata e legítima defesa. Nesse e em outros casos, a realidade social não se adequa ao tratamento normativo. Para mais detalhes, consulte 3.2, *infra*.

618 BRODT (2005) opina no sentido de que o enquadramento do instituto deve-se ao fato de que a concepção inicial de tipo elaborada por Beling era valorativamente neutra, não indicando qualquer elemento de ilicitude. Dessa forma, era natural que o cumprimento de dever fosse enquadrado entre as excludentes de ilicitude. Entretanto, afirma o autor que hoje não se pode sustentar que a conduta que cumpre dever gere presunção de ilicitude, sendo mantido esse enquadramento apenas em razão da ausência de discussão mais aprofundada sobre o tema.

619 Tal análise é consentânea com o sentido material da lei, que proclama o caráter obtuso da análise isolada da lei sem confrontá-la com o ordenamento circundante. Caso se dispense a análise do sentido material da lei, até mesmo o controle de constitucionalidade torna-se impossível. O tipo penal, como genuína manifestação de lei, não pode estar isento da análise de seus pressupostos materiais.

Nesse ponto, a imputação objetiva seria o corretivo da equivalência, no sentido de só serem consideradas típicas as condutas que criarem um risco proibido pela ordem jurídica (JAKOBS, 2009; ROXIN, 2008). Entretanto, os próprios autores, apesar de suas contribuições, incluem a atividade do servidor público entre as excludentes de ilicitude, solução esta da qual discordamos em razão de entendermos ser a atividade ordenada pela lei um risco permitido⁶²⁰.

Dogmaticamente falando, a concepção do cumprimento de dever como excludente de ilicitude não resguarda adequadamente o legítimo exercício da autoridade pública. A possibilidade de exercício de defesa em face de conduta típica e lícita já foi alvo de debates na doutrina, razão pela qual excluir a relevância penal da conduta já no plano da atipicidade resguarda o cumprimento de dever de embates doutrinários, bem como diminui a estigmatização do agente (BRODT, 2005).

Igualmente, não se deve olvidar que a teoria da acessoriedade mínima admite a participação em conduta típica e lícita⁶²¹ (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015). Seria absurdo imaginar a possibilidade de que o taxista que conduz o oficial de justiça até residência para cumprir medida de constrição judicial possa vir a ser denunciado por prestar auxílio em crime de invasão de domicílio. Entretanto, o enquadramento do cumprimento de dever como excludente de ilicitude não veda o levantamento de teses deste jaez.

Não se pode negar, diante do exposto, que são muitas as contradições e incongruências teóricas no tratamento dogmático do estrito cumprimento de dever legal. Além disso, a doutrina não se debruça sobre a questão, ainda que se argumente que a forma como a questão é tratada abre espaço para ilações absurdas e prejudica a racionalidade e a coesão do sistema penal. O que se propõe, em sequência, é a análise de uma teoria acerca do crime que pode oferecer uma solução para o tratamento da questão: a teoria da tipicidade conglobante.

2. A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

620 Para ROXIN (2008), risco permitido seria aquele penalmente relevante mas que encontra-se em geral permitido, independentemente do caso concreto. Já para JAKOBS (2009), o risco permitido seria aquele inerente à configuração social, o que aproximaria o conceito daquele trazido pela teoria da adequação social (JESUS, 2007). Damásio entende, ainda, que pelo conceito de risco permitido do autor estariam excluídas da tipicidade as diligências do oficial de justiça, por exemplo, embora JAKOBS não solucione a questão da mesma forma.

621 A teoria da acessoriedade mínima é minoritária, mas encontra vozes doutrinárias. Segundo esta teoria, basta que a conduta principal seja típica para que reste configurada a participação criminosa, ainda que na presença de excludente de ilicitude. A teoria majoritária, contudo, exige que a conduta principal seja típica e antijurídica para que se possa falar em participação: é a teoria da acessoriedade mínima. A teoria da acessoriedade extrema, que exigia que a conduta principal fosse típica, antijurídica e culpável, apesar de ter encontrado fôlego inicial, também é minoritária, perdendo espaço para a teoria da acessoriedade limitada (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015).

A concepção conglobante da tipicidade foi elaborada por Zaffaroni, segundo o qual a tipicidade penal deve sempre evidenciar uma verdadeira proibição penalmente relevante; para que essa proibição seja de fato verdadeira, a norma deve ser considerada em relação a todo o ordenamento jurídico (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015).

Pode ocorrer o fenômeno de que a fórmula típica aparente abarcar hipóteses quando analisada isoladamente, mas estas mesmas hipóteses de modo algum podem ser consideradas incluídas na proibição quando consideradas em confronto com o restante das normas do ordenamento (ou seja, conglobadamente)⁶²².

De fato, preleciona o argentino que “la norma antepuesta al tipo que tomamos em consideración para determinar la tipicidad legal de una conducta, no se halla aislada, sino que forma parte de un universo de normas dispuestas conforme a un cierto orden, que es el *orden normativo*”⁶²³ (ZAFFARONI, 2002, p. 486). Dessa maneira, o passo descrito pelo autor é de que toda conduta apenas estará realmente abarcada pelo tipo quando tomado este como parte de todo o universo normativo.

Portanto, o que se propõe é que a tipicidade conglobante seja um corretivo para a tipicidade normativa, ajudando a se compreender o real espectro de incidência da norma proibitiva além da análise isolada dos elementos típicos.

2.1. Pressupostos teóricos

Os fundamentos teóricos de Zaffaroni para a formulação da teoria partem do processo de gestação do tipo penal.

Segundo o autor, o processo se inicia quando um determinado bem da vida humana é considerado merecedor de interesse jurídico. O objeto é então, valorado pelo legislador, passando a se tornar um bem jurídico⁶²⁴.

A forma como o bem é valorado pelo legislador se manifesta através de uma norma jurídica que o tutela. Zaffaroni (2002) destaca que a norma jurídica não se confunde com a lei,

622 Por essa razão, Ivan Martins Motta defende que é possível chegar à mesma conclusão de Zaffaroni através da ideia de conflito aparente de normas. Segundo o autor, o que se verifica é o concurso aparente entre a norma penal, que proíbe que se prive alguém da liberdade, por exemplo, e a norma não penal, que ordena a prisão em flagrante (MOTTA, 2000).

623 “A norma anteposta ao tipo que tomamos em consideração para determinar a tipicidade legal de uma conduta, não se encontra isolada, mas faz parte de um universo de normas dispostas conforme uma certa ordem, que é a ordem normativa” (ZAFFARONI, 2002, p. 486 – tradução livre).

624 Zaffaroni (2002) destaca que o bem jurídico não possui este nome por ser um bem do direito, mas apenas por ser um bem da vida humana ao qual é atribuído interesse jurídico. Portanto, os bens preexistem a qualquer qualificação jurídica, mas passam a se tornar objetos de direitos apenas a partir da norma.

muito menos com a lei penal, mas se antepõe logicamente a ela. Portanto, a lei é apenas a manifestação da norma jurídica que protege determinado bem jurídico.

Em razão do interesse jurídico positivo sobre determinado bem (que gera bens jurídicos), surge um interesse jurídico negativo sobre determinadas condutas que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico.

O tipo penal seria o último passo da sequência valorativa do legislador. A partir do momento em que determinadas formas de afetação do bem jurídico requerem uma consequência jurídica especial (mais grave do que aquela já prevista em outra norma jurídica), o legislador os tutela com uma sanção penal, passando a ser um “bem jurídico penalmente tutelado”⁶²⁵.

Dessa maneira, o caminho seguido pelo legislador se inicia com a valoração de um bem, revelada através de uma norma, que pode vir a ser concretizada em um tipo penal. De fato, a ordem exposta pelo autor não é necessariamente cronológica, mas lógica: quando se considera a vida um bem juridicamente relevante, é criada uma norma geral que proíbe que se mate outrem, vindo esta norma a ser posteriormente materializada no tipo “matar alguém” (art. 121 do Código Penal).

A própria lógica do direito penal confirma o processo descrito. Quando se realiza a conduta de matar alguém, na realidade não se viola a lei penal, pois se está “cumprindo” o tipo (KAUFMANN, 1976). O que se viola, na realidade, é a norma jurídica, antecedente ao tipo, que valora negativamente a conduta que lesiona o bem jurídico “vida humana”.

Portanto, a conclusão lógica e natural é de que a norma jurídica e o bem jurídico preexistem ao tipo, e este só faz sentido enquanto concretização legislativa de uma conduta efetivamente valorada negativamente pela norma.

O processo a ser seguido pelo juiz na identificação da conduta criminosa é inverso ao processo seguido pelo legislador. O juiz, a princípio, conhece o tipo penal e vê uma conduta que a ele se amolda. Entretanto, isso não indica, de plano, a norma penal e o bem jurídico antecedentes. Portanto, o juiz deve partir do tipo para identificar a norma penal proibitiva e o bem jurídico por ela tutelado, para apenas então confirmar a presença de conduta típica. E essa análise não envolve apenas as leis penais, mas todas as normas do ordenamento jurídico.

Zaffaroni possui o entendimento de que bem jurídico penalmente tutelado “es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés

625 Zaffaroni (2002) reconhece a possibilidade de que a lei penal crie um tipo para tutelar bem que ainda não possui qualquer sanção em outras esferas jurídicas: é o que o autor chama de déficit qualitativo de sanção. Entretanto, o autor reconhece que raras vezes o direito penal será constitutivo, sendo, em regra, sancionador. Além disso, o autor afirma que as conclusões não se alteram nessas hipóteses, uma vez que a norma proibitiva continua sendo preexistente ao tipo.

mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas⁶²⁶” (ZAFFARONI, 2002, p. 240)⁶²⁷. Assim, considerando bem jurídico como a relação de disponibilidade, todos os bens são disponíveis segundo o autor, desde que seja o titular que o disponha. Por disponibilidade deve-se entender a possibilidade de uso e fruição do bem.

Portanto, a conduta conglobadamente típica é aquela prevista em um tipo penal, que viole a norma proibitiva antecedentes por lesionar ou ameaçar a possibilidade de fruição ou utilização de um bem jurídico.

Dessa maneira, apesar de o conceito de dever jurídico ocupar posição central na teoria de Zaffaroni, não se compreende o delito como mera infração de dever, mantendo-se o conceito de bem jurídico como categoria central na teoria do delito⁶²⁸.

2.2. Tipicidade e Antinormatividade

Pelo exposto, é possível que determinada conduta se enquadre à descrição típica, mas não seja antinormativa. Zaffaroni (2002) separa os conceitos para explicar que a antinormatividade é a característica da conduta que realmente viola a norma jurídica antecedente ao tipo.

Dessa maneira, por mais que a conduta se amolde ao tipo legal, caso não seja antinormativa não se está configurada a tipicidade.

A distinção entre lei e norma penal é presente desde a teoria do tipo de Binding, que destacava o fato de que o criminoso infringe apenas a norma penal e não o tipo. Assim, a norma penal está anteposta ao tipo e fora da lei penal em sentido formal (*apud* KAUFMANN, 1976).

626 “é a relação de disponibilidade entre uma pessoa e um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, normas estas expressadas com a tipificação destas condutas” (ZAFFARONI, 2002, p. 240 – tradução livre).

627 O próprio autor aponta, como crítica a seu conceito de bem jurídico, a questão do suicídio. De fato, sendo a vida um bem jurídico (a possibilidade de utilizá-la), deveria ser considerada atípica a conduta do suicida que dispõe livremente de seu bem jurídico, o que impediria a criminalização da participação em suicídio. O autor soluciona a questão afirmando que há um dever geral na ordem jurídica de impedir o suicídio, sendo considerada ilícita a conduta que descumpra esse dever. Dessa forma, afirma o autor que a tipificação da participação em suicídio seria uma punição para uma das modalidades de descumprimento desse dever. Além disso, afirma que o suicídio não é fomentado pela ordem jurídica (ZAFFARONI, 2002).

628 Os delitos por infração de dever são associados por Zaffaroni (2002) ao nacional-socialismo e ao obscuro conceito de bem jurídico em Hegel (vontade geral). Indica o autor que a proposta é uma consagração irracional do dever por dever, o que interrompe a análise antes de chegar à essência do injusto.

Também WELZEL (2002), mestre do finalismo, destaca que não se extrai a norma apenas da leitura cega da descrição do tipo formal, mas que a antinormatividade é antecedente ao tipo. O autor ensina que

tipo es una figura conceptual, que describe formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (por ejemplo, la acción de matar a un hombre), esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva "el carácter contrario a la norma" de la conducta⁶²⁹ (WELZEL, 2002, p. 74)

Como o tipo pressupõe a antinormatividade e a afetação de um bem jurídico, caso se demonstre a ausência de violação à norma antecedente restará excluída a própria tipicidade da conduta.

ZAFFARONI (2002) explica, todavia, que presentes a tipicidade e a antinormatividade, a conduta não será necessariamente antijurídica. A conduta antijurídica será aquela que se extrai do confronto harmônico entre as normas proibitivas e os preceitos permissivos. Portanto, a antijuridicidade não é extinta e não se confunde com atipicidade dentro da teoria conglobante⁶³⁰: o que se observa é que a antijuridicidade ocorrerá apenas na ausência de normas permissivas.

Também o mestre do finalismo, em sua obra, assevera que a conduta típica e antinormativa poderá deixar de ser antijurídica desde que se tome a presença de preceitos permissivos (WELZEL, 2002)⁶³¹.

O que se depreende, portanto, é que as normas permissivas seriam causas de justificação da conduta, o que deve excluir, de plano, o estrito cumprimento de dever legal. Na realidade, o dever legal advém de uma norma impositiva, dotada de natureza jurídica diversa da norma permissiva.

629 “tipo é uma figura conceitual, que descreve formas possíveis de conduta humana. A norma proíbe a realização destas formas de conduta. Se é realizada a conduta descrita conceitualmente no tipo de uma norma proibitiva (por exemplo, a ação de matar alguém), esta conduta real entra em contradição com a exigência da norma. Daí deriva ‘o caráter contrário a norma’ da conduta” (WELZEL, 2002, p. 74 – tradução livre)

630 Dessa forma, afasta-se a pertinência da “teoria dos elementos negativos do tipo”, segundo a qual a tipicidade já pressupõe que a conduta tenha sido cometida na ausência de qualquer norma permissiva. Sendo assim, onde lê-se “matar alguém” deveria ler-se “matar alguém salvo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade, etc.”. Entretanto, ainda que houvesse essa análise, não seria alterada a natureza da cada uma das fases: primeiro se aferiria a tipicidade (com a antinormatividade que é seu pressuposto) e depois a antijuridicidade. Além disso, GOTI (*apud* ZAFFARONI, 2002) indica que, sob o ponto de vista político-criminal, seria desvantajoso pretender que o tipo abarcasse todos os preceitos permissivos, pois a proibição seria elastizada, perdendo sua força motivadora (prevenção geral).

631 Já foi destacado, anteriormente, que a doutrina possui uma tendência cega a resumir as causas de justificação em normas permissivas, sem atentar para a natureza diversa do estrito cumprimento de dever legal.

2.3. Normas impositivas e permissivas

A atipicidade conglobante não surge, portanto, das permissões contidas na ordem jurídica. Pelo contrário, surge dos fomentos normativos, da indiferença da lei penal ou das normas impositivas de condutas (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015). As últimas são as que interessam para a análise do estrito cumprimento de dever legal.

As normas impositivas e as permissivas ocupam duas posições normativas diferentes. A teoria das normas jurídicas de KELSEN (1976) já expunha essa diferença. Assim descreve o autor:

Não se pode negar que ser-permitido e ser-imposto excluem-se mutuamente. Se uma conduta é apenas permitida, ela não é imposta; se uma conduta é imposta ela não é permitida. De vez em quando realmente se assevera que uma conduta imposta é também permitida. Se uma conduta é permitida, pode-se fazer uso da permissão ou não o fazer. (KELSEN, 1976, p. 125)

O autor destaca que uma imposição perde sua natureza quando passa a se ter a opção de não segui-la: nesse caso, a imposição se torna uma permissão. Já de uma permissão pode-se fazer uso ou não, sem qualquer alteração em sua natureza (KELSEN, 1976).

Um traço distintivo da imposição é a cominação de sanção jurídica: a conduta que não se amolda à imposta, será considerada ilícita ou até mesmo criminosa, a depender da configuração legal. A natureza da permissão é a opção de conduzir-se conforme ela ou não.

Não se pode admitir dois deveres contraditórios dentro do universo jurídico: não se pode obrigar simultaneamente à ação e à omissão, por exemplo⁶³². Dessa forma, os conflitos existentes entre normas impositivas são resolvidos no próprio plano da legalidade, de acordo com as regras do conflito aparente de normas ou com critérios de coesão normativa (MOTTA, 2000). Além disso, os pressupostos da teoria de Zaffaroni poderiam ser analisados sob os corolários lógicos da identidade e da não contradição (NETTO, 2008).

Por outro lado, as normas permissivas não entram em contradição com as normas impositivas. Pelo contrário, a existência de permissões pressupõe necessariamente a preexistência de um dever jurídico (ZAFFARONI, 2002). Afinal, não faz sentido tratar de uma conduta permitida se não houver uma proibição.

⁶³² A impenetrabilidade das normas proibitivas é comparada por ZAFFARONI (2002) ao princípio da impenetrabilidade física, que, segundo o autor, também é um princípio lógico necessário e não o resultado de uma comprovação física.

Dessa forma, as permissões formam meros recortes no âmbito da proibição, servindo para delimitar o real alcance da norma impositiva (BRODT, 2005). Dito de outra forma, as proibições e as permissões formam um todo harmônico, representando a legalidade de maneira analítica⁶³³.

Portanto, a existência de normas que impõem o dever de atuar em contradição com normas que impõem uma conduta diversa deve ser resolvida no plano da normatividade, e não da antijuridicidade. Natural, portanto, que a conduta ordenada por lei, ainda que se amolde ao tipo legal, não seja considerada antinormativa, estando excluída, portanto, a tipicidade penal.

A conclusão proposta pela teoria é de que a tipicidade conglobante envolve tanto a análise da tipicidade legal quanto a análise da antinormatividade. Nessa toada, a tipicidade conglobante serviria como um corretivo da tipicidade meramente legal.

2.4. Correção da tipicidade legal

O modelo proposto até agora serve, segundo o seu criador (ZAFFARONI, 2002) como um corretivo da tipicidade legal. A análise cega e isolada do texto do tipo não revela completamente a norma a ele anteposta. Por essa razão, podem existir condutas que, a princípio, se enquadrem perfeitamente na descrição típica, embora em uma segunda análise quedem fora dos limites da antinormatividade. Portanto, a análise da tipicidade conglobante serve justamente para corrigir o âmbito de incidência da tipicidade, excluindo as condutas que se amoldam ao tipo, mas que não são antinormativas, reduzindo, portanto, o âmbito de incidência da lei penal (BRODT, 2010).

Por excelência, a conduta que está fora dos limites da tipicidade, justamente por ser antinormativa, é aquela realizada em cumprimento a um dever jurídico. Não faz sentido que se considere a conduta de um soldado que mata em batalha como típica: a norma que proíba o homicídio encontra-se limitada por outra norma que proíbe que o soldado deixe de cumprir seu dever militar⁶³⁴.

633 ZAFFARONI (2002) afirma que as permissões não constituem “exceções” à proibição geral, pois essa análise é sintética e restringe o âmbito da legalidade. Pelo contrário, as permissões ampliam a compreensão do espectro normativo, resultando em uma proposição analítica do ordenamento.

634 O mesmo é válido para os deveres dos oficiais de justiça, dos policiais em serviço e dos carrascos, por exemplo. Entretanto, já vimos que os deveres não são apenas impostos a agentes públicos, mas também a particulares. Nesse sentido, a pessoa que precisa quebrar o vidro de um carro para prestar socorro em um acidente por ela mesma causado, cumpre um dever que, desobedecido, pode configurar o crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal).

Entretanto, esta não é a única situação que exclui a tipicidade quando analisada sob a ótica da tipicidade conglobante. Quando a conduta é favorecida pelas normas jurídicas, também não se pode considerar como antinormativa: se há uma norma de fomento, a conduta fomentada não contraria a norma jurídica, mas em certa medida a cumpre. É o exemplo do cabeleireiro, que pratica a conduta típica de lesões corporais no exercício de sua profissão⁶³⁵.

Da mesma forma, não podem ser consideradas típicas as condutas que, apesar de se adequarem à tipicidade legal, se encontrem fora da ingerência repressiva do Estado por disposição constitucional. Nesse sentido, a aquiescência da vítima é alvo de grande debate, se dividindo a doutrina entre aqueles que a consideram causa de atipicidade e os que a incluem entre as causas de justificação⁶³⁶ (CORREA, 2011).

Por fim, também as condutas que causem uma lesão insignificante ao bem jurídico antecedente devem ser consideradas atípicas; é o conhecido princípio da insignificância⁶³⁷ (ROXIN, 2008). A antinormatividade penal requer um determinado nível de afetação ao bem jurídico⁶³⁸ (que se antepõe ao tipo), o que não ocorre em toda e qualquer conduta que se amolde à tipicidade legal. O exemplo utilizado por ZAFFARONI (2002) é a situação de um carro que estaciona muito próximo ao nosso, nos impedindo, por um momento, de sair de nosso veículo.

Portanto, a tipicidade penal seria a soma da tipicidade legal com a tipicidade conglobante (ÁVILA, BOSCHI, 2011) e apenas por essa última seria possível esclarecer se a conduta é realmente antinormativa e afeta o bem jurídico.

Outras teorias buscam solucionar os problemas causados pelo isolamento da tipicidade legal. A teoria da imputação objetiva, já tratada de maneira superficial anteriormente, contudo,

635 A mesma solução poderia ser aplicada aos casos de intervenções cirúrgicas, situação que sempre foi alvo de grande debate doutrinário. Grande parte da doutrina busca resolver a situação sob o ponto de vista das causas de justificação, como o exercício de um direito e o consentimento da vítima (ZAFFARONI, 2002). Nossa tendência é entender que a cirurgia com fins terapêuticos é atípica, enquanto a cirurgia sem fins terapêuticos (como a cirurgia plástica) é conduta típica justificada, pois é apenas permitida pela ordem jurídica e não necessariamente fomentada.

636 A doutrina tradicional tende a colocar a aquiescência da vítima, por exemplo, dentre as causas de justificação da conduta. Nesse entendimento, ANDRADE (1991) busca criar um sistema de causas de justificação para que se encaixe o consentimento da vítima. Dentro da tipicidade conglobante, a aquiescência pode ser irrelevante, pode gerar a atipicidade da conduta ou pode ser uma causa de justificação, a depender do titular do bem jurídico e do grau de disposição e de afetação da conduta (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015). A impossibilidade de ingerência do poder repressivo contra a vontade da vítima é a que leva ZAFFARONI (2002) a propor a atipicidade da autolesão, como aquela gerada pelo uso de drogas, afirmando que não se pode admitir a presunção usuário-traficante.

637 Roxin foi o formulador do princípio da insignificância nos termos conhecidos. Segundo sua formulação, aquelas afetações sem importância são excluídas do âmbito da tipicidade, pois não alcançam a alçada penal (ROXIN, 2008).

638 A afetação ao bem jurídico não se confunde com o resultado material do delito, uma vez que este é a alteração física enquanto a primeira é a soma axiológica da conduta (o seu desvalor). Da mesma forma, a afetação não pressupõe uma lesão ao bem jurídico, mas pode ocorrer também sob a forma de ameaça, ocasião em que se fala de crimes de perigo (concreto ou abstrato).

abandona os critérios materiais e naturalistas do delito em função de uma imputação completamente objetiva e calcada apenas em disposições normativas (JAKOBS, 2009; CALLEGARI, 2014).

WELZEL (2015), por ooutro lado, tentou resolver a questão sob a ótica da adequação social. Segundo o autor, as condutas que se adequem aos parâmetros socialmente definidos de comportamento não poder ser considerada típica. Segundo o autor, a adequação social se situa no âmbito normal de liberdade de ação, enquanto as causas de justificação constituem permissão especial para realiza condutas típicas. A dificuldade dessa teoria é justamente encontrar o valor social de uma conduta e definir sua adequação ou não aos valores sociais, por demais fluidos. ZAFFARONI (2002) entende, ainda, que a aplicação da teoria conglobante não deixa espaço para a teoria da adequação social.

De nosso ponto de vista, a teoria da tipicidade conglobante oferece todos os pressupostos dogmáticos para corrigir o papel do estrito cumprimento de dever legal dentro da teoria geral do crime.

3. REENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Apresentados os pressupostos dogmáticos da teoria da tipicidade conglobante, entendemos que o estrito cumprimento do dever legal deve ser considerado como causa de atipicidade da conduta e não mais como causa de justificação.

Já expomos que a análise conglobante da tipicidade serve como corretivo da tipicidade legal, a fim de determinar o real alcance da proibição que antecede à descrição típica. Portanto, a conduta que cumpre dever não pode ser considerada típica, justamente por não constituir ação antinormativa.

A exclusão do cumprimento de dever legal das causas de justificação contribui para o aperfeiçoamento dogmático da teoria do crime dentro do paradigma finalista e também para uma melhor compreensão do sistema de causas de justificação.

Como já foi exposto, dentro da teoria finalista, a norma penal é necessariamente anteposta ao tipo e fora da lei penal. Portanto, a conduta que cumpre dever não se opõe à norma penal, embora possa realizar o tipo. Além disso, existem ainda correntes dogmáticas que entendem ausente o dolo finalista da conduta realizada em estrito cumprimento de dever legal (correntes estas noticiadas por ZAFFARONI, 2002).

Mais uma vez, deve-se frisar a tendência da doutrina finalista ou funcionalista do crime em resumir as causas de justificação a tipos permissivos, não explicando o fundamento dogmático do estrito cumprimento de dever legal.

Dessa forma, o reenquadramento do instituto serve ao propósito de adequar a teoria do crime à realidade de sua análise, não apenas do ponto de vista prático, mas também em face da forma como a própria doutrina enxerga o cumprimento de dever.

Nesse ínterim, a mudança facilita o estudo e a compreensão das demais causas de justificação como tipos permissivos, eliminando a contradição existente na análise do inciso III do art. 23 do Código Penal. Outrossim, facilitaria a concepção de um fundamento monista para as causas de justificação (tentativa esta por nós rechaçada) ou de um novo sistema de justificação (ANDRADE, 1991).

Ademais, entendemos que este reenquadramento serve também para conferir coesão normativa ao sistema jurídico-penal de acordo com o primado constitucional da legalidade. Por fim, a nova análise dogmática cumpre também a função de conferir maior legitimidade ao exercício das funções públicas. São esses os tópicos que serão analisados na sequência.

3.1. Racionalidade normativa e princípio da legalidade

A necessidade de consideração conglobada da norma para corrigir o âmbito de proibição das normas isoladas favorece a possibilidade de aplicação dos preceitos constitucionais à matéria penal. Eles estabelecem a medida de validade das normas preceptivas e contribuem para tornar precisas as esferas de proibição das normas incriminadoras (BRODT, 2005).

Aliás, a própria finalidade da ordem proibitiva⁶³⁹ não pode ser alcançada sem que se estabeleça uma ordem harmônica entre todas as normas do ordenamento. As pautas sociais de conduta não podem ser introjetadas quando existam normas contraditórias e confusas, que não exponham corretamente o sentido da ordem e o alcance da proibição. Portanto,

para que la aspiración ética del derecho se cumpla, es necesario que esas normas e preceptos no operem de modo contradictorio, porque la contradicción es la arbitrariedad, es decir, lo que no puede internalizarse, porque no señala pauta alguna de conducta. Cuando hay contradicción no hay orden, cuando no hay orden no hay pautas, sin pautas no hay internalización

639 A finalidade da ordem jurídico-penal que se pode extrair do finalismo é aquela de evitar a “guerra de todos contra todos” (*bellum omnium contra omnes*), a guerra civil (WELZEL, 2015). Entretanto, a própria finalidade da lei penal depende daquilo que se enxerga como relevante salvaguardar por meio de lei. Dessa forma, dentro da teoria funcionalista de ROXIN (2008), a finalidade é proteger a legítima expectativa de cumprimento das leis, afastando como crimes as tentativas graves de burla à ordem jurídica.

posible por falta de objeto de la misma y, finalmente, esas contradicciones no pueden aspirar a ninguna ética⁶⁴⁰ (ZAFFARONI, 2002, p. 233-234).

Caso a conduta seja considerada ordenada e ao mesmo tempo proibida, fomentada e ao mesmo tempo vedada, não se poderá compreender a pauta de conduta do ordenamento, causando uma quebra da coesão do sistema normativo.

A ausência de internalização das normas pode se revelar em dois sentidos: a ausência de compreensão da norma preceptiva (que impõe dever) em razão da existência de norma proibitiva, ou a não compreensão da norma proibitiva em razão da norma preceptiva (gerando quebra do postulado fundamental da legalidade).

No primeiro ponto, a compreensão inexata do alcance do dever legal em face da norma proibitiva pode gerar abusos de poder e de autoridade pública (BRODT, 2005). A imposição de dever de forma incompleta ou contraditória confunde o alcance da atuação permitida, facilitando que a autoridade desborde dos limites da ordem legal e adentre a esfera da norma proibitiva. Nesse ínterim, direitos fundamentais são violados e garantias afastadas, por estarem erroneamente supostas nos limites do dever legal⁶⁴¹.

Por outro lado, parece-nos ainda mais preocupante a possibilidade de não compreensão adequada da norma proibitiva, por implicar flagrante violação ao postulado constitucional da legalidade.

Luigi Ferrajoli, ao expor seu sistema garantista, divide a concepção da legalidade em mera legalidade e legalidade estrita⁶⁴². Segundo a primeira, a legalidade implica na exigência da lei como condição necessária da pena e do delito. Já o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições da legalidade penal (FERRAJOLI, 2002).

O autor completa o sentido de legalidade estrita afirmando que esta “prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso” (FERRAJOLI, 2002, p. 76-77). Além disso, a observância da legalidade estrita deve assegurar a denotação taxativa da ação, do dano e do resultado.

640 “Para que a aspiração ética do direito se cumpra, é necessário que essas normas e preceitos não operem de forma contraditória, porque a contradição é a arbitrariedade, isto é, algo que não pode ser internalizado, porque não sinaliza qualquer pauta de conduta. Quando há contradição não há ordem, quando há ordem não há pautas, sem pautas não há possibilidade de internalização por falta de objeto a ser internalizado e, finalmente, essas contradições não podem aspirar a qualquer padrão ético” (ZAFFARONI, 2002, p. 233-234 – tradução livre)

641 Dessa forma, entendemos que a colocação do estrito cumprimento de dever legal entre as causas de justificação facilita o excesso na conduta das autoridades públicas, causando violação ao texto constitucional, em razão da ausência de compreensão da norma.

642 A legalidade, nos dois sentidos descritos pelo autor, constitui um dos dez axiomas fundamentais do sistema garantista, sem os quais o sistema desborda para o autoritarismo. Entre estes axiomas encontram-se, ainda, os seguintes princípios: retributividade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionabilidade, princípio acusatório, ônus da prova e contraditório (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75)

Portanto, afirma o autor que a lei é condicionante da mera legalidade. Contudo, sob a ótica da legalidade estrita, a lei é condicionada, e a observância da legalidade estrita é pressuposto de validade da própria lei, sem a qual não se aplica⁶⁴³ (FERRAJOLI, 2002). Portanto, uma lei que não é clara, não respeita as garantias e não possibilita a taxatividade da ação, do dano e do resultado não pode ser validamente considerada.

A lei penal válida é aquela que cumpre os postulados da legalidade estrita, dentre eles a correta e precisa descrição das atividades proibidas. A contradição entre leis, dentro da proposição do autor, fere a legalidade e implica na deslegitimação do sistema punitivo, a um passo de um sistema penal autoritário.

Também RIPOLLÉS (2016), ao dispor acerca das bases de um sistema racional de atribuição da responsabilidade penal, destaca o chamado “princípio da certeza ou da segurança jurídica”. Este postulado, situado pelo autor fora do âmbito da legalidade⁶⁴⁴, exige que o cidadão saiba com precisão em que circunstâncias se lhe exigirá a responsabilidade e as consequências atribuídas.

A obtenção de um sistema jurídico livre de contradições é uma meta de todo processo legislativo, seja através do debate político seja através das técnicas de hierarquia das fontes ou cláusulas derogatórias. Apesar do desgaste sofrido pelo império da lei⁶⁴⁵, não se pode abrir mão da racionalidade dos conteúdos legislativos penais, que se manifesta através de um corpo legal quase onicompreensivo e na manutenção de um catálogo coerente de bens jurídicos e de um único sistema de responsabilidade penal e de sanções (RIPOLLÉS, 2016).

Da mesma forma que FERRAJOLI (2002) dirige a legalidade estrita à atividade do legislador como forma de se possibilitar no futuro uma real submissão do juiz à lei, também o sistema racional de RIPOLLÉS (2016) aponta no caminho do legislador como pressuposto indispensável para a obtenção da racionalidade na jurisdição.

643 Em razão dessas características, FERRAJOLI (2002) aponta que a mera legalidade é direcionada ao juiz, no sentido de obrigá-lo a cumprir aquilo exposto em lei no sentido formal. Já a legalidade estrita seria direcionada à atividade do próprio legislador, constituindo uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir a decidibilidade da verdade de seus enunciados. A observância da legalidade estrita é que diferencia o estado de direito do estado meramente “legal” e o estado garantista do estado autoritário.

644 FERRAJOLI (2002) coloca esta necessidade como uma decorrência do princípio da legalidade. RIPOLLÉS (2016), por sua vez, entende que a transcendência da legalidade não alcança o nível básico da racionalidade ética. Dessa forma, apesar de reconhecer a legalidade como um componente de legitimidade das demandas dirigidas ao cidadão, a desloca para um outro nível de debate da racionalidade penal.

645 Muitos são os motivos apontados como causa da derrocada do princípio da legalidade. FERRAJOLI (2002), por exemplo, exemplifica o argumento por meio da proliferação das normas penais em branco e dos crimes de perigo. Já RIPOLLÉS (2016), por sua vez, indica que a legalidade não possui vigência integral em sistemas eticamente próximos ao nosso (como o anglo-saxão) e que sofre abalos, na Espanha, em razão da acolhida inquestionada de todas as propostas emanadas da União Européia.

Não se pode concordar com a afirmada impossibilidade de alcance da racionalidade no âmbito legislativo, em razão dos interesses representativos. Manuel Atienza (2014) afirma que a racionalidade na aplicação do direito pressupõe a prévia racionalidade legislativa. Além disso, a própria argumentação jurisdicional contém em si a argumentação que se desenvolveu em âmbito legislativo⁶⁴⁶.

Pode-se questionar, todavia, se a irracionalidade apontada por esta pesquisa deve ser necessariamente resolvida em âmbito legislativo, com a exclusão do estrito cumprimento de dever legal do rol do art. 23 do Código Penal. Ora, se a racionalidade é um pressuposto da legalidade e do processo legislativo, não caberia ao poder judiciário resolver a crise.

Apesar de crermos que a alteração legislativa seja mais adequada e resolva o problema de forma mais coerente, nada impede a atuação jurisdicional de adequação das categorias. Na realidade, nem tudo que se outorga à legislação é retirado necessariamente do âmbito da jurisdição (RIPOLLÉS, 2016). Em primeiro lugar, qualquer atuação da jurisdição pressupõe a análise da racionalidade legislativa, pois a atividade do juiz deve ser vinculada à lei, como já exposto. Em segundo lugar, a análise de caráter concreto realizada pela atividade jurisdicional confere legitimidade à sua atuação, uma vez que a própria lógica do código penal não exclui essa interpretação⁶⁴⁷.

O mais relevante é compreendermos que a contradição entre preceitos normativos fere a racionalidade legislativa e a própria legitimidade do sistema, em razão de se chocar frontalmente com a legalidade estrita. A irracionalidade legislativa impede, ainda, o exercício racional da jurisdição, que pressupõe a lei e a ela se remete. Portanto, a adequação do instituto, dentro da ótica da teoria do crime, confere legitimidade ao sistema e racionalidade ao exercício da jurisdição.

3.2. A legitimação da atuação estatal

Já se demonstrou que a errônea colocação do cumprimento de dever entre as causas de justificação cria contradições legislativas, facilitando o cometimento de excessos pelas

646 ATIENZA (2014) vai ainda mais longe ao afirmar que a racionalidade em ambos os momentos deve responder a exigências análogas, não se limitando apenas a aspectos formais, mas também atentando à teleologia do sistema e dos princípios éticos a ele subjacentes.

647 O art. 23 do Código Penal afirma que o cumprimento de dever exclui o crime e não necessariamente a antijuridicidade, como se interpreta; a exclusão do crime pode se dar por diversos fundamentos. Portanto, a atuação jurisdicional, apesar de não ser a preferível, não viola a separação de poderes, pois preserva a lógica da legislação e não tolhe sua atuação na reforma da lei.

autoridades públicas e dificultando a internalização das regras proibitivas. Ademais, viola o princípio da legalidade estrita, maculando a racionalidade e a legitimidade do sistema penal.

O que se pretende demonstrar neste último tópico é que o reenquadramento do cumprimento de dever para o plano da tipicidade cumpre também o propósito de conferir maior legitimidade para a atuação das próprias autoridades públicas. Entende-se que a consideração do cumprimento de dever como causa de justificação traz reflexos em três institutos centrais: o inquérito policial, a prisão em flagrante e a ação civil *ex delicto*.

Como já destacado, a conduta considerada típica traz em si a presunção de ilicitude, razão pela qual deve se proceder à abertura do inquérito para se verificar a real presença dos pressupostos do crime. Renato Brasileiro de Lima (2014) destaca que a abertura do inquérito de ofício⁶⁴⁸ é um dever toda vez que tomar conhecimento de um fato formalmente típico, “devendo a autoridade policial abster-se de fazer qualquer análise quanto à presença de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade” (LIMA, 2014, p. 121). Já a instauração de inquérito policial para investigar ato manifestamente atípico constitui constrangimento ilegal, que pode ser atacado pela via do *habeas corpus*⁶⁴⁹ (LOPES JR., 2016).

Portanto, havendo uma denúncia formal de um ato regularmente conduzido por um oficial de justiça, a autoridade policial é obrigada a investigar os fatos e colher indícios (ainda que apenas para comprovar a regularidade do cumprimento do dever), instaurando um inquérito policial e gerando gastos de recursos públicos.

Sob a ótica do arquivamento do inquérito a questão também se revela problemática. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha o entendimento de que a decisão de arquivamento fundamentada na atipicidade da conduta⁶⁵⁰ ou em causa extintiva da punibilidade⁶⁵¹ faça coisa julgada material, não manifesta o mesmo entendimento para as causas de justificação. A Primeira Turma do STF já entendeu que é possível o oferecimento de denúncia a partir de novas provas apesar de decisão anterior de arquivamento com base em excludente de ilicitude⁶⁵².

648 A instauração de inquérito de ofício é considerada um dever da autoridade policial toda vez que esta tomar conhecimento de fatos típicos, nos termos do art. 5º, inciso I, do Código de Processo Penal, não havendo discricionariedade de atuação neste momento. A discricionariedade existe na condução da investigação, uma vez que pode a autoridade determinar as diligências que entender necessárias para a elucidação do fato (OLIVEIRA, 2015).

649 A jurisprudência do STF reconhece o constrangimento ilegal não apenas quando a conduta investigada é formalmente atípica, mas também quando manifesta a atipicidade material da conduta nos casos de aplicação do princípio da insignificância. A esse respeito, por exemplo: HC 12302/PR, HC 118067/RS, HC 100935/RS, dentre outros.

650 Veja, por exemplo, o HC 84156/MT, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma.

651 Vejo, por exemplo, o HC 84525/MG, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma.

652 HC 95211/ES, rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma. No caso, o inquérito havia sido arquivado com base no estrito cumprimento de dever legal. Posteriormente, foram descobertas novas provas indicando que não houve cumprimento de dever, mas sim “queima de arquivo” por parte dos policiais. Dessa forma, o STF manteve o

Portanto, nada impede a instauração de inquérito em caso de estrito cumprimento de dever legal e o arquivamento nele fundamentado não faz coisa julgada material.

Em sequência, devemos destacar, de plano, que a presença de uma causa de justificação não impede a prisão em flagrante. Na realidade, o flagrante típico (art. 302, inciso I do CPP) pressupõe o cometimento da infração, ou seja, a execução de uma conduta típica. O parágrafo único do art. 310 do CPP⁶⁵³ avança e estatui que a prisão em flagrante deverá executada ainda que esteja manifestamente presente uma causa de justificação, cabendo apenas ao juiz a posterior concessão de liberdade provisória⁶⁵⁴.

A doutrina é assente em afirmar que basta o cometimento da conduta descrita no tipo para que se possa proceder à prisão em flagrante. Dessa forma, a análise a ser feita restringe-se à tipicidade formal da conduta (LIMA, 2014; RANGEL, 2015; OLIVEIRA, 2015; LOPES JR., 2016).

A conclusão a que se chega é: sendo o cumprimento de dever legal uma causa de justificação, pode ser preso em flagrante aquele que está cumprindo um dever desde que a conduta se amolde àquela formalmente prevista no tipo. Além disso, efetuar a prisão em flagrante é um dever do agente de polícia que constitui, ao mesmo tempo, uma restrição da liberdade. Portanto, poderíamos chegar ao cúmulo de se prender em flagrante um policial apenas pelo fato de ter este prendido alguém em flagrante, o que iniciaria um ciclo indefinido de prisões⁶⁵⁵.

entendimento que prevalecia desde a origem, assentando se tratar de prova nova que possibilita o desarquivamento do inquérito. Este entendimento é questionável: por qual razão teria validade uma prova nova que afasta a excludente de ilicitude, mas não se aceita uma prova nova que atesta a tipicidade da conduta? A lógica de prova nova poderia ser aplicada para qualquer fato que comprovasse um elemento do tipo; não parece ser este, todavia, o entendimento da suprema corte.

653 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

654 A liberdade provisória, no caso, será concedida mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais. Entretanto, o art. 314 do CPP afirma expressamente que não pode ser decretada prisão preventiva nas hipóteses de exclusão da ilicitude. Portanto, a medida de comparecimento a todos os atos processuais é desprovida de força coercitiva, pois seu descumprimento nada acarreta ao réu (LIMA, 2014).

655 É questionável se a conduta do policial que efetua a prisão em flagrante poderia se amoldar ao tipo do art. 146 do Código Penal (constrangimento ilegal), pois este pressupõe que a conduta praticada seja contrária ao direito como elemento objetivo do tipo. Contudo, a conduta poderia, em tese, se amoldar a outros tipos legais, como o abuso de poder ou o crime de ameaça (art. 147 do Código Penal), por exemplo.

Pode-se argumentar que esta discussão é inócua e na prática nada do relatado acima ocorre. Por óbvio, não se instaura inquérito para investigar a prisão em flagrante efetuada por policial nem se prende em flagrante oficial de justiça que adentra domicílio. Contudo, o verificado na prática não é o mesmo que se extrai da doutrina e da legislação.

Na realidade, vemos que acontece um resultado próximo àquele proposto por Juarez Tavares acerca da “antecipação do juízo de antijuridicidade” (TAVARES, 2002). Segundo o autor, em uma primeira fase devem ser analisadas a tipicidade e a antijuridicidade em conjunto, sob o prisma dos direitos fundamentais e dos direitos humanos⁶⁵⁶. Dessa forma, efetuada a análise conjunta dos dois elementos do crime, restariam justificadas as situações acima expostas, em que se antecipa a possível justificação futura da conduta para não instaurar inquérito nem efetuar prisão em flagrante.

Entretanto, é claro o contorcionismo lógico feito por todas as tentativas de explicar tais contradições práticas, uma vez que elas não têm explicação quando se considera o cumprimento de dever como causa de justificação. O juízo de antecipação da antijuridicidade (TAVARES, 2002) chega ao ponto de abdicar do conceito analítico de crime tradicionalmente estabelecido para afirmar a antecipação do juízo de ilicitude já no plano da tipicidade.

A proposta aqui encartada, baseada nos fundamentos da tipicidade conglobante, traz remédios para a questão sem abandonar os conceitos tradicionais da teoria analítica do crime⁶⁵⁷.

Acerca da ação civil *ex delicto*, cabe tecer alguns comentários. O art. 65 do Código de Processo Penal é expresso ao afirmar que a sentença que reconhece o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito ou o estrito cumprimento de dever legal faz coisa julgada no âmbito cível. Dessa forma, absolvido o agente em razão do estrito cumprimento de dever legal, não poderia mais este instituto ser debatido em eventual ação indenizatória (OLIVEIRA, 2015).

Contudo, o reconhecimento de causa de justificação na esfera penal não impede que o agente venha a ser condenado em posterior ação indenizatória, pois a lei civil admite a responsabilidade civil por ato lícito. A doutrina civil destaca que não há qualquer contradição

656 O procedimento proposto por TAVARES (2002), chamado de “concepção democrática do injusto”, se inicia com a análise conjunta dos dois elementos do conceito de crime sob o prisma constitucional e dos direitos humanos. Posteriormente, em uma segunda fase, os dois seriam analisados separadamente, a fim de atender o conceito analítico de crime.

657 O próprio autor do modelo de antecipação do juízo de ilicitude afirma que sua proposta reproduz a mesma hipótese de atipicidade conglobante fundamentada por Zaffaroni (TAVARES, 2002).

nesta interpretação, pois o ressarcimento pode ocorrer “sem que o agente tenha violado qualquer dever jurídico”⁶⁵⁸ (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 582).

Neste sentido, o parágrafo único do art. 930 do Código Civil impõe o dever de indenizar àquele que causa dano em exercício regular do direito ou legítima defesa (por expressa remissão ao art. 188, inciso I). Apesar de não conter expressamente o cumprimento de dever legal, a doutrina amplia a possibilidade também para este instituto, por se tratar, tradicionalmente, de causa de justificação.

Dessa forma, o reenquadramento do cumprimento de dever para o plano da tipicidade da conduta salvaguardaria em parte a atuação da autoridade que cumpre seu ofício de forma regular, evitando reflexos penais (inquérito e flagrante) ou cíveis (indenização por ato lícito) de sua conduta, ressalvadas as hipóteses de responsabilidade objetiva do estado e prejuízos causados a terceiros de boa-fé.

CONCLUSÃO

Embora a configuração tradicional do estrito cumprimento de dever legal considere o instituto como uma causa de justificação, esse entendimento se mantém mais por razões históricas do que por razões teóricas (BRODT, 2005).

O confronto do instituto com as outras causas de justificação revela inúmeras contradições, tanto dentro do sistema das causas de justificação quanto na análise de forma de incidência prática do instituto.

A teoria da tipicidade conglobante, por óbvio, não está imune a críticas. Muitos criticam a formulação de Zaffaroni por entenderem que ela traz complicações desnecessárias à teoria do delito, como a suposta cisão da tipicidade em dois aspectos (NETTO, 2008). Pode-se argumentar, ainda, que a questão pode ser resolvida por meio de outros pressupostos teóricos, como a teoria dos elementos negativos do tipo (ZAFFARONI, 2002).

Contudo, o propósito do presente artigo foi demonstrar que a análise conglobada da tipicidade pode ser encarada como uma decorrência dos pressupostos da teoria finalista e possui consistência teórica suficiente para, se aplicada corretamente, conferir maior sistematização à teoria do delito. Dessa maneira, poderiam ser resolvidas inconsistências teóricas, conferir maior

658 Entretanto, CAVALIERI FILHO (2012) destaca que não faltam vozes doutrinárias que criticam a opção do legislador, desde o Código Civil de 1916, por responsabilizar aquele que causa dano de maneira lícita (como no estado de necessidade, por exemplo). Entretanto, destaca o autor que é uma questão de justiça comutativa e a responsabilidade do agente é uma opção válida do legislador.

racionalidade e legitimidade ao sistema penal e salvaguardar o legítimo exercício de autoridades públicas.

Não se pode indicar, definitivamente, se a iniciativa da mudança deve partir do legislativo ou se pode ocorrer a partir de interpretação judicial, uma vez que são racionalidades interdependentes. Contudo, expostos os efeitos da mudança, entende-se que ela deva ocorrer de alguma forma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, André Vinícius de. *O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BOSCHI, Marcus Vinicius de. A Tipicidade Conglobante e a Ortotanásia no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Caminho Possível? In: *Sistema Penal e Violência*. Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 112-119, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/8899/6419>. Acesso em: 04/01/2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Do Estrito Cumprimento de Dever Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

_____. O Direito Penal sob a Perspectiva Funcional Redutora de Eugenio Raul Zaffaroni. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: nº 101, p. 97-136, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/119/115>. Acesso em: 04/01/2017.

CALLEGARI, André Luis. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições de Direito Penal*. O delito. Campinas: Péritas, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CESANO, José Daniel; MESA, Marcelo López. *Antijuridicidad y Causas de Justificación: contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*. Buenos Aires: B de F, 2010.

CORREA, Marcelo Domínguez. El Consentimiento del Ofendido: entre la justificación e la exclusión de la tipicidade. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica*. Montevideo: nº 30, p. 109-122, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://revista.fder.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/view/90/95>. Acesso em: 04/01/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Dos precedentes à confirmação de seus princípios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 40 Ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal – Tomo 2*. 7. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito Penal – parte geral*. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1.v

KAUFMANN, Armin. *Teoria de las Normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Dapalma, 1977.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

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

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado – parte geral*. 9. Ed. São Paulo: Método, 2015. 1. v.

MOTTA, Ivan Martins. *Estrito Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El Error en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Reflexões Dogmáticas sobre a Teoria da Tipicidade Conglobante. In: *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. Uberlândia/MG: v. 36, p. 23-43, 2008.

- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A Racionalidade das Leis Penais: teoria e prática*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madri: Civitas, 2008.
- _____. *Fundamentos Politico-Criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4. Ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal Parte General I: El hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: B de F, 2004.
- _____. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
-